UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BARI ALDO MORO

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in Principi Giuridici ed Istituzioni

fra Mercati Globali e Diritti Fondamentali

XXX ciclo – IUS/04

L'ABUSO DI POTERE NEL DIRITTO DELLE SOCIETÀ

FATTISPECIE E DISCIPLINA NEL SISTEMA DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

Tutor:
Chiar.ma Prof.ssa Francesca Vessia

Co-tutor:
Chiar.mo Prof. Michele Lobuono

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Vito Sandro Leccese

Tesi di dottorato del
dott. Nicolò Muciaccia

ANNO ACCADEMICO 2016-2017

Intendo rivolgere un primo ringraziamento alla Professoressa Francesca Vessia per i preziosi consigli e continui stimoli, oltre che per le puntuali osservazioni sempre ricche di nuove suggestioni.
Desidero altresì ringraziare i Professori Michele Castellano e Michele Lobuono per la Loro disponibilità, aiuto scientifico e per i proficui colloqui sui temi oggetto del lavoro di ricerca.
Ringrazio, poi, il *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* di Amburgo per la cortese ospitalità offertami durante il mio soggiorno.
L'ultimo pensiero va alla mia famiglia, per la pazienza e l'affetto, e a Grazia, a cui queste pagine sono dedicate.

INDICE

Indice..... I
Prefazione…….. V

CAPITOLO I
L'ABUSO DEL DIRITTO NEL PENSIERO DEI CIVILISTI

1. Genesi della figura……. 1
2. L'abuso del diritto e l'opera del giudice…… 6
3. Il concetto di abuso e la struttura della situazione giuridica soggettiva…… 11
4.1. *Aemulatio,* funzione anormale, scopo socio-economico ed abuso come eccesso……... 16
4.2. Analisi strutturale delle situazioni soggettive e giudizio di abusività…….. 21
5. Abuso del diritto e categorie giuridiche note: non essere, pleonasmo e autonomia dogmatica……. 22
5.1. L'abuso del diritto non è…….. 23
5.2. L'abuso del diritto è un pleonasmo per *i*) l'*aemulatio*……. 25
5.3. L'abuso del diritto è un pleonasmo per *ii*) l'illecito (atipico)…… 25
5.4. L'abuso del diritto è un pleonasmo per *iii*) la buona fede…….. 30
5.5. L'abuso del diritto è un argomento interpretativo……..……... 34
5.6. Spunti critici e prospettive attuali……..……... 36
6. Cenni di diritto comparato……..……..... 37
6.1. Francia…… 37
6.2. Germania……..…..... 39
6.3. Altri ordinamenti e, in particolare, Inghilterra e Stati Uniti…… 43

CAPITOLO II
L'ABUSO DEL DIRITTO IN MATERIA SOCIETARIA:
TECNICHE DI REPRESSIONE PRIMA E DOPO
LA RIFORMA ORGANICA DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI.

PARTE I
UN PRIMO INQUADRAMENTO DEL PROBLEMA.
LE TECNICHE REPRESSIVE NEL SISTEMA PREVIGENTE.

1. Le norme anti-abusive nel diritto delle società e la parabola normalizzante della responsabilità limitata……..... 46
2. Le tecniche di ampliamento della responsabilità dei soci di società di capitali elaborate prima della riforma e negli altri ordinamenti….. 60
3. La tecnica sanzionatoria della responsabilità illimitata……..... 61
4. La responsabilità da illecito aquiliano……. 67
5. La teoria dell'amministratore di fatto…….. 74

6. La responsabilità per l'esercizio del diritto di voto…….. 82

PARTE II
LE FATTISPECIE TIPICHE DI ABUSO DEL POTERE
NEL DIRITTO SOCIETARIO RIFORMATO.

Sezione 1 - Le ragioni della tutela dei creditori e la responsabilità del socio che abbia intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi…… 87
1.1. La responsabilità del socio che abbia intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi…… 87
1.2. Società e capitale sociale. Il sistema del netto quale vincolo all'agire degli amministratori e dei soci……..... 91
1.3. L'ambito operativo della responsabilità del socio *ex* art. 2476, co. 7, c.c…….. 100
1.4. Le diverse forme di concorso del socio negli atti posti in essere dagli amministratori: le decisioni, le autorizzazioni e le approvazioni……... 107
1.5. segue: i comportamenti extraistituzionali……..... 114
1.6. Il fondamento della responsabilità……... 115
1.7. L'applicazione analogica dell'art. 2476, co. 7, c.c. agli azionisti di s.p.a…… 127

Sezione 2 - L'abuso del potere di gestione nell'attività di direzione e coordinamento di società..... 133
2.1. L'attività di direzione e coordinamento prima e dopo la riforma del 2003…….. 133
2.2. Il fenomeno dei gruppi di società nella disciplina dettata dagli artt. 2497 ss. c.c…….. 137
2.3. L'attività di direzione e coordinamento quale manifestazione della libertà d'iniziativa economica…… 146
2.3.1. Ipotesi di controllo *ex* art. 2359, n. 3), c.c. ed attività di direzione e coordinamento……. 153
2.4. Il c.d. privilegio di gruppo…… 156
2.5. Interesse di gruppo ed interesse sociale quali formule riassuntive di una disciplina……..... 159
2.6. L'art. 2497, co. 3, c.c. e gli obblighi di corretta gestione societaria e imprenditoriale…… 166
2.6.1. I doveri di corretta gestione societaria e imprenditoriale nei confronti dei creditori della società eterodiretta…….. 172

Sezione 3 - L'abuso del finanziamento..... 177
3.1. La *ratio* sottesa agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c..... 177

3.2. "Sottocapitalizzazione nominale" e tutela dei creditori tra tecniche *ex ante* e rimedi *ex post*…….. 197
3.3. Il metodo tipologico quale parametro per l'individuazione dell'ambito operativo della disciplina sui finanziamenti soci…… 211
3.4. L'applicazione della disciplina sul finanziamento soci alla s.p.a. monade..... 221

Sezione 4 - L'abuso dello schermo societario nell'art. 147, co. 5, l. fall.……..... 228
4.1. Il dato normativo ed il "micro-sistema" del fallimento in estensione…… 228
4.2. Il diverso criterio di imputazione dell'attività alternativo alla spendita del nome..... 236
4.3. L'ambito applicativo dell'art. 147, co. 5, l. fall……. 244
4.4. Il rimedio della nullità del contratto di società…….. 247
4.5. Conclusioni sulla super-società di fatto…… 254
4.6. Uno strumento anti-abuso atipico: la società apparente…… 257

CAPITOLO III
FATTISPECIE ATIPICHE DI ABUSO (DEL DIRITTO)
NEL DIRITTO DELLE SOCIETÀ.

Premessa……..... 261
1. L'"interesse sociale" tra contrattualismo ed istituzionalismo…….. 264
1.1. L'affermarsi della teoria contrattualista a seguito della sentenza Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151 ed i suoi riflessi sul problema dell'abuso delle minoranze……. 279
2. Il superamento delle concezioni tradizionali……... 284
3. Le ragioni del conflitto tra maggioranze e minoranze assembleari.. 290
4. Le fattispecie di abuso della maggioranza nella casistica giurisprudenziale……..... 294
4.1. Abuso dell'autofinanziamento……... 295
4.2. Decisione abusiva di scioglimento anticipato della società….. 297
4.3. Le modificazioni statutarie…….. 300
4.3.1. L'adozione di delibere abusive aventi ad oggetto, in particolare, l'aumento del capitale…….. 302
4.4. Determinazione del compenso degli amministratori…… 305
5. Gli abusi delle minoranze…… 307
6. Verso una nuova lettura dell'abuso del diritto nelle fattispecie atipiche…… 312
7. I rimedi agli abusi delle maggioranze e delle minoranze……. 315
8. La responsabilità deliberativa dei soci……. 326
9. I rimedi contro le cc.dd. delibere negative……... 329

Bibliografia……..…….. 339

PREFAZIONE

L'opportunità di condurre un'indagine sul tema dell'abuso del diritto è legata a due considerazioni di carattere generale: la prima, che tale tematica ormai da diversi lustri si ripresenta in modo endemico all'attenzione dei giuristi, fornendo suggestioni tese ad alimentare diatribe tra sostenitori delle tesi "negazioniste" – che, come si vedrà, devono ritenersi oggi superate – e fautori delle tesi, diverse tra loro, che ne ammettono la configurabilità e ne fanno strumento di operazioni ermeneutiche; in secondo luogo, e a differenza che nel passato, il legislatore – interno e comunitario – sembra aver ormai preso coscienza delle potenzialità manifestate da un controllo sul risultato anormalmente squilibrato in termini di abusività il quale, diversamente da quello sul contratto, si presenta assai più elastico e, di conseguenza, più efficace, circostanza che induce – anche guardando alle esperienze di altri ordinamenti – ad un ripensamento sui modi d'essere del principio di certezza del diritto.

La linea direttrice lungo cui la presente ricerca correrà sarà quella per cui, se assurto a clausola generale, il principio del divieto di abuso del diritto potrebbe permettere non solo di coniugare istanze di "giustizia sostanziale" con la statica formalità che spesso caratterizza i disposti normativi in ragione della pachidermica tempistica di adeguamento alla frenetica evoluzione della realtà, ma anche, utilizzando una nota formula ascarelliana, di (ri)stabilire quel necessario rapporto di congruità tra concetti tipologici della realtà e disciplina che solo attraverso una partecipazione attiva degli interpreti all'evoluzione del sistema giuridico oggetto della loro attività può essere garantito, evitando ipostatizzazioni affatto slegate dagli interessi che l'ordinamento in effetti mira a tutelare.

Enunciato l'intento programmatico, il miglior banco di prova parrebbe essere quello del diritto societario, crocevia, questo, di spinte, sul piano macroeconomico, derivanti dalla competizione tra ordinamenti ed indirettamente incidenti sugli interessi dei terzi e dei creditori in particolare, come dimostrano le vicende che hanno interessato l'istituto del capitale sociale, baluardo, in modi oggi probabilmente da rimeditare, degli interessi del ceto creditorio.

Una volta indagate le tecniche di repressione degli abusi adoperate già prima della riforma organica del 2003 al fine di ricostruire un quadro completo del fenomeno e di meglio delineare i confini delle fattispecie oggi contemplate dal diritto positivo, sono proprio le sollecitazioni derivanti dallo studio del capitale, in uno con l'introduzione delle nuove disposizioni cui si faceva cenno – e che nel corso del lavoro saranno indicate come "anti-abusive" – a rendere quanto mai attuale una riflessione su fattispecie "tipiche" (o, secondo una concettuologia propria del diritto civile, "nominate") di abuso tese a sanzionare le condotte di chi, amministratore, socio o "terzo", sia in

grado di incidere sull'attività sociale, anche a prescindere dalla circostanza dell'essere titolare o meno di una formale situazione giuridica soggettiva nei confronti della società, nell'esercizio di un potere.

È questo il caso di quanto configurato dal co. 7 dell'art. 2476 c.c., il quale, per la prima volta nel sistema del diritto societario, scardina formalmente – sebbene con non pochi *caveat* – il principio di "irresponsabilità" del socio di s.r.l. che si sia intromesso *una tantum* nella gestione sociale; ed è anche il caso di quanto previsto, con norma espressione, probabilmente, di un principio di portata più generale, dall'art. 2497 c.c. in tema di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nell'esercizio di attività di direzione e coordinamento, nonché dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. in tema di finanziamento soci o di società controllanti (o controllate) a società che si trovino in situazione di squilibrio patrimoniale, economico o finanziario.

Uno degli obiettivi che l'indagine mirerà a perseguire sarà, dunque, quello di porre a vaglio critico l'affermazione – per vero dominante – di quanti ritengono che di abuso del diritto debba discorrersi solo con riferimento ai singoli settori dell'ordinamento in cui esso sia (più o meno) espressamente previsto, mettendo a sistema, non solo tra loro, ma anche con le dispozioni del diritto delle crisi di impresa, gli istituti cui si è appena fatto cenno, con l'intento (in una sorta di *pars costruens* presente a più riprese nel corso del lavoro) di estrapolare principi cui ispirare la ricerca di rimedi congrui rispetto a casi di abuso tutt'oggi rimasti senza disciplina. Ci si potrebbe così chiedere, a partire dal novellato art. 147 l. fall. e per il tramite del meccanismo analogico (analogia *iuris*) appena delineato, se i tempi siano maturi per revocare in dubbio anche alcuni capisaldi del pensiero giuridico moderno, qual è il principio generale di imputazione secondo il criterio formale della spendita del nome, e ricondurre ad un più generale principio del divieto di abuso del diritto altre fattispecie "atipiche" (o "innominate") che per lungo tempo hanno trovato rimedio nei principi di correttezza e buona fede, quali l'abuso della maggioranza o delle minoranze.

In conclusione di queste riflessioni preliminari e con riferimento ad un piano sistematico più generale e astratto occorre dire che è convincimento di chi scrive che la riforma del diritto societario rappresenti l'espressione più evidente della progressiva "armonizzazione" tra sistemi di *common* e di *civil law* cui il legislatore sta oramai abituando gli operatori del diritto, e che occorra non trascurare la sempre immanente eterogenesi dei fini spesso consapevolmente voluta, ma ancor più spesso risultante in esternalità negative che è compito dell'interprete dominare.

Preso atto della volontà legislativa di ampliare le maglie dell'autonomia privata al fine di incentivare il ricorso ad istituti per loro natura idonei a promuovere lo svolgimento di attività economiche, le pagine che seguono, e con esse lo strumento dell'abuso del diritto, non devono essere intese quale apologia di una panoplia di cui in ogni caso dotare gli *stakeholders* a fronte di lucrosi intenti dei consociati, quanto piuttosto come proposta tesa ad individuare una della possibili forme di bilanciamento fra interessi che necessitano, in considerazione dei continui "smottamenti" normativi, di

perpetua risistemazione così come quando, per riprendere immagini care ad un Maestro, lo stagno debba riacquisire la propria (apparente) immobilità dopo che il lancio di un sasso abbia provocato delle increspature – aggiungerei – rendendo tutto diverso da com'era in precedenza.

CAPITOLO I
L'ABUSO DEL DIRITTO NEL PENSIERO DEI CIVILISTI

SOMMARIO: 1. Genesi della figura. – 2. L'abuso del diritto e l'opera del giudice. – 3. Il concetto di abuso e la struttura della situazione giuridica soggettiva. – 4.1. *Aemulatio,* funzione anormale, scopo socio-economico ed abuso come eccesso – 4.2. Analisi strutturale delle situazioni soggettive e giudizio di abusività. – 5. Abuso del diritto e categorie giuridiche note: non essere, pleonasmo e autonomia dogmatica. – 5.1. L'abuso del diritto non è. – 5.2. L'abuso del diritto è un pleonasmo per *i*) l'*aemulatio*. – 5.3. L'abuso del diritto è un pleonasmo per *ii*) l'illecito (atipico). – 5.4. L'abuso del diritto è un pleonasmo per *iii*) la buona fede. – 5.5. L'abuso del diritto è un argomento interpretativo. – 5.6. Spunti critici e prospettive attuali. – 6. Cenni di diritto comparato. – 6.1. Francia. – 6.2. Germania. – 6.3. Altri ordinamenti e, in particolare, Inghilterra e Stati Uniti.

1. *Genesi della figura.*

La massima tutela che un ordinamento giuridico possa apprestare per i propri consociati è il diritto soggettivo. Per lungo tempo si è ritenuto che la categoria in parola fosse stata creata al fine di concedere a chi ne fosse titolare un "*safe harbour*" entro cui muoversi in piena libertà, senza dover temere incursioni esterne tanto da parte di suoi pari quanto da parte dello Stato (del sovrano e, *lato sensu*, di altre autorità, a seconda del periodo storico di volta in volta considerato).

Windschied, noto pandettista tedesco, ha definito il concetto di "diritto soggettivo" come sfera all'interno della quale la volontà dell'individuo è assoluta e illimitata[1], fornendo una sintesi di quanto tale categoria avesse significato sino a quel momento, soprattutto alla luce delle idee liberali affermatesi con la Rivoluzione francese.

Tale costruzione dogmatica finiva però col risultare eccessivamente formalistica e disfunzionale, attirando su di sé critiche di matrice socialista[2] da parte di giuristi che, guardando alla rapidità con cui mutavano le condizioni socio-economiche, pensarono al diritto soggettivo come ad una categoria relativa e relazionale, che permettesse un'analisi teleologica di diritti tra loro confliggenti alla luce di interessi sociali più ampi e di una virtuosa politica redistributiva[3]. E ciò anche perché i valori di solidarietà e

---

[1] B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1875, *passim*.
Ma il diritto soggettivo è anche definibile come una posizione di vantaggio di un soggetto dell'ordinamento giuridico, il quale si trova a poter esercitare legittimamente facoltà e poteri. Secondo P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss. (da cui si cita) e ora anche in ID., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, il diritto soggettivo è «libertà garantita all'individuo, o a un gruppo privato, da una norma giuridica: vuol dire potere di volontà e di azione che la norma concede al soggetto, o al gruppo, nei confronti di uno, o di più, o di tutti gli altri soggetti dell'ordinamento». È questa la c.d. "teoria della volontà" del diritto soggettivo, cfr. G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 33.

[2] Cfr. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 220 ss., per la distinzione fra ideologia cattolica ed ideologia socialista ed il diverso approccio al problema dell'abuso del diritto.

[3] P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 205 ss.

socializzazione introdotti nell'ordinamento dalla Carta costituzionale, hanno indubbiamente portato ad una torsione assiologica dell'intero sistema[4]. Sicché, il diritto soggettivo veniva ad essere qualificato come un interesse protetto dall'ordinamento giuridico[5].

Il contrasto appena segnalato diventa occasione per la nascita della dottrina dell'abuso del diritto[6], espressione dell'ormai matura necessità di un nuovo modello di ragionamento giuridico anche in funzione di rinnovate istanze di solidarietà sociale. Nonostante i molti contributi dedicati al tema[7], si fa ancora

---

Il concetto di "limite" veniva accompagnando l'evoluzione della figura del diritto soggettivo, si pensi all'art. 436 del codice civile del 1865, a mente del quale «*La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti*»; all'art. 546 del *code civil*, «*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*»; e ancora l'art. 348 del *còdigo civil*, «*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin màs limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acciòn contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla*»; il § 903 del Bürgerliches Gesetzbuch (*BgB*), «*1. Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. 2. Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten*. [Il proprietario di una cosa può agire sulla cosa a proprio piacimento ed escludere gli altri da ogni ingerenza, in quanto non si opponga la legge o diritti di terzi. Il proprietario di un animale nell'esercizio delle sue facoltà deve rispettare le disposizioni a tutela degli animali]»; l'art. 641 del codice civile svizzero, «*Il proprietario di una cosa ne può disporre liberamente entro i limiti dell'ordine giuridico. Egli può rivendicarla contro chiunque la ritenga senza diritto e respingere qualsiasi indebita ingerenza*».

4 Cfr. D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, II, Milano, 1998, p. 7, il quale fa riferimento all'art. 42 Cost. quale norma precettiva e canone interpretativo a sostegno della funzione sociale della proprietà quale finalità regolativa degli atti di esercizio di essa.

5 Questa la c.d. "teoria dell'interesse" del diritto soggettivo, cfr. G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, cit., p. 35.

6 Per il riconoscimento dell'abuso del diritto quale principio generale del nostro ordinamento cfr. Cass. 16 ottobre 2003, n. 15482: «*nel nostro sistema legislativo è implicita una norma che reprime ogni forma di abuso del diritto, sia questo il diritto di proprietà o altro diritto soggettivo, reale o di credito*».

7 Cfr. M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 105 ss.; R. MÜLLER ERZBACH, *L'abuso del diritto secondo la dottrina teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 89 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, p. 60 ss.; SALV. ROMANO, *Abuso del diritto: c) diritto attuale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 166 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 26 ss.; A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 617 ss.; ID., *L'impresa dominante*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, p. 3 ss., spec. p. 10, nt. 14; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 205 ss.; C. M. MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, p. 601 ss.; G. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, p. 634 ss.; M. DOSSETTI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, p. 1573 ss.; G. ALPA, *Abusi edilizi e categorie civilistiche*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 139 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. Discip. Priv. - Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 1 ss.; V. ANSANELLI, *Abuso del processo*, in *Dig. Disc. Priv.*, I, Torino, 1987, p. 1 ss.; F. GALGANO, *L'abuso della personalità*

giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli obiter dicta *della Cassazione)*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 365 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; A. GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; A. FERRARI, *L'abuso del diritto di voto nell'aumento di capitale*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 869; F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, 1997, III, Padova, p. 177 ss.; AA. VV., *L'abuso del diritto*, Padova, 1988; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997. III. L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 5 ss.; V. BUONOCORE, *Etica dell'imprenditore e abuso del diritto: a proposito dell'attualità di un libro edito sessant'anni* fa, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, IV, 1998, p. 39 ss.; D. MESSINETTI, *L'abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, p. 1 ss.; F. GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso* ad nutum *della banca*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 18 ss.; M. BARALDI, *Le "mobili frontiere" dell'abuso del diritto: l'arbitrario recesso* ad nutum *dall'apertura di credito a tempo determinato*, *ivi*, 2001, p. 927 ss.; A. GAMBARO, *Note in tema di abuso del diritto ed ordine di mercato nel diritto italiano e comunitario*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2001, p. 93 ss.; G. OPPO, *I princìpi*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da V. Buonocore, Torino, I, 2001, p. 72; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNIERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, p. 281 ss.; ID., *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv., Aggiornamento*, 2012; M. ATIENZA-J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004; M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003; A. GENTILI, *A proposito de "Il diritto soggettivo"*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 351 ss., ora anche in A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 365 ss.; ID., *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, p. 403 ss.; ID., *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 354 ss., ora anche in A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 401 ss. (da cui si cita); G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 644 ss.; G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, cit., p. 25 ss.; ID., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006, p. 115 ss.; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, *ivi*, 2005, I, p. 690 ss.; F. CARINGELLA, *L'atto emulativo e l'abuso del diritto*, in *Studi diritto civile*, II, Milano, 2005, p. 1975 ss.; L. FERRONI, *Spunti per lo studio del divieto di abuso delle situazioni soggettive patrimoniali*, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, Napoli, 2005, p. 313 ss.; L. TULLIO, *Eccezione di abuso e funzione negoziale*, Napoli, 2005; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006; F. MACARIO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti tra imprenditori*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006, p. 277 ss.; M.P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006; G.B. PORTALE, *Lezioni di diritto privato* comparato, Torino, 2007, p. 155 ss.; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; G. GITTI-G. VILLA, *Il terzo contratto: l'abuso di potere contrattuale nei rapporti fra imprese*, Bologna, 2008; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 147 ss.; S. PAGLIANTINI-R. CALVO (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010; F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 311 ss.; F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 75 ss.; F. VESSIA, *Tutela cautelare d'urgenza, obblighi di contrarre e competenza giurisdizionale nell'abuso di dipendenza economica*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 1293 ss., spec. p. 1324 ss.; M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 467 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto nella disciplina dei contratti*, in *Libro dell'anno del diritto 2013*, in *Enc. dir. Treccani*, 2014, p. 33 ss; G. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui*

fatica ad immaginare una categoria dai contorni definiti, e, al vertice, dubbi permangono sull'opportunità di tentare un'operazione di sintesi concettuale che tenda a fornirne un'immagine unitaria ovvero professarne un'applicazione settoriale costruita a partire dall'analisi delle singole fattispecie di volta in volta dettate dal legislatore[8].

In questo itinerario ermeneutico un approdo legislativo cruciale è rappresentato dalla Carta di Nizza[9] (*Carta dei Diritti Fondamentali Dell'Unione Europea* entrata in vigore il 7 dicembre del 2000, poi modificata dalla Carta di Strasburgo del 12 dicembre 2007) che ha codificato, all'art. 54, il principio del divieto dell'abuso di diritto, oggi direttamente vincolante per ogni Stato membro dell'UE in forza dell'art. 6 TUE; testualmente: «*Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla*

---

suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 245 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 103 ss.; A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Milano, 2015, p. 1747 ss.; F. DENOZZA, *L'abuso come eccesso e la metamorfosi delle tutele soggettive (in bozza)*, in Atti del VII Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale Orizzonti del Diritto Commerciale, dal titolo "*L'influenza del diritto europeo sul diritto commerciale italiano: valori, principi, interessi*", 2016; ID., *L'abuso delle libertà economiche fondamentali*, intervento al Convegno *L'abuso del diritto in materia tributaria e gli istituti del diritto civile e commerciale* tenutosi a Roma il 4 novembre 2016; N. LIPARI, *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, in N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 191 ss.

[8] Tra queste si possono annoverare: l'art. 330 c.c., concernente l'abuso della potestà genitoriale; l'art. 1015 c.c., in tema di abuso dell'usufruttuario; l'art. 2793 c.c., relativo alla cosa data in pegno da parte del creditore pignoratizio; l'art. 833 c.c., relativo al divieto di atti emulativi, sull'importanza sistematica del quale si tornerà più oltre nel testo; gli artt. 1175 e 1375 c.c. i quali, tramite la clausola di buona fede, hanno consentito di sanzionare, come illecito contrattuale, l'abuso di diritti relativi o di credito.

Altre disposizioni poi, ma sul punto ci si soffermerà oltre in maniera più diffusa, predispongono una particolare disciplina al fine di reprimere figure di abuso dai contorni non definiti; queste sono ad esempio quelle contenute agli artt. 2467, 2476, 2497 c.c.

Propende per la seconda delle due soluzioni riportate nel testo G. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, cit., p. 247, quando scrive che «*di "abuso del diritto" si possono dare diverse accezioni, che mutano nel tempo e a seconda dei contesti in cui la formula è utilizzata, sì che sarebbe necessario in via cautelativa esplicitarne il significato quante volte si fa ricorso ad essa*».

M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, cit., pp. 479-480, parla di «*ragionata opzione per il decentramento del principio dell'abuso del diritto nella "trattazione dei singoli istituti"*».

[9] Ma, per vero, già in precedenza l'art. 17 della Convenzione europea per i diritto umani pronunciava, con formula simile a quella poi utilizzata dalla Carta di Nizza, «*Divieto dell'abuso del diritto*. Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione».

distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta»[10].

In Italia, a differenza che in altri Paesi – ma, come si dirà, è questa circostanza ininfluente sul piano effettuale ed assiologico – non esiste una norma che definisca positivamente l'abuso del diritto, e, vieppiù, l'art. 7 del progetto preliminare al codice civile del 1942, il quale prevedeva che «*Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto*» è stato, in sede di redazione definitiva, espunto[11].

Per contro, nel sistema specialistico del diritto tributario il legislatore ha introdotto nello Statuto dei diritti del contribuente (l. 27 luglio 2000, n. 212), con il d. lgs. 5 agosto 2015, n. 128, *Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente, in attuazione degli articoli 5, 6 e 8, comma 2, della legge 11 marzo 2014, n. 23*, un nuovo articolo 10-*bis*[12].

---

[10] F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem* laedit?, cit., p. 311 ss., spec. p. 319; F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Torino, 2011, *passim*; M. PANDIMIGLIO, *L'abuso del diritto nei Trattati di Nizza e Lisbona*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 1076 ss.; F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 75 ss.; G. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, cit., p. 245 ss.

[11] Secondo l'opinione unanime, l'art. 7 non è transitato in legge per il timore del legislatore di affidare un potere troppo penetrante ai giudici, fornendo loro un pervasivo strumento di controllo sugli atti di autonomia privata.

Cfr. per tutti M.P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, cit., p. 20; G. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti del Stati Membri*, cit., p. 259.

[12] «*Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale. - 1. Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni.*

2. Ai fini del comma 1 si considerano:

a) operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato;

b) vantaggi fiscali indebiti i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario.

3. Non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente. […]

12. In sede di accertamento l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie».

Al di là della ormai evidente accettazione da parte del legislatore della categoria dell'abuso del diritto, sembra in verità che la norma citata nel testo sia più espressione di un principio "antielusivo" che "antiabusivo".

Per concludere la panoramica delle fonti, una menzione particolare merita l'art. 6 ("*General anti-abuse rule*"), Direttiva del Consiglio 2016/1164 del 12 luglio 2016, il quale – al di là della sua formulazione non proprio cristallina – prevede che uno Stato debba "ignorare" una o più operazioni che non siano "genuine" (in inglese si utilizza il termine "*genuine*"; "*unangemessene*" in tedesco e "*authentiques*" in francese) poste in essere al fine (anche non esclusivo) di ottenere un vantaggio fiscale contrario all'oggetto o allo scopo della normativa tributaria, avuto riguardo a tutti i fatti e le circostanze del caso, poi specificando al secondo comma che devono essere considerate non genuine le operazioni o serie di operazioni «*not put into place for valid commercial reasons which reflect economic reality*»[13].

Il problema che ci occuperà è messo magistralmente a fuoco e sintetizzato nelle parole di un Autore il quale, in difesa della dottrina dell'abuso del diritto, in un suo scritto sul tema replicava ad altra tesi[14] che: «*un altro autore, che scrive "contro l'abuso del diritto", invoca l'antica esimente* qui suo iure utitur neminem laedit*, così equiparando l'*utitur *all'*abutitur*, sicché l'antica massima dovrebbe essere così corretta:* qui suo iure abutitur neminem laedit*. È ben vero che, per i Romani, la proprietà era* ius utendi abutendi*; ma perpetuare questa equiparazione ed estenderla ad ogni diritto soggettivo, sia reale, sia di credito, non è una grande proposta di civiltà giuridica*»[15].

2. *L'abuso del diritto e l'opera del giudice.*

Fra abuso del diritto, ermeneutica, diritto di creazione giurisprudenziale e diritto "vivente"[16] esiste un indubbio e stretto legame dovuto alla circostanza

---

[13] Per un primo commento sulla Direttiva e sul suo inquadramento nel più ampio contesto dell'abuso del diritto, cfr. F. DENOZZA, *L'abuso delle libertà economiche fondamentali*, cit.

[14] M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 147 ss.

[15] F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, cit., p. 317, ove prosegue citando un passo di Cass., 7 marzo 1952, n. 607, in *Mass. Foro it.*, 1952, a tenor del quale «*il principio* qui suo iure utitur neminem laedit *trova il giusto limite nell'altro* neque malitiis est indulgendum».

[16] Il diritto vivente è riconosciuto dalla Corte costituzionale che, muovendo dall'opportuna distinzione tra la disposizione scritta emessa dal legislatore e la norma come interpretata e vissuta, afferma che il giudizio di legittimità costituzionale della norma si basa non sul testo letterale della disposizione legislativa, ma sull'evoluzione giurisprudenziale della stessa, su come la disposizione è divenuta norma attraverso l'interpretazione e le applicazioni concrete, specie da parte del giudice di legittimità. Si perviene all'interpretazione adeguatrice delle norme ordinarie cioè al diritto vivente come "attualizzazione" della legge, per il tramite dell'interpretazione "costituzionalmente orientata" del giudice. In un tempo di globalizzazione e giuseconomia, di tutele oltre lo Stato, di superamento del principio schmittiano del legame inscindibile fra giurisdizione e territorio, la funzione coerente della giurisdizione come affidabile e tempestivo servizio-giustizia per il cittadino è un fine che tutti devono perseguire nell'interesse del Paese.

Giustizia ritardata equivale spesso a giustizia denegata: "*Justice delayed is often justice denied*": idea già ricavabile dalla *Magna Carta* del 1215 dove si poteva leggere «*To no man will we sell, or deny, or delay right or justice*», poi riaffermata in alcuni arresti giurisprudenziali americani, *leading case* dei quali è *Gohman v. City of St. Bernard*

che il divieto di abuso del diritto, indifferentemente qualificato quale "*principio*" o "*macroclausola generale*"[17], risulta indissolubilmente legato, nella sua applicazione, all'attività interpretativa del giudice[18]. Il che si traduce nell'esigenza da parte di questi di eterointegrare, al momento dell'applicazione concreta del principio, il contenuto del concetto tramite un'operazione volta a contemperare e bilanciare gli interessi coinvolti per mezzo di un giudizio "discrezionale", operazione che, per utilizzare un termine caro agli studiosi del diritto comparato, fa dell'interpretazione giurisprudenziale un "formante del sistema"[19]. "Discrezionalità del potere decisionale", si badi bene, non è sinonimo di "assolutezza ed insindacabilità", ma, volgendo lo sguardo alle categorie amministrativistiche, «*riassume un contesto normativo in cui un potere è attribuito ad un soggetto* in funzione del conseguimento di un fine predeterminato*, sicché gli atti di esercizio di tale potere saranno censurabili (con rimedi invalidativi ed anche risarcitori) se ed in quanto l'esercizio sia stato incoerente rispetto al fine (e quindi "illegittimo")*»[20].

Uno dei problemi posti dal diritto di creazione giurisprudenziale è quello di conciliare l'esigenza di un diritto certo, che renda prevedibili le decisioni dei giudici, con quella opposta a che tali decisioni siano anche "giuste", ossia adeguate alla realtà[21]. Problema che sorge dalla differente struttura di norme

---

111 Ohio St., 726 (1924).

Cfr. L. MENGONI, *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 148, secondo cui: «*il diritto vivente non è formulato in testi normativi, ma è pur sempre determinato dalla legge, sebbene non soltanto da essa. Con questa restrizione il concetto ritorna nei limiti dell'originario riferimento alla fonte giudiziale, ma dissociato dall'idea di una dualità di norme*».

17 Per una proposta di classificazione dei tre concetti richiamati cfr. M. LIBERTINI, *Clausole generali, disposizioni di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 345 ss., consultabile anche in www.orizzontideldirittocommerciale.it (da cui si cita).

18 L'attività interpretativa di un testo giuridico necessita dell'evoluzione dell'interpretazione giuridica, come ben sottolinea E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici – Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971, pp. 17 e 34: il diritto «*non è qualcosa di bello e fatto, né un organismo che si sviluppa da sè per mera legge naturale*», «*è qualcosa che non è ma si fa, in accordo con l'ambiente sociale storicamente condizionato proprio per l'opera assidua d'interpretazione*»; N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 1153 ss. e ID., *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 479 ss., entrambi poi raccolti in N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., rispettivamente alle pp. 39 ss. e 15 ss.; ID., *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, in N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 191 ss.

19 Cfr. *ex plurimis*, P.G. MONATERI, *Legal formants and competitive models. Understanding comparative law from legal process to critique in cross-system legal analysis*, disponibile su SSRN.

20 Così M. LIBERTINI, *Clausole generali, disposizioni di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, cit., ove l'A. prosegue osservando che, in passato, per qualificare tali situazioni giuridiche si utilizzava il termine di "potestà".

21 Cfr. F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, Milano, 1988, p. 435.

E per il ruolo del giudice nella creazione della norma giuridica, rimangono

costruite a partire da una fattispecie data e norme che, al contrario, poggiano su concetti che designano criteri per la soluzione di conflitti fra interessi diversi, rimettendo la scelta (di quale debba prevalere) alla discrezionalità del giudice (clausole generali)[22].

---

fondamentali le pagine di T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, Milano, 1959, p. 67 ss.

[22] Cfr. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss., spec. p. 11 ove considera le clausole generali come "frammenti di norme" prive di una propria autonoma fattispecie; S. PATTI, *Abuso del diritto*, cit., p. 3, il quale, quando osserva come la scelta del soggetto al quale attribuire un diritto è fatta all'interno di un sistema giuridico implicando la preferenza per un interesse tra i due o più in conflitto, fa evidentemente riferimento solo a norme che contengano una definizione della fattispecie, e non invece a disposizioni che rimettano la scelta dell'interesse da far prevalere al giudice.

Cfr. anche F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *Orizzonti del diritto commerciale – Rivista Telematica*, 2013, *passim*, secondo cui, facendo ricorso alla nota distinzione fra *rule* e *standard*, «*è ovvio che se il legislatore vuole che una certa regola si applichi solo in presenza di alcuni fatti molto precisi, è più adatto il ricorso alla* rule; *se i fatti sono imprevedibili e variabili il ricorso allo* standard *si impone. Ciò vale in particolare per i fatti futuri (notoriamente uno* standard *di diligenza consente di coprire anche le ipotesi di misure di prevenzione che non esistevano al momento della emanazione della norma e che non potevano essere per definizione contemplate dalla norma stessa*)».

Secondo F. BENATTI, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, p. 241 ss., le clausole generali sono quelle clausole che «*non sono redatte con la tecnica della fattispecie, ma questa viene ricostruita dal giudice attraverso il riferimento a modelli di comportamento consolidato, a valutazioni vigenti nell'ambiente sociale o a valori espressi dall'ordinamento secondo il parametro indicato dalla clausola stessa*». Il legislatore utilizza tali concetti al fine di garantire una certa flessibilità del sistema giuridico in un duplice senso: *a*) consentire una maggiore adattabilità di esso alle circostanze del caso concreto posto di volta in volta all'attenzione dell'interprete; *b*) promuovere "l'attualità" del sistema nonostante il passare del tempo. Di questo avviso sono F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, p. 143 ss.; E. FABIANI, *Sindacato della Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1891.

Secondo C. FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 425 ss., «*è compito delle clausole generali, quello di porre rimedio all'astrattezza della norma nella determinazione dei concreti comportamenti con riguardo a specifiche fattispecie, ora all'interno della teoria delle obbligazioni, o del contratto o del diritto proprietario* […] *È la stessa attività del legislatore, frammentata e occasionale, a non essere più espressione della realtà, a sollecitare la preminenza dell'interprete sul legislatore. In questo senso le clausole generali sono una risposta al politeismo dei valori, al contingente, alla frantumazione disarticolata, perché è loro tramite che si costruisce il filtro dei grandi principi attraverso il quale il giudice legge la società. Perché è loro tramite che il giudice governa la società costruendo gli strumenti operativi che sono conseguenti ai principi, i quali* […] *fissano quelle gerarchie che sono destinate ad incidere sull'autonomia dei privati e sulle stesse norme*».

Tra le clausole generali ed i concetti giuridici indeterminati rientrano, ad esempio: la correttezza, la diligenza, il buon costume, la giusta causa, il carattere creativo di un'opera dell'ingegno, concorrenza sleale, correttezza professionale e così via. Anche la nozione di buona fede rientra nel *genus* delle clausole generali, offrendo essa i criteri di orientamento teleologico della condotta nelle relazioni di diritto privato, ponendosi quale chiusura del sistema legislativo e consegnando al giudice l'idea di autonomi obblighi.

Ulteriore problema è poi quello di collocazione sistematica di queste ultime: ci si può chiedere se le "*macroclausole*" vadano qualificate come norme di relazione, «*cioè di contemperamento in concreto di interessi confliggenti, ambedue astrattamente protetti dall'ordinamento*» o piuttosto fra le norme di azione, «*cioè volte a regolare l'esercizio di poteri di autonomia dei soggetti*»; o se non siano sistematicamente ambivalenti, cioè tali da coprire l'uno e l'altro aspetto[23]. Il precipitato in termini di disciplina è evidente, andando ad incidere sui rimedi – inibitori e risarcitori, o anche invalidativi – che si potranno esperire in caso di violazione del contenuto normativo delle clausole in questione.

E difatti, lo sforzo teso alla ricostruzione di una fattispecie è funzionale al reperimento nell'ordinamento di una disciplina che con essa sia in rapporto di congruità.

Il problema dell'uso abusivo di un diritto, di un potere o di una libertà è strettamente connesso al modo in cui quella situazione soggettiva venga *in concreto* esercitata: nonostante il sistema giuridico garantisca la possibilità di attuare le posizioni soggettive attive alla luce della complessità ed unitarietà delle proprie regole e dei propri princìpi, il riconoscimento formale di titolarità in uno con l'implicito potere del titolare di attuare e tutelare la propria situazione giuridica, non forniscono garanzia alcuna alla collettività che essa verrà esercitata in modo "non abusivo".

In altre parole, l'attribuzione di un potere, caratteristica costante quando si parli di abuso[24], manifesta di per sé, anzitutto, l'esigenza di individuare dei limiti che lo contengano e, di conseguenza, un controllo sul rispetto di tali limiti. E ciò è del tutto comprensibile ove si consideri che negli studi svolti a partire dagli anni '60 del secolo scorso[25], sui quali si è costruito il dibattito negli anni a seguire, l'impianto logico-concettuale poggiava sulla teoria strutturalistica del diritto, che grazie al pensiero del Kelsen proprio in quel

---

Secondo F. GALGANO, *Diritto commerciale*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, 1993, p. 488 ss., «*Il dovere generale di buona fede contrattuale ha, come quello ancor più generale di correttezza fra debitore e creditore* […] *la funzione di colmare le inevitabili lacune legislative: la legge, per analitica che sia, non può prevedere tutte le situazioni; non può sempre prevenire, con apposite norme, gli abusi che le parti possono commettere l'una a danno dell'altra. La legge prevede solo le situazioni più frequenti, sventa gli abusi più ricorrenti: molti comportamenti sfuggirebbero alle pur fitte maglie della legge, se si dovesse considerare permesso ogni comportamento che nessuna norma di legge rende obbligatorio ("la legge non lo impone, dunque posso non farlo"). Il principio generale della correttezza e della buona fede consente di identificare altri divieti ed altri obblighi oltre a quelli previsti dalla legge; realizza, come si dice, la "chiusura" del sistema legislativo, ossia offre criteri per colmare le lacune che questo può rivelare nella varietà e nella molteplicità delle situazioni della vita economica e sociale*».

23 M. LIBERTINI, *Clausole generali, disposizioni di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, cit.

24 Cfr. A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 441.

25 Fondamentale a tal proposito è il già più volte citato P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit, p. 205 ss. Ma si vedano anche A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, cit., p. 617 ss.; ID., *L'impresa dominante*, cit., p. 1 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 18 ss.; SALV. ROMANO, *Abuso del diritto: c) diritto attuale*, cit.

periodo trovava terreno fertile[26]. Sembrava in questo modo riaffermarsi non solo l'idea illuminista del giudice quale mera *bouche de la loi*, ma soprattutto il convincimento che una teoria scientifica del diritto non doveva occuparsi della "funzione", ma soltanto degli "elementi strutturali del diritto"[27].

Come noto, l'idea di un diritto "avalutativo" veniva fortemente criticata soprattutto alla luce dell'assunto per cui l'opera ermeneutica è svolta da un interprete portatore di proprie idee e di propri valori; sicché la norma di legge non è entità statica e sempre uguale a se stessa, ma è in continuo divenire: data l'ontologica incompletezza del sistema giuridico, l'interprete muove dal dispositivo per operare un giudizio di congruità tra concetti tipologici (o fattispecie della realtà) e concetti normativi (o *regulae iuris*), giudizio che, per quanto oggettivo, poiché ancorato a dati testuali, non può che dipendere da una valutazione filtrata dalla propria coscienza[28].

Dal riconoscimento dell'immanente incompletezza ordinamentale prende le mosse l'orientamento ormai più volte affermato in giurisprudenza – seppur con non poche critiche da parte della dottrina maggioritaria – secondo il quale il giudice, in determinati casi, può arrivare a governare l'autonomia delle parti non solo quando la legge espressamente gli conferisca questo potere (si pensi al caso della clausola penale manifestamente eccessiva[29]), o quando questi, sempre per volontà della legge, possa agire d'ufficio, ma anche quando ci si trovi in presenza di un significativo squilibrio, vieppiù nei contratti asimmetrici, tra la posizione delle parti[30]. Il giudice dovrà, nel "riscrivere" il

---

[26] La teoria pura del diritto – giova spendere qualche parola al riguardo – nasce dall'esigenza di fondare una teoria "scientifica", ossia che poggi su dati empirici oggettivi, anche nel campo del diritto, al fine di eliminare ogni elemento valutativo nell'opera dell'interprete. Cfr. N. BOBBIO, *Verso una teoria funzionalistica del diritto*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 48 ss.

[27] Da ciò l'idea di Herbert L.A. Hart secondo cui esiste una rigida divisione del lavoro tra giuristi, ai quali spetta il compito di osservare il diritto "dall'interno" e sociologi, che al contrario dovrebbero guardare il diritto "dall'esterno".

Secondo H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, F. Deuticke, Wien, 1934, p. 33, «Questa dottrina [la dottrina pura del diritto] non considera […] lo scopo che viene perseguito e raggiunto dall'ordinamento giuridico, ma considera soltanto l'ordinamento giuridico stesso; e considera questo ordinamento nell'autonomia normativa propria della sua struttura e non già relativamente a questo suo scopo» (la traduzione è quella di N. BOBBIO, *Verso una teoria funzionalistica del diritto*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 48 ss., ma spec. pp. 49-50).

[28] Cfr. T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, Milano, 1959, I, p. 67 ss., spec. p. 71 ss.

[29] Cfr. Cass., n. 18128/2005, la quale riprende un orientamento invalso nella precedente giurisprudenza affermando che l'intervento del giudice sul contenuto del contratto non è più ipotesi straordinaria, ma è strumento ordinario di operatività nel governo sugli atti di autonomia privata.

[30] Uno dei *leading case* è, insieme al più recente Cass. civ., sez. III, n. 20106/2009, il caso c.d. Fiuggi, Cass. n. 3775/1994, ove si può leggere che «*Ma, ammesso che la legge pattizia attribuisse davvero l'Ente Fiuggi "piena libertà" nel determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie, essa non potrebbe, comunque, ritenersi svincolata dall'osservanza del dovere di correttezza (art. 1175 c.c.), che si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo, quindi, alla relativa conformazione in senso ampliativo o*

contratto, ricondurre a ragionevolezza le prestazioni contrattuali al fine di renderle proporzionali[31]. E ciò egli non farà applicando un proprio "personale" canone valutativo[32], ma facendo ricorso a *standars valutativi* ed a principi fondamentali dell'ordinamento, «*non inventa[ndo] nuovi diritti, ma scopre[ndo] o rivela[ndo] diritti e doveri attraverso un procedere che si può esemplificare tenendo conto di alcune premesse di metodo*»[33].

3. *Il concetto di abuso e la struttura della situazione giuridica soggettiva.*

---

restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequi alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto agli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientare l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio.

*Se questo è il ruolo della buona fede (in senso oggettivo) e se essa, quindi, concorre a creare la "*regula iuris*" del caso concreto, in forza del valore cogente che le norme citate le assegnano e che, quale "principio cardine" dell'ordinamento, induttivamente estraibile dal sistema, le deve essere, in generale, riconosciuto, appare per lo meno sorprendente relegare nel "metagiuridico"* [...] *l'aspettativa del Comune all'aumento del prezzo sol perché demandato a scelte pretesamente discrezionali dell'altra parte, ignorando, oltre a tutto, che la correttezza costituisce proprio regola di governo della discrezionalità e ne vieta, quindi, l'abuso, sì che non avrebbe potuto la Corte del merito esimersi dal dovere di accertare la necessaria compiutezza e logicità se la delusione di codesta aspettativa fosse o meno giustificata da un interesse antitetico - meritevole di tutela - dell'Ente Fiuggi a mantenere fermo il prezzo (in fabbrica), malgrado la sopravvenuta svalutazione monetaria e il conseguente svilimento del canone a quel prezzo commisurato*».

[31] In ciò non può non udirsi l'eco del principio di "giustizia commutativa" di matrice romanistica, e sorge spontanea la considerazione che siffatto principio sia in realtà espressione dell'esigenza endemica al sistema a che il diritto non sia soltanto certo, ma, come già osservato in precedenza nel testo, anche giusto.

Cfr. L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale*. *1 – Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, a cura di M. Castellano e F. Vessia, Torino, 2015, p. 7 ss.

[32] Cfr. F. BENATTI, *La clausola generale di buona fede*, cit., p. 241 ss., secondo cui «*Il parametro con cui deve essere apprezzata la condotta delle parti perchè sia considerata rispondente al canone della buona fede, può essere accettabile se fa riferimento agli* standards *sociali, concordemente accettati e che si ispirano ad un senso etico della società dei costumi e della pratica commerciale, quali si traggono dalle direttive di fondo dell'ordinamento, considerato nel suo insieme e nella tradizione culturale in cui si inserisce la nostra civilità. Questo compito è affidato al giurista, ma soprattutto al giudice: compito essenziale, perchè è volto ad evitare la "perversione" dell'uso della clausola di buona fede per i pericoli che la storia ci ha additato. Di qui l'importanza della motivazione delle sentenze che utilizzano la buona fede: richiedendo al giudice di esplicitare la trama del ragionamento attraverso cui si forma il suo convincimento e di indicare il metro di valutazione cui ha fatto ricorso, evitando il ricorso a formule di maniera o di stile, oppure a luoghi comuni privi di valenza argomentativa, si riduce la possibilità di arbitrio, di uso discrezionale non controllato e di creazione di una regola non fondata oppure legata ad una determinata ideologia*».

[33] G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 3, p. 751 ss.

A fronte di una così ampia discrezionalità di cui il giudice godrebbe nel formulare un giudizio di abusività, è opportuno delimitare le situazioni giuridiche soggettive passibili di esercizio abusivo.

Anzitutto, non si può che abusare di un "potere"[34], ossia di una situazione positiva, e di un potere giuridico, nel senso di comportamento giuridicamente permesso (un "poter fare" giuridico)[35]. Il potere può assumere le forme del diritto soggettivo, sia esso assoluto, relativo o potestativo: del primo (diritto assoluto) si può abusare con più facilità, poiché la discrezionalità del titolare in merito alle facoltà relative al suo esercizio è massima; diversamente, i diritti relativi e quelli assoluti sono caratterizzati da un ridotto margine di discrezionalità tale per cui la pretesa azionabile o la facoltà esercitabile saranno specifiche ed univoche. Ciò non li mette al riparo, come detto, da un giudizio di abusività[36].

Secondo alcuni Autori, si potrebbe poi abusare anche di un potere "di fatto": di una situazione soggettiva "*pregiuridica*" (si pensi ad es. al potere "economico" che caratterizza un'impresa in posizione dominante) che prescinda dall'espressa valutazione in termini di positività e meritevolezza da parte del legislatore e che sia, per tal motivo, "giuridicamente neutra", salvo a rilevare *ex post* per i suoi effetti "negativi"[37].

Tale affermazione attira però le critiche di quanti ritengono che se una data condotta materiale non sia stata presa in considerazione dal legislatore, la sua valutazione in termini di negatività non potrà che risolversi nell'idea di illecito[38].

Tale critica non convince.

Ci sembra utile precisare che quando si discorra di "libertà", ossia di «*potere di autonomia*»[39], come nella posizione dominante (assoluta o relativa), nella scelta di tipi legali per porre in essere determinate operazioni giuridiche o nella contrattazione in genere, sia necessario operare dei distinguo.

---

34 Cfr. P. E. MOYSE, *L'abus de droit:l'anténorme – Partie 2*, in *McGill Law Journal*, 2012, pp. 4-6 ss., secondo cui, da un punto di vista dottrinale, la nozione di diritto soggettivo va dissolvendosi, per far posto a quella derivante dal diritto amministrativo di "potere", con ciò però non determinandosi il venir meno della configurabilità in termini di abuso anche di questa situazione giuridica.

35 A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 417 ss., ma spec. p. 445.

36 Cfr. A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 417 ss., ma spec. p. 445, da cui si cita. L'A. porta ad esempio l'esercizio frazionato della pretesa inerente ad un diritto di credito ed il licenziamento o il recesso da un contratto di durata relativamente ai diritti potestativi, evidenziando come, anche per questi, ci siano stati dei rilievi in termini di abusività.

37 Cfr., fra i contributi più recenti, quelli di G. D'AMICO, *Abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, in *Abuso del diritto e buona fede nei conftratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010, p. 3 ss., ma spec. p. 9 ss.; F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia d'impresa*, in *Abuso del diritto e buona fede nei conftratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010, p. 21 ss., ma spec. p. 27 ss., i quali parlano di "libertà contrattuale".

38 A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 444

39 Cfr. ancora A. GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 445, da cui si cita.

Diversamente dall'abuso del diritto in senso stretto, l'abuso di "libertà" non nasce dalla violazione di una fattispecie determinata – sono qui infatti assenti modelli di comportamento più o meno predeterminati – ma consegue ad un'analisi delle circostanze entro cui l'abuso si verifica; così, l'accertamento sarà *ex post* e dovrà vertere sugli effetti che la condotta adottata, delle molte praticabili, abbia in concreto provocato. Ci si troverà di fronte a comportamenti astrattamente leciti (*re melius perpensa*, non *contra legem*[40]), perché espressione di autonomia e dunque non vietati, ma che in quelle date circostanze non corrispondono alla funzione tipicamente associata al valore che il legislatore intendeva promuovere attraverso l'attribuzione di una libertà e la mancata previsione di un limite.

È questo il caso della libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost. il quale, tutelando l'autonomia privata come strumento[41] per l'affermazione di interessi superiori (*i.e.* possibilità di autodeterminarsi, diritto alla salute, diritto al lavoro, etc.), pone tuttavia il limite dell'utilità sociale. Ci si sente qui di condividere la posizione di quanti riconoscono natura precettiva al secondo comma dell'art. 41 Cost., affermandone la diretta applicabilità orizzontale – fra privati cittadini – (in Germania si parla di *Drittwirkung*) poiché espressione di un principio generale del nostro ordinamento[42], aderendo all'idea di chi ricostruisce il sistema giuridico

---

40 Cfr. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 117 ss., in cui, tra l'altro, l'A. critica con fermezza la concezione dell'abuso del diritto quale argomento proposta da A. Gentili e per la quale si veda *infra* diffusamente.

41 Cfr. M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in *I contratti per l'impresa. I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, Bologna, 2012, p. 48: «in tutti questi contesti l'autonomia privata [e la libertà di iniziativa economica] rappresenta[no] uno strumento e non un valore in sé, ma è anche uno strumento necessario, perché le diverse libertà garantite dalla Costituzione possano effettivamente esplicarsi. La diversa misura di tali libertà è anche base per la diversa misura di tutela degli atti di autonomia privata, mediante i quali la relativa libertà si esprime» e, ancora, gli obiettivi ed i valori espressi dai Trattati e dalla Costituzione segnano il limite imposto all'autonomia privata ed alla libertà di iniziativa economica superato il quale s'incorrerà in un "abuso" (o "eccesso di potere").

42 Cfr. M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 50, il quale, occupandosi della ricerca di un diverso fondamento per l'autonomia privata quale strumento dell'attività d'impresa o quale strumento dell'esercizio di poteri dominicali, scrive che «il comma 2 dell'art. 41 [della Costituzione] pone limiti immediatamente prescrittivi all'esercizio dell'attività d'impresa in caso di conflitti fra privati, e consente al giudice di applicare rimedi risarcitori o inibitori ogni qual volta l'esercizio dell'attività d'impresa entri in conflitto con valori di rango superiore: la soluzione dei conflitti è allora affidata all'applicazione giudiziaria di clausole generali e il comma 2 dell'art. 41 può essere letto come un'applicazione moderna ed estensiva del principio del *neminem laedere*, riferito all'esercizio di attività d'impresa».

Così anche U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nei rapporti di lavoro*, Milano, 1955, p. 94 ss.; S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 1284 ss.

In senso parzialmente difforme cfr. F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore. Impresa, contratti di impresa, titoli di credito, fallimento*, Zanichelli, Bologna, XIII edizione, ristampa aggiornata 2013, p. 167 ss., secondo il quale la Costituzione non assegnerebbe "funzioni" ai cittadini, imponendo loro di agire per

attuale come una intersezione di quattro categorie di diritti tra loro in rapporto di subordinazione poiché due direttamente tutelate dalla Costituzione[43].

Coordinando il tema dell'abuso del diritto con la ricostruzione appena accennata, si ricava che determinati principi costituzionali, fungendo da limite a posizioni giuridiche di "secondo rango", segnano il confine fra ciò che è permesso – seppur in forza di una espressa previsione di legge o semplicemente perché non vietato – e quanto invece è "abuso".

Difatti, la definizione di abuso del diritto data di recente dalla Corte di Cassazione in un ormai celebre arresto[44] riguardante il diritto di recesso

---

l'utilità sociale, ma riconosce agli stessi delle "libertà", garantisce dei diritti, per la realizzazione dei loro particolari interessi. Sicché, l'utilità sociale si porrebbe quale limite alla ricerca del profitto privato, non quale sua giustificazione; limite che tocca una libertà del cittadino (la libertà di iniziativa economica e quindi, secondo il ragionamento dell'A., di ricerca del profitto privato) e che quindi non può che essere imposto dalla legge. I destinatari della norma contenuta al 2° co. dell'art. 41 Cost. sarebbero gli organi legislativi dello Stato e non i singoli individui.

43 Cfr. L. FERRAJOLI, Principia iuris – *Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, *passim*, ma spec. p. 21.

44 Cfr. la già citata Cass., 18 settembre 2009 n. 20106, ove inoltre si legge che «*si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. Ricorrendo tali presupposti, è consentito al giudice di merito sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere, senza che ciò costituisca una ingerenza nelle scelte economiche dell'individuo o dell'imprenditore, giacché ciò che è censurato in tal caso non è l'atto di autonomia negoziale, ma l'abuso di esso*».

Il caso oggetto della citata pronuncia riguardava l'esercizio del diritto di recesso dal contratto di concessione di vendita da parte di una grande impresa automobilistica (la Renault Italia) a circa 200 dei suoi concessionari, dichiarando il legittimo proposito di ristrutturare la rete di distribuzione dei propri prodotti in Italia. Nel contempo, la Renault Italia aveva anche consensualmente risolto il contratto di lavoro con una serie di propri dirigenti, con l'accordo di tramutare il rapporto di lavoro in concessione di vendita, collocandoli al posto degli concessionari revocati. L'intento della Renault Italia, allora, non era quello (legittimo) dichiarato di voler riorganizzare la propria rete di vendita, quanto piuttosto quello di ridurre il proprio personale dipendente senza dover sostenere l'onere finanziario del trattamento di fine rapporto, attesa la pattuita conversione del rapporto di lavoro in concessione di vendita. I concessionari revocati lamentavano, dunque, non solo l'uso distorto del diritto di recesso, che solo apparentemente era stato esercitato al fine di ristrutturare la rete di vendita, ma che nella sostanza era servito a non dover far fronte all'onere finanziario del TFR, ma anche il danno derivante dalla frustrazione degli ingenti investimenti cui la società concedente li aveva indotti ad effettuare suscitando il legittimo affidamento sulla prosecuzione del rapporto contrattuale. La Cassazione ha poi, censurando le decisioni di merito e sulla base del principio di buona fede, accolto le istanze dei concessionari e condannato l'impresa automobilistica al risarcimento del danno in favore dei primi. Cfr. F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem* laedit?, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 311 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?*, in *La nuova giur. civ. comm.*,

spettante ad una casa automobilistica nei rapporti con alcune delle sue concessionarie, lo qualifica (espressamente) «*come specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge*».

Nella pronuncia in parola, la Suprema Corte ha inoltre individuato gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto:

1) nella titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto;
2) nella possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate;
3) nella circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico;
4) nella circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del

---

2010, II, p. 139 ss.; F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, *ibidem*, p. 148 ss.; R. DE CARIA, *La nuova fortuna dell'abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità: la Cassazione sta abusando dell'abuso? Una riflessione sul piano costituzionale e di polita del diritto*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3627 ss.; G. D'AMICO, *Recesso* ad nutum*, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 5 ss.; F. PANETTI, *Buona fede, recesso* ad nutum *e investimenti non recuperabili dell'affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione in margine a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106,* in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 653 ss.; F. SCAGLIONE, *Clausola di recesso* ad nutum *del contratto e abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2010, p. 557 ss.; A. MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 347 ss.; A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 354 ss.; F. MACARIO, *Abuso del diritto di recedere* ad nutum *nei contratti tra imprese*, in Aa.Vv., *Abuso del diritto e buona fede nel contratto*, a cura di Pagliantini, Giappichelli, 2010, p. 45; M. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, *ibidem*, p. 69 ss.; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, *ibidem*, p. 99 ss.; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, *ibidem*, p. 115 ss. Nello stesso senso Cass., 21.6.2011, n. 13583 in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

Anche il Consiglio si Stato, sez. IV, con sentenza 17 maggio 2010, n. 3129 ne dà una propria definizione: «*L'abuso del diritto, quindi, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore o dagli atti di pianificazione e di attuazione sottostanti alla pretesa azionata; segue da ciò che, poiché i principi della buona fede oggettiva e dell'abuso del diritto si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, e prospettando l'abuso la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti, l'abuso deve essere escluso qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, in generale o in particolare*».

diritto ed il sacrifico cui è soggetta la controparte[45].

La citata sentenza – ciò che è più importante – sembra inoltre aver ampliato l'ambito di applicazione dell'abuso del diritto non solo alle contrattazioni in cui è coinvolta una "parte debole" (così come invece teorizzato nella dottrina del "terzo contratto"), ma a tutte le relazioni contrattuali[46].

4.1. *Aemulatio, funzione anormale, scopo socio-economico ed abuso come eccesso*

Sul piano della teoria delle fonti, come già si osservava in conclusione del §1, nel nostro come in altri ordinamenti, la mancanza di una norma definitoria[47] non ha impedito di configurare (e sviluppare), per via giurisprudenziale e dottrinaria, diverse concezioni del principio di divieto di

---

[45] In dottrina non vi è convergenza di consensi sugli elementi caratterizzanti l'abuso del diritto; secondo A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 447 ss., da cui si cita, questo consterebbe di: *a*) «*un atto (meri fatti non rileverebbero), compiuto con coscienza e volontà*»; *b*) «*la conformità strutturale dell'atto ad un modello di comportamento permesso*»; *c*) «*il contrasto funzionale dell'atto con imperativi (principi o norme imperative)*»; *d*) «*un trattamento giuridico dell'atto connesso alla funzione e non alla struttura, di segno negativo (cioè contrario al significato ed ai fini dell'atto): sanzione*»; *e*) «*a questo si può aggiungere in molti casi ma non in tutti un pregiudizio di qualche tipo a terzi*».

Secondo G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio: appunti per una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 30, gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto sarebbero: «*a) la titolarità del diritto in capo ad un soggetto; b) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate. In altre parole, è difficile immaginare la possibilità di un abuso di diritto, se le modalità di esercizio di quel diritto sono rigidamente predeterminate dall'ordinamento; c) la circostanza che l'esercizio concreto del diritto, anche se formalmente rispettoso della cornice legale attributiva di quel diritto, si sia svolto secondo modalità che risultano censurabili ("aberranti", "deprecabili", "abnormi", ecc.) rispetto ad un certo criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico. Ovviamente, la determinazione dello specifico criterio di valutazione alla luce del quale giudicare abusivo l'atto di esercizio del diritto è l'elemento che marca la distinzione tra le diverse teorie dell'abuso del diritto che si contendono il campo; d) la circostanza che, a causa del fatto che il diritto è stato esercitato secondo modalità censurabili (aberranti, deprecabili, abnormi, ecc.), si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio ricadente su una qualche "controparte*».

[46] Motivo per cui la sentenza è stata criticata dagli studiosi italiani della *Law and economics*, poiché, si è detto, un approccio tanto paternalistico come quello adottato dalla Cassazione nel caso di specie provocherebbe l'effetto di far andare le parti indenni da responsabilità, dal momento che tutte i rapporti economici sono caratterizzati da disparità di potere contrattuale. Cfr. in tal senso A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, IV, p. 95 ss., spec. p. 97.

[47] A ben vedere, l'importanza della segnalata lacuna va decisamente ridimensionata. Difatti, un confronto tra la giurisprudenza e la dottrina di ordinamenti in cui il principio del divieto dell'abuso del diritto è codificato (come Germania e Svizzera) e altri in cui non lo è (come Francia e Italia) evidenzia come sia proprio in questi ultimi che il principio viene più sovente invocato e studiato. Cfr. il sempre attuale A. GAMBARO, *Abuso del diritto, II) diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, p. 4, e quanto detto *infra* al par. 6.3. del presente capitolo.

abuso[48]. Ad una teoria soggettiva, che ha dato preminenza ai motivi o agli intenti del titolare del diritto, si è contrapposta una teoria oggettiva, basata sulla condotta dell'agente – per l'appunto – oggettivamente intesa; fra i due poli estremi, sono poi state prospettate diverse formulazioni intermedie alcune preminentemente soggettive, altre tese a dare rilevanza a caratteri più spiccatamente oggettivi, ciascuna comportante un diverso grado di compressione del diritto soggettivo.

Caratteristiche comuni alle prime elaborazioni sono l'ancoraggio a singole fattispecie espressamente previste dalla legge – per i diritti reali, il modello era rappresentato dal divieto di atti emulativi; per i diritti di credito i principi di buona fede e correttezza – e, in assenza di un uso finalistico ("normale") del potere attribuito, una connessione inscindibile con le singole strutture in cui si specifica e appare, quindi, relativizzata[49].

i) In una prospettiva diacronica[50], fra le teorie che ne ammettono la configurabilità[51], una prima fase ha visto la categoria dell'abuso del diritto corrispondere con quella della "*aemulatio*" di matrice romanistica[52], e dunque il titolare di un diritto abusa dello stesso quando il solo intento che ne anima l'esercizio è quello (appunto, emulativo) di recare danno ad altri. Questa prima concezione dell'abuso dà rilevanza all'*animus nocendi*, ossia all'intenzione diretta a ledere un diritto (o un interesse) di un terzo. Un esempio paradigmatico è quello del proprietario di un fondo che eriga un'alta staccionata così privando il vicino della luce al solo fine di recargli danno.

Nel codice civile del 1942, nell'operazione di riordino tipica delle opere di codificazione (e di rilevante pregnanza sistematica per l'interprete[53]), si è significativamente previsto in prima battuta che «*il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico*» (art. 832 c.c.), per poi subito dopo precisare che «*il proprietario non può fare atti i*

---

48 Cfr. N. LIPARI, *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, cit., p. 200.

49 Cfr. D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir.*, 1998, *Aggiornamento*, II, p. 4.

50 Per vero, data la ciclicità e l'indeterminatezza che caratterizza la categoria dell'abuso del diritto, non si può parlare di una evoluzione cronologica per tappe in senso stretto, quanto piuttosto va osservato che i meccanismi giuridici invocati di volta in volta in relazione alla figura in parola non venivano superati, quanto affiancati da nuovi.

51 Come noto, fra i critici della figura dell'abuso del diritto si annoverano M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, cit., p. 105 ss.; V. SCIALOJA, *Aemulatio*, in *Enc. giur. it.*, XIII, p. 439 ss., rist. in V. SCIALOJA, *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, 1932, p. 216 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 60 ss.; in Francia, G. RIPERT, *L'exercise des droits et la responsabilitè civile*, in *Revue critique de legislation et de jurisprudence*, 1906, p. 364, il quale però non era contrario alla configurabilità stessa dell'abuso del diritto, quanto piuttosto temeva che il controllo del giudice potesse risolversi in arbitrio e compromettere la certezza del diritto, sicché proponeva che il legislatore introducesse una regolamentazione dei fini di ciascun diritto.

52 P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 205 ss.; SALV. ROMANO, *Abuso del diritto: c) diritto attuale*, cit., p. 16.

53 Cfr. *ex plurimis*, da ultimo, N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 4, p. 1115 ss. e in N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 155 ss.

quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri» (art. 833 c.c.)[54].

L'annoso problema riguardante il rapporto tra le due disposizioni appena citate riguarda, in estrema sintesi, l'individuazione del principio generale: ci si è chiesti se debba riconoscersi prevalenza alla norma che configura il diritto soggettivo di proprietà come situazione giuridica positiva assoluta e non assoggettabile a vincoli di sorta (salvi i casi espressamente previsti dalla legge) o se non debba invece sempre riconoscersi un limite, verrebbe da dire ontologico o intrinseco, a tale diritto. E ancora, ove si propenda per questa seconda soluzione, ulteriore problema è se quel limite debba avere natura giuridica o possa anche derivare da fonte extragiuridica[55].

ii) Se in un primo momento, sulla scia di un "entusiasmo panliberista", retaggio della rivoluzione francese, ampi consensi registrava la ricostruzione del diritto soggettivo (e soprattutto del diritto di proprietà) quale diritto sempre e comunque inviolabile ed insindacabile, salvo il caso dell'intento espresso di recare danno a terzi (facilmente superabile affermando un proprio interesse, sia pur risibile o meramente potenziale); in una seconda fase è stata affermata l'esistenza di un abuso del diritto ogniqualvolta l'intento emulativo fosse il prevalente, seppur non esclusivo, motivo ad animare le azioni del titolare del diritto. Proseguendo nell'esempio in precedenza proposto, se la staccionata serva anche quale decorazione per il giardino, la sua costruzione sarà da ritenersi abusiva quando il proprietario non l'avrebbe comunque eretta se non per recare in questo modo molestia al vicino. Si procederà, in altre parole, ad un giudizio comparativo di interessi.

iii) Secondo una terza ricostruzione della categoria, un soggetto abusa di un proprio diritto quando agisca in carenza di un "legittimo interesse", seppure senza che ricorra un intento emulativo. In un risalente arresto giurisprudenziale, si era ritenuto che il proprietario di un terreno che avesse costruito un canale al fine di bloccare l'afflusso d'acqua, che sgorgava dal suo

---

[54] Tende a limitare la portata sistematica dell'art. 833 c.c. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 205 ss., secondo il quale, mentre in passato un giudizio di abusività era legato a singole norme del codice civile espressione di un divieto di abuso nell'esercizio di un diritto – come ad es. l'art. 833 c.c. – secondo una dottrina più moderna, tale articolo «ha in realtà una portata assai più modesta».

[55] Cfr. ad esempio Corte d'Appello di Milano, 13 febbraio 2008, in *Soc.*, 2009, p. 205, con nota di DI BITONTO: «*Le concrete modalità di esercizio dei diritti soggiacciono ai generali principi dell'ordinamento, di lealtà e di buona fede, di contemperamento delle reciproche aspettative delle parti e di conformità alla* "ratio" *ispiratrice delle norme stesse, con la finalità di escludere un abuso del diritto di recesso*»; e ancora, Tribunale di Torino, 13 giugno 1983, in *Resp. civ.*, 1983, p. 815, con nota di A. GAMBARO: «*Dai principi generali dell'ordinamento giuridico si ricava l'esistenza dell'istituto generale del divieto di abuso di diritto: per "abuso di diritto" intendendosi l'esercizio o (come nel caso di specie) la rivendicazione giudiziale di un diritto che in astratto spetta effettivamente a colui che lo esercita o lo rivendica ma che, in concreto, non comporta alcun vantaggio apprezzabile e degno di tutela giuridica a favore di tale soggetto e comporta invece un preciso danno a carico di un altro soggetto ("contro" cui esso viene esercitato o rivendicato) e che viene esercitato o rivendicato proprio al solo, esclusivo, fine di cagionare un tale danno all'altro soggetto*».

fondo, verso il mulino del vicino, avesse abusato del proprio diritto di proprietà. Nonostante la decisione del caso di specie fosse influenzata vieppiù dall'intento emulativo del soggetto, una componente oggettiva era riscontrabile nell'*iter* argomentativo utilizzato per giungere a quella soluzione: in continuità con la precedente impostazione l'abuso veniva ancora costruito sul soggettivo intento lesivo ma, in forza di un meccanismo di presunzioni, la prova dell'intenzione di ledere l'altrui diritto era stata inferita dalla mancanza di utilità per il titolare del diritto[56].

iv) Una quarta formulazione postula che il titolare di un diritto soggettivo ne abusi quando lo eserciti in maniera contraria alla "funzione normale" sua propria[57]. Come nella terza formulazione, anche in questa si opera un giudizio comparativo tra l'intento del titolare del diritto e la "normale funzione" del diritto, ma quest'ultima espressione restringe ancor più il perimetro del diritto soggettivo rispetto a quella di "interesse legittimo". Così ad esempio, agli inizi del XIX secolo, si riteneva che gli appartenenti ad organizzazioni sindacali abusassero del proprio diritto di sciopero quando le loro azioni fossero volte ad ottenere risultati altri rispetto a quelli normalmente ottenibili attraverso l'esercizio di quel diritto (*e.g.* far si che l'imprenditore licenziasse alcuni dipendenti che non avevano rispettato le regole del sindacato, i.e. sciopero "di ritorsione").

v) Un'ulteriore impostazione, schiettamente oggettiva, riconduce un certo comportamento alla categoria dell'abuso quando il diritto sia stato esercitato in maniera contraria rispetto al suo "scopo socio-economico". Ciò che viene valutato non è più l'intento del soggetto, quanto piuttosto la natura della condotta adottata, così approdando ad una lettura del fenomeno dai colori

---

56 Le prime pronunce giurisprudenziali forgiavano la categoria dell'abuso del diritto a partire tanto dall'elemento soggettivo, ossia l'intento emulativo, quanto da quello oggettivo, mancanza di una qualsiasi utilità per il soggetto agente. Cfr. P.G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di "*Comparative Law and Economics*")*, in *Dir. priv.*, 1997, p. 90, il quale ricorda le pronunce della Corte d'Appello di Colmar del 1855 e Corte d'Appello di Lione, 1856; quella del Tribunale di Sedan del 1915 in merito all'*affaire Savart* e quella della Cassazione, sempre del 1915, relativa all'affaire *Clement Bayard*.

57 Negli anni '60, la Suprema Corte affermava che «*l'uso anormale del diritto*» può condurre il comportamento del singolo fuori dalla sfera del diritto soggettivo medesimo, tanto da costituire un illecito: la prima sentenza della Corte di Cassazione a fare applicazione della teoria dell'abuso del diritto è la sentenza n. 3040 del 1960, in materia di abuso del diritto di proprietà (Cass., 15.11.1960, n. 3040, in *Foro it.*, 1961, I, 256 con commento di Scialoja, *Il non uso è abuso del diritto soggettivo?*), a mente della quale « *in singoli casi ed in riferimento ai fondamentali precetti della buona fede (come regola di condotta) e della rispondenza dell'esercizio del diritto agli scopi etici e sociali per cui il diritto stesso viene riconosciuto e concessa dall'ordinamento giuridico positivo, l'uso anormale del diritto può condurre il comportamento del singolo (nel caso concreto) fuori della sfera del diritto soggettivo medesimo e quindi tale comportamento può costituire un illecito, secondo le norme generali di diritto in materia*»; Cass., 16.10.2003, n. 15482, in *La nuova giur. civ. comm.*, I, p. 305, con nota di M. GRONDONA, *Disdetta del contratto, abuso del diritto e clausola di buona fede: in margine alla questione del precedente giudiziale*; Cass., 18.9.2009, n. 20106, cit.; *contra* Pret. Milano, 25.1.1988, in *Foro pad.*, 1988, I, 533.

marcatamente "solidaristici"[58].

vi) Un'ultima qualificazione dell'abuso è quella che lo configura in termini non solo oggettivi, nel senso appena sopra descritto, ma di sproporzionata ripartizione di vantaggi e svantaggi, sicché «*sul piano oggettivo si attenua la necessità che il soggetto raggiunga un risultato specificamente contrastante con la funzione del diritto esercitato, e ci si accontenta che l'esercizio del diritto sia in grado di procurare al soggetto un vantaggio giudicato anormale o eccessivo alla luce del complesso delle norme rilevanti*»[59].

---

[58] Secondo U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 26 ss. un giudizio di proporzionalità tra soddisfazione dell'interesse del proprietario e soddisfazione di interessi di altri soggetti nel godimento di beni andrà operato sulla base di principi costituzionali e, più nello specifico, di quello della funzione sociale della proprietà privata.

Cfr. in giurisprudenza, Tribunale di Bergamo-Grunello del Monte, 7 luglio 2008, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 708, con nota di S. GONNELLI: «*In tema di clausola risolutiva espressa, il giudice è ammesso a valutare la condotta in concreto tenuta dalle parti del rapporto obbligatorio, che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, devono preservare gli uni gli interessi dell'altra, ispirandosi al principio generale della buona fede ed al divieto di abuso del diritto; se da tale valutazione risulta che la condotta del debitore, pur realizzando sotto il profilo materiale il fatto contemplato dalla clausola risolutiva espressa, è conforme al principio della buona fede, ciò deve condurre ad escludere la ricorrenza della colpa e, dunque, la sussistenza dei presupposti per dichiarare la risoluzione del contratto, dovendo essere l'inadempimento tale da comportare siffatta conseguenza almeno colpevole; qualora, invece, sia evidente che il creditore ha manifestato la volontà di avvalersi della clausola risolutiva espressa mediante modalità contrarie alla buona fede, tale volontà non appare meritevole di tutela da parte dell'ordinamento e non può, pertanto, spiegare i propri effetti (nella specie, il giudice ha negato a i creditori la possibilità di provocare la risoluzione di diritto* ex *art. 1456 c.c. della transazione non novativa stipulata e, dunque, di far rivivere l'originaria obbligazione a questa sottesa, per essersi questi avvalsi della clausola risolutiva espressa attraverso modalità contrarie al principio di buona fede, ossia comunicando l'intenzione di provocare la risoluzione dell'accordo quando ancora non erano trascorsi sei giorni dalla scadenza fissata per l'adempimento, e per di più nella medesima data in cui avevano ricevuto comunicazione della volontà della controparte – ribadita anche successivamente – di effettuare la prestazione stabilita*».

Cfr. inoltre L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Parigi, 1939, p. 83.

[59] F. DENOZZA, *L'abuso come eccesso e la metamorfosi delle tutele soggettive (in bozza)*, in Atti del VII Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale Orizzonti del Diritto Commerciale, dal titolo "*L'influenza del diritto europeo sul diritto commerciale italiano: valori, principi, interessi*", 2016, p. 2, il quale osserva come «*sono oggi configurate ipotesi di abuso in cui il comportamento del soggetto si riduce al compimento di un'azione neutra, o addirittura al semplice godimento dei benefici derivanti da una certa posizione soggettiva, ed in cui il giudizio di abusività dipende pressoché integralmente da un giudizio di eccessività relativamente ai benefici che il soggetto ricava o agli svantaggi che impone ad altri*» e che «*molte situazioni soggettive sono selettivamente limitate, nella possibilità di sfruttarle o anche solo di goderne, ricorrendo ad argomenti che non fanno espresso riferimento all'abuso e tuttavia recepiscono, nella sostanza, la struttura del ragionamento in termini di abuso al punto da configurarsi spesso come sue valide alternative funzionali*».

Tale prospettiva sembra in linea con quella già a suo tempo segnalata dal Messinetti, il quale, evidentemente assumendo quale sostrato culturale per la propria indagine le idee del Foucault, sosteneva che «*nelle opere e nelle analisi contemporanee ha preso il posto una nuova rappresentazione giuridica del potere. L'idea del potere essenzialmente centrato sul comando e sull'osservanza di contenuti e limiti fissati* a priori *è assolutamente estranea ai nuovi procedimenti di potere. Questi funzionano, infatti, creando omogeneità e normalizzazione, anziché distinzioni ed esclusioni; di conseguenza, si esprimono in strategie che assumono la forma del controllo, attraverso tecniche molto più complesse del semplice effetto di un "divieto"*»[60]. E la vicinanza di pensiero fra i due Autori è resa ancor più evidente dal passaggio che segue: «*La repressione dell'abuso è in sostanza una operazione di normalizzazione che richiede il riferimento ad una qualche nozione di normalità (l'uso lecito) e poi una valutazione comparativa tra l'astratto normale, e il concreto, potenziale anormale*»[61].

4.2. ***Analisi strutturale delle situazioni soggettive e giudizio di abusività.***

Le prime ricostruzioni della categoria dell'abuso del diritto risalgono al diritto francese di inizio '900[62] e, prendendo le mosse dalla struttura della situazione giuridica di volta in volta rilevante, distinguevano fra potestà, poteri, diritti soggettivi e libertà. In particolare, il diritto soggettivo veniva studiato nella sua duplice struttura di diritto "causale" o diritto "acausale" (come poteva essere il diritto potestativo). Si diceva che, ove il diritto in questione rientrasse nella prima delle due categorie, il travalicamento dal confine segnato dal legislatore configurasse un abuso di quel diritto; al contrario, il diritto "acausale" non poteva essere oggetto di controllo da parte del giudice poiché espressione di una "libertà" e, in quanto tale, insindacabile[63].

Ulteriore distinzione era quella riguardante le prerogative inerenti situazioni in corso di effetto (poteri, funzioni, diritti soggettivi) e quelle riguardanti situazioni giuridiche in via di creazione (libertà e facoltà): le prime sarebbero state sempre sindacabili, le seconde solo limitatamente alle facoltà – in cui è data un'alternativa – ma mai relativamente alle libertà, prerogativa discrezionale "che può esercitarsi in tutte le direzioni"[64].

Si è scelto di proporre un rapido *excursus* dei meccanismi attraverso i quali il divieto di abuso del diritto si è estrinsecato al fine di rendere evidenza della sensazione che ciò che nel tempo è mutato è sì la concezione del diritto,

---

60 D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., p. 6.

61 F. DENOZZA, *L'abuso come eccesso e la metamorfosi delle tutele soggettive (in bozza)*, in Atti del VII Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale Orizzonti del Diritto Commerciale, dal titolo "*L'influenza del diritto europeo sul diritto commerciale italiano: valori, principi, interessi*", 2016, p. 7.

62 Per un'approfondita ricostruzione storico-comparatistica cfr. A. GAMBARO, *Abuso del diritto. II, Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I, 1988.

63 Cfr. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 205 ss.

64 P. RESCIGNO, *ibidem*.

ma anche e soprattutto il punto di riferimento dal quale muovere per condurre un'analisi in termini di abusività: non è più il diritto in sé, quanto la natura della norma che quel diritto attribuisce.

Secondo un Autore, il nostro ordinamento si configura come semi-aperto poiché fondato non solo su disposizioni di legge riguardanti settoriali e dettagliate discipline ma anche, come detto, su c.d. "clausole generali" intese quali «*indicazioni di "valori" ordinamentali*» espressi con formule generiche che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di "attualizzare" il diritto[65].

Sicché, a seguito del giudizio di abusività, l'interprete potrà disapplicare una disciplina al fine di applicarne un'altra che, da un punto di vista funzionale[66] (ossia in rapporto di congruità con la *ratio* della norma) sia più adeguata rispetto a quella che si sarebbe resa naturalmente applicabile in virtù di una valutazione in chiave formale o strutturale (secondo il procedimento di sussunzione nella fattispecie astratta di riferimento).

È opinione condivisa quella per cui questa operazione ermeneutica rimetterebbe al giudice una scelta su quale interesse far prevalere anche quando siffatta scelta sia già stata compiuta a monte dal legislatore. Forse però questo non è corretto. Infatti, il principio del divieto di abuso del diritto può essere letto, probabilmente, in un'ulteriore prospettiva: quella dell'adeguamento del diritto alla realtà sociale del tempo in cui il diritto stesso si trova ad essere esercitato.

È innegabile che la complessità dei rapporti intersoggettivi aumenti in modo proporzionale rispetto a quella del sistema in cui tali rapporti prendono vita[67]; ed è parimenti innegabile che la categoria dell'abuso del diritto abbia assunto i connotati dell'endemicità e tenda a ripresentarsi con maggior vigore nei momenti di crisi politica e legislativa. Sicché, per mezzo dello strumento del divieto di abuso del diritto, il potere giudiziale può riuscire, anche in forza del principio di effettività[68], a rendere più "giusta" l'applicazione di disposizioni di legge ormai senescenti.

---

65 C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 33 e ID., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 105, ove la clausola generale viene intesa quale frammento di norma connotato da elasticità e necessitante di un'integrazione valutativa da parte dell'interprete.

Ma cfr. inoltre C. LUZZATI, *La* ‹‹normalizzazione›› *delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, in *Riv. crit. dir. priv.,* 2013, p. 172.

66 Il concetto di «*destination économique ou social du droit subjectif*» fu utilizzato per la prima volta da R. SALLEILES, *Études sur la théorie générale de l'obligation dans la seconde rédaction du projet de Code civil allemand*, Paris, 1890, p. 370; ID., *De l'abus de droit. Rapport presenté à la première souscommision de la commision de revision du Code civil*, in *Bullettin d'études législatives*, 1905, p. 350 ss.; ID., *La déclaration de volonté*, Paris, 1901. Cfr. anche C. CHARMONT, L'*abus de droit*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1902, p. 122 ss.

67 Così già N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 2001, passim.

68 La bibliografia sul tema sarebbe sterminata, ci si limita qui a richiamare il pensiero di S. ROMANO, *L'Ordinamento Giuridico*, Firenze, 1946, *passim*, secondo cui il diritto sarebbe soltanto quello che ha avuto la forza di divenire e di imporsi come diritto positivo.

5. ***Abuso del diritto e categorie giuridiche note: non essere, pleonasmo e autonomia dogmatica.***

Mutando prospettiva e spostandosi su di un piano più squisitamente dogmatico, è ora opportuno esaminare in quale categoria giuridica sia inquadrabile l'abuso del diritto. Le molteplici opinioni avanzate possono essere così riassunte e schematizzate:

a) l'abuso del diritto non è;

b) l'abuso del diritto è un pleonasmo per:

i) l'*aemulatio*;

ii) l'illecito aquiliano (atipico)[69];

iii) la buona fede;

c) l'abuso del diritto è un argomento interpretativo.

5.1. ***L'abuso del diritto non è.***

Quanti negano l'utilità e la possibilità stessa di configurare una categoria dell'abuso del diritto[70], muovono dal presupposto, precedentemente segnalato, che il diritto soggettivo nasca già di per sé limitato. Ciò in virtù di una rinnovata dogmatica del diritto soggettivo letto alla luce dei principi costituzionali e dunque assiologicamente limitato e funzionalizzato a fini sociali, stando al fondamentale disposto dell'art. 2 Cost. – e di altre norme che, evidentemente, dallo stesso traggono origine – costantemente invocato quale giustificazione per molteplici limiti imposti a diverse situazioni giuridiche[71].

Da qui la caratterizzazione teleologica derivante da tale nuova idea di diritto soggettivo, così come di altre situazioni giuridiche soggettive, e la conseguente affermazione che, ove queste nascano intrinsecamente limitate, delle due l'una o *a*) il comportamento adottato rientra nel perimetro della norma, ovvero *b*) ne esorbita. E il giudizio di inclusione/esclusione non potrà che comportare una valutazione in termini di liceità/illiceità della condotta[72]. Altrimenti, ci si verrebbe a trovare di fronte ad un'evidente aporia logico-

---

69 Cfr. M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, cit., *passim*.

70 Cfr. gli Autori già citati alla nt. 51, cui *adde* quelli citati nelle note *infra*, con la precisazione che, con riferimento agli scritti di A. Gentili, l'A. ha modificato la propria opinione passando dal negare, nei suoi primi scritti sull'argomento (cfr. ad esempio, A. GENTILI, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, cit., p. 420 ss.), la possibilità di riconoscere uno spazio suo proprio all'abuso del diritto, all'affermare che l'abuso del diritto esiste quale argomento.

Per M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 116, «*è un fenomeno sociale* […] *è uno stato d'animo, è una valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica*».

71 Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo - comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, II, p. 638; F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 88.

72 Cfr. *ex multis* M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, cit., p. 467 ss.

formale[73]: l'atto autorizzato dalla legge a produrre un effetto (sia esso solo un effetto positivo per il titolare della situazione giuridica positiva o anche negativo-afflittivo per un terzo), non è autorizzato dalla legge a produrre un effetto (sia esso solo un effetto positivo per il titolare della situazione giuridica positiva o anche negativo-afflittivo per un terzo)[74].

Inoltre, si dice, l'utilizzo dello strumento dell'abuso del diritto potrebbe prestare il fianco ad un ampliamento eccessivo della discrezionalità dell'interprete che voglia, per suo tramite, far penetrare nell'ordinamento un'ideologia a lui cara, artatamente sostituendo alla legge principi ad essa esterni e cassando quanto ad essi vi si oppone[75].

Poniamo a vaglio critico tali affermazioni.

Anzitutto, non convince la prima argomentazione richiamata poiché «*il concetto di abuso funziona come regola operante per garantire la conformità delle strutture dell'ordinamento, non più nell'ottica binaria potere-divieto, ma come regola che coordina complessi di potere*»[76].

Il vaglio di abusività è utile allora per riportare un equilibrio nell'ordinamento, superando il dato formale e dando rilievo a quello sostanziale che scaturisce dal singolo micro-sistema di riferimento. Si pensi, ad esempio, al micro-sistema del diritto della concorrenza, il quale certamente nasce a partire dal principio di libertà di iniziativa economica, ma si sviluppa sulla base di una propria razionalità interna, tale da fondare principi propri di quel sistema e spesso riconducibili a pilastri costituzionali tra loro confliggenti, sicché diventa necessaria un'operazione di tipizzazione che renda le soluzioni dell'interprete congrue con i valori propri di quella materia.

Quanto appena detto permette di rispondere anche alla seconda critica cui si faceva cenno in precedenza: l'interprete, nel condurre il giudizio di abusività, non sarà libero di ispirarsi a qualsiasi valore egli ritenga di condividere, ma – fermo restando quanto detto *supra* circa la connotazione ontologicamente assiologica dell'attività ermeneutica – dovrà piuttosto farsi latore dei valori espressi dal micro-sistema di riferimento[77].

---

[73] M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 105 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, p. 60 ss.; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, p. 311 ss.; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 442.

[74] Così A. GENTILI, *ibidem.* Ma anche R. SACCO, *op. ult. cit.*, p. 311, secondo cui «*Se l'abuso è una sottocategoria dell'uso, e uso vale esercizio, e l'esercizio del diritto è per definizione il comportamento coperto da una qualificazione e una garanzia di conformità al diritto, è sinceramente difficile concepire un abuso qualificato come illecito*».

[75] Così G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, cit., p. 45 ss.

[76] D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., p. 15.

[77] M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, cit., *passim*, ma spec. p. 471, parla a tal proposito di «*proiezione introversa o estroversa*» delle rappresentazioni dell'abuso del diritto, con ciò facendo riferimento al classico problema dell'auto o dell'etero integrazione cui si debba ricorrere nella lettura di un fenomeno giuridico alla luce del processo ermeneutico condotto secondo la struttura dell'abuso.

L'abuso del diritto, dunque, "è"; si tratta ora di capire se abbia un proprio autonomo ambito di applicazione o se, piuttosto, finisca col coincidere con altri principi o costruzioni giuridici.

5.2. *L'abuso del diritto è un pleonasmo per i) l'aemulatio.*

Le "decomposizione"[78] positivamente voluta dal legislatore della figura dell'abuso del diritto pone all'interprete il problema se le singole fattispecie disciplinate siano o meno autosufficienti. La prima norma che a tal proposito rileva è l'art. 833 c.c., la quale, letta sistematicamente, esprime un principio ben chiaro: l'ordinamento liberale non solo tollera, ma altresì promuove i comportamenti con i quali il proprietario goda e disponga dei propri beni, ossia fa prevalere l'interesse di questi rispetto ad ogni altro interesse ad esso contrapposto, poiché presume che l'utilità del singolo sia il mezzo per perseguire l'utilità della società; ciò non accade quando l'unico scopo del proprietario sia quello di recar danno o molestia ad altri, sicché in tal caso, l'interesse del danneggiato prevarrà rispetto all'interesse del *dominus*, il tutto però solo nei confronti dei "vicini" (proprietari limitrofi)[79]. La portata della citata norma è, con tutta evidenza, modesta e difficilmente esportabile al di fuori del micro-sistema dei diritti reali.

5.3. *L'abuso del diritto è un pleonasmo per ii) l'illecito (atipico).*

Alcuni Autori[80], sul presupposto che l'abuso del diritto sia un principio che trova un referente normativo nella clausola di buona fede intesa in senso oggettivo (cfr. più oltre nel teso), hanno ipotizzato l'utilizzo di quest'ultima quale criterio di risoluzione del giudizio di ingiustizia nell'ambito dell'art. 2043 c.c., dal cui esito dipende l'attribuzione o meno di responsabilità al danneggiante.

E così, ravvisando la natura di clausola generale nella norma contenuta nella disposizione da ultima citata, si afferma che ogni fattispecie qualificabile come illecito aquiliano abbia per presupposto un conflitto di

---

78 Cfr. M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 478-479.

79 Cfr. M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, cit., p. 481.

80 La formula è stata proposta da M. ATIENZA-J. RUIZ MANERO, *Illeciti Atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, cit., *passim*; ma cfr. inoltre: F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., p. 171 ss.; E. NAVARRETTA, Dikaion *come* nominon *e* dikaion *come* ison. *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in Liber amicorum *F.D. Busnelli*, II, Milano, 2008, p. 625; EAD., *Il danno* non iure *e l'abuso del diritto*, in *Dir. civ. Lipari e Rescigno*, coordinato da A. Zoppini, vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, t. III, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, p. 256 ss. In senso critico cfr. C. CASTRONOVO, *L'abuso del diritto come illecito atipico*?, in *Europa e dir. priv.,* 2006, p. 1056 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 28 ss.; ID., *Il ritorno dell'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 700 ss.; M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, cit., p. 493 ss.; N. RIZZO, *Giudizi di valore e* «giudizi di ingiustizia», in *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 295 s.

interessi tutti giuridicamente rilevanti[81] e da risolversi alla stregua del criterio dell'ingiustizia. Tale criterio, però, sarebbe idoneo solo a selezionare sul piano formale le posizioni soggettive confliggenti – quella del danneggiante e quella del danneggiato – dovendosi demandare all'interprete, sulla scorta dei principi di buona fede e correttezza, e in particolare in quella loro manifestazione sintomatica che è l'abuso del diritto, il giudizio sulla responsabilità[82].

Tuttavia, l'impostazione appena segnalata non risulta pienamente convincente, in quanto, individuando l'ingiustizia una clausola generale, e offrendo le clausole generali un potere discrezionale all'interprete, il quale deve tradurle in applicazione concreta ponendole in relazione alle circostanze fattuali che il caso da decidere presenta, l'ingiustizia – si diceva – non opererà più come criterio di selezione, *in apicibus*, delle situazioni soggettive che l'ordinamento ha prefigurato come meritevoli. Diversamente, esso, a valle, necessiterà di essere "riempito" di contenuto ogni qualvolta si presenti una situazione di conflitto tra esse.

L'interprete, in tal caso, dovrà effettuare un bilanciamento[83] tra la posizione del danneggiante e quella del danneggiato[84], rinvenendosi il *discrimen* tra responsabilità o mancanza di responsabilità nella buona fede oggettiva, operante nelle forme dell'abuso del diritto, ai fini di concretizzazione della clausola di ingiustizia quale sua modalità di integrazione. Tale *iter* argomentativo esita in un ridimensionamento del

---

81 Il significato che qui s'intende attribuire al sintagma "clausola generale" è quello riferibile alla sua accezione semantica di frammento di norma connotato da elasticità e necessitante di un'integrazione valutativa da parte dell'interprete. Così cfr. C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 105; C. LUZZATI, *La «normalizzazione» delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 172. Cfr. poi, nel senso che il sintagma "danno ingiusto" contenuto nell'art. 2043 c.c. identifichi solo il danno *contra jus*, inteso quale lesione di una situazione soggettiva tutelata, S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 84 e p. 112. *Contra*, cfr. C. CASTRONOVO, *Il significato vivente di Luigi Mengoni nei suoi scritti*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 211 ss.

82 Cfr. E. NAVARRETTA, Dikaion *come* nominon *e* dikaion *come* ison. *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, cit., p. 625; EAD., *Il danno* non iure *e l'abuso del diritto*, cit., p. 256 ss.

83 Cfr. R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars interpretandi.* 2002, p. 137 ss.; G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, p. 95 ss., ove viene tracciata una distinzione fra il bilanciamento come tecnica interpretativa e come logica, e, conseguentemente, fra dato strutturale e culturale.

Per una critica all'accostamento della tecnica del bilanciamento di interessi al divieto di abuso del diritto, cfr. F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 168 s., il quale ritiene i due fenomeni incompatibili, ancor più con esplicito riferimento alla tesi che vuole l'abuso come strumento per connotare atipicamente il danno aquiliano, la quale muoverebbe dal presupposto della necessaria "relazionalità" insita nel giudizio di ingiustizia; affermazione questa che pare, però, del tutto indimostrata.

84 E così, secondo l'impostazione che qui si sta esaminando, il danno per essere ingiusto deve essere tanto *sine iure* (antigiuridico) quanto *contra jus* (lesivo di una situazione soggettiva altrui). E dunque, per questa via, alla fattispecie di responsabilità contenuta nell'art. 2043 c.c. viene ad essere accostato un elemento esterno e, forse, ultroneo, riguardante la condotta: l'antigiuridicità.

significato dell'ingiustizia del danno la quale, da criterio cui la legge affida il compito di selezionare ciò che deve o non deve essere risarcito, diviene presupposto di operatività dell'abuso del diritto il quale, a sua volta, diviene elemento necessario ai fini del giudizio di responsabilità. Così facendo, il danno viene privato della qualificazione *a priori* legata all'ingiustizia, sicché dovrà operarsi, per il tramite del dispositivo dell'abuso del diritto, un procedimento inverso, *a posteriori*[85].

Non sarà allora l'ingiustizia del danno a porsi quale *posterius* della lesione di una situazione giuridica ritenuta meritevole dall'ordinamento, ma piuttosto la situazione verrà ritenuta meritevole dall'ordinamento, *ex post*, a seguito del danno.

Per tal via, utilizzando congiuntamente gli strumenti dell'ingiustizia quale clausola generale e dell'abuso del diritto, ogni tipo di situazione è suscettibile di divenire meritevole di tutela, ove il giudice lo decida; e si potrà, allora, pervenire a tale risultato solo a seguito di un bilanciamento, condotto alla luce della buona fede oggettiva intesa quale parametro cui riferirsi per effettuare il giudizio di prevalenza tra le due situazioni protagoniste del contatto dannoso, tra comportamento (*non iure*) del danneggiante e situazione (*contra jus*) del danneggiato.

La responsabilità extra-contrattuale, secondo il pensiero della dottrina che qui si sta esaminando, per il fatto di richiedere in ogni occasione un bilanciamento tra due posizioni parimenti ritenute meritevoli, avrebbe natura ontologicamente relazionale[86], ponendosi a metà strada tra una situazione di mera estraneità tra sfere giuridiche e quella di rapporto in senso tecnico, propria dell'obbligazione.

Tale relazionalità sarebbe vieppiù confermata dall'operatività della clausola di buona fede quale criterio di risoluzione del giudizio di comparazione tra situazioni giuridiche in conflitto.

Non convince pienamente, però, l'idea di una responsabilità aquiliana che risulti da un giudizio di comparazione, guidato dalla buona fede, tra due situazioni giuridiche ambedue giudicate meritevoli secondo l'ordinamento giuridico; ed infatti quanti si servono della dottrina dell'abuso del diritto per corroborare la natura relazionale dell'illecito aquiliano sembrano muovere da una petizione di principio consistente nel fatto che ogni ipotesi di condotta del danneggiante dovrebbe risolversi in un esercizio di un diritto e non già nella violazione di una norma di precauzione o di prevenzione. Da qui la

---

[85] Cfr. in tal senso V. SCALISI, *Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2004, p. 797 ss.; ID., *Illecito civile e responsabilità. Fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 665.

Contra cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 8, nt. 9.

[86] Cfr. C. SALVI, *Responsabilità extra-contrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988; F. CAFAGGI, *La relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale,* Padova, 1996, *passim*; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt.* Sacco, Torino, 1998, p. 73 ss.; E. NAVARRETTA, Dikaion *come* nominon *e* dikaion *come* ison. *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, cit., pp. 628-629.

necessità di operare un bilanciamento tra la condotta di questo e la posizione del soggetto che si assume come danneggiato, guardando al danno come antigiuridico (*sine jure*) e ingiusto (*contra jus*).

Si potrebbe osservare che: *a*) tale interpretazione contrasterebbe con il dettato normativo[87]; *b*) resterebbe non dimostrata la premessa che ogni danno aquiliano si produca a seguito di un esercizio del diritto da parte del danneggiante.

In dottrina[88] si è evidenziato che di danno aquiliano sembra potersi discorrere in tre ipotesi: *i*) se la condotta del danneggiante è esercizio di un diritto, mentre la situazione del danneggiato non è giuridicamente tutelata (non vi sarà, in questo caso, danno ingiusto); *ii*) l'ipotesi opposta: la condotta del danneggiante non è esercizio del diritto, mentre la situazione del danneggiato è tutelata (e vi sarà responsabilità); ed infine, *iii*) il caso in cui ambedue le situazioni siano tutelate dall'ordinamento. Soltanto in quest'ultima ipotesi sarà possibile far riferimento ad un giudizio di bilanciamento tra le due posizioni in conflitto (essendo entrambe oggetto di previa tutela da parte dell'ordinamento).

Tuttavia, elaborare da un'ipotesi singolare, non esaustiva della generalità dei casi,[89] una dottrina generale, applicabile a tutte le ipotesi di illecito aquiliano, anche là dove di giudizio di bilanciamento tra opposti interessi non vi sia alcuna necessità, è operazione che andrebbe condotta con molta cautela poiché, si potrebbe obiettare che requisito di ingiustizia (espressione di un giudizio di valore già effettuato dal legislatore, che non necessita di essere fondato *a posteriori* dall'interprete) basterebbe *ex se* ad individuare e selezionare i danni risarcibili da quelli non risarcibili.

E potrebbe risultare altresì azzardato richiamare il concetto di buona fede (quale sostrato sul quale far poggiare il divieto di abuso del diritto), in un ambito ad esso estraneo, al fine di scardinare tale regola.

Siffatta conclusione – come si diceva – potrebbe non apparire pienamente convincente: volendo attribuire al concetto d'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c. la natura di clausola generale in forza della quale l'organo giudicante

---

87 Cfr. R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art 2043 c.c.,* Foro pad., 1960, p. 1422; ID., *L'interpretazione*, in G. Alpa, A. Guarneri, P.G. Monateri, G. Pascuzzi, R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano*, II. *Fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1999, p. 186.

88 Cfr. C. CASTRONOVO, *L'abuso del diritto come illecito atipico*?, in *Europa e dir. priv.,* 2006, p. 1056.

89 Cfr. R. SACCO, *L'interpretazione*, in G. Alpa, A. Guarneri, P.G. Monateri, G. Pascuzzi, R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano*, II. *Fonti non scritte e l'interpretazione*, in Tratt. Sacco, Torino, 1999, p. 254 e C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, cit., p. 34. Si tenga inoltre conto di come alla base del modello di giudizio del bilanciamento di interessi si ponga una concezione gius-positivistica del diritto. Per suo tramite, infatti, l'organo giudicante non attribuisce patenti di meritevolezza agli interessi in modo arbitrario, quanto piuttosto individua i singoli conflitti di interesse, tentando di assoggettarli agli schemi dettati dal legislatore.

Conclusivamente, può affermarsi come tale modulo argomentativo lungi dall'ampliare il potere discrezionale dell'interprete, lo restringe, imponendogli, una volta rilevato il conflitto di interessi, di risolverlo sulla base della legislazione vigente.

possa, nel caso concreto, valutare se vi sia danno risarcibile o meno, si ammetterebbe conseguentemente la risarcibilità, anche in ambito aquiliano, dei danni c.d. meramente patrimoniali (e cioè di quelle fattispecie di danni in relazione alla cui disciplina si è sentita la necessità di discorrere, al di fuori di una relazione contrattuale, di obbligazione senza prestazione), la cui sussistenza – anche a fronte di un raffronto comparatistico (i danni meramente economici sono risarcibili in via extracontrattuale solo in ipotesi eccezionali, ad esempio, in Germania e in Inghilterra) – desta non poche perplessità.

E così, se un giudizio di valore effettuato a monte dal legislatore non considera meritevole una data situazione giuridica e seguendo il giudizio integrativo della clausola generale operato dall'interprete, anche un interesse non esplicitamente protetto (perché non formalizzato in diritto soggettivo, né in una disposizione espressa né argomentando da un combinato disposto di regole, o di queste e di principi), ove leso, potrebbe esitare in un giudizio di responsabilità. È di tutta evidenza che, in tal modo, la linea di confine tra responsabilità da lesione di una situazione soggettiva giuridicamente protetta e responsabilità da lesione di situazione di mero fatto potrebbe venire meno. Ciò in quanto nessuna situazione sarebbe meritevole *a priori*, ma solo *a posteriori*.

Allo stesso modo potrebbe non risultare agevole tracciare un *discrimen* fra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale dal momento che, mentre in quest'ultima la responsabilità non è il momento primigenio del sorgere del rapporto, ma è una rimodulazione di questo a seguito dell'inadempimento da parte del debitore, nella prima è il danno ingiusto che segna il sorgere della relazione tra due sfere giuridiche prima di esso tra loro estranee.

L'abuso del diritto, se pensato come altro rispetto alla base valutativa legata al danno ingiusto, potrebbe rappresentare il superamento del convincimento che, mentre nella dimensione del "rapporto" il vincolo del debitore all'adempimento e l'affidamento ingenerato nel creditore circa la sua condotta implicano la possibilità di risarcire ogni ipotesi di danno prevedibile (anche meramente economico, tenendo vieppiù in conto di come il diritto di credito non individui un'entità realmente esistente – come ad esempio un diritto reale o un diritto della personalità – ma rappresenti una formalizzazione ideale di utilità patrimoniali che il creditore si attende dall'adempimento della prestazione obbligatoria), medesimo discorso non possa condursi in relazione alla responsabilità aquiliana, la quale – per espressa previsione legislativa, sulla scia del modello tradizionale romanistico – necessita, per prodursi, la lesione di un "bene" materiale o immateriale, diretto alla persona o alla proprietà, e non essendo invocabile nell'ipotesi di lesione del patrimonio, non individuando il patrimonio una situazione giuridica e presentandosi, piuttosto, come contenitore di situazioni giuridiche tra le più varie[90].

[90] Cfr. M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, Torino, 1958, p. 285; A. THIENE, *Nuovi percorsi della responsabilità civile. Dalla condotta allo* status, Padova, 2006, pp. 7-8, nt. 7.

E ciò anche per la sua incongruità tanto al dato storico, considerato che nel diritto romano la presenza della clausola di buona fede era indice dell'esistenza di un rapporto obbligatorio[91], quanto a quello testuale, dal momento che nel nostro ordinamento la buona fede trova applicazione nell'ambito del rapporto obbligatorio in genere, e del contratto in particolare, non trovando menzione nell'ambito dei fatti illeciti.

5.4. *L'abuso del diritto è un pleonasmo per iii) la buona fede.*

Si è già segnalato in precedenza che l'abuso del diritto viene da alcuni qualificato come un "principio" generale positivamente ricavabile tanto dalla disposizione *ex* art 833 c.c. in materia di atti emulativi, quanto dalle disposizioni del libro IV del codice civile in cui è menzionata la buona fede: *in contrahendo* (art. 1337 c.c.), nel rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.), nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), nella sua interpretazione (art. 1366 c.c.). Tali disposizioni avrebbero una *ratio* analoga a quella che, nell'ambito dei diritti reali, è sottesa al divieto di atti emulativi.

La buona fede, anzi, risulterebbe strumento per estendere quel divieto[92], già esplicito nei rapporti reali, vieppiù all'ambito dei rapporti obbligatori, secondo uno schema argomentativo in forza del quale, avendo il legislatore espressamente inteso limitare il diritto soggettivo per eccellenza – la proprietà –, *a fortiori* si potrà ipotizzare che uno stesso limite possa operare per i diritti di contenuto meno pieno, quali sono i diritti di credito[93].

Si potrebbe opinare, però, che un simile orientamento ponga in premessa ciò che, invece, andrebbe dimostrato, ovvero che nel nostro ordinamento esista un principio generale che vieta di abusare del proprio diritto.

Difatti, si potrebbe ritenere che nel nostro sistema non sembrerebbe potersi parlare di un principio di abuso del diritto poiché: *a*) l'abuso, se immaginato come principio, non avrebbe alcuna utilità pratica nel caso in cui il suo ambito di applicazione si risolvesse in quello già contrassegnato dalle singole disposizioni dalle quali esso viene inferito[94]; *b*) anche il procedere per

---

91 Cfr. L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, *Riv. dir. comm.,* II, 1956, p. 276, il quale indica il terreno del rapporto obbligatorio quale sede di operatività propria della buona fede già con riferimento al diritto greco, per il quale cfr. E. CANTARELLA, *Regole di correttezza in materia contrattuale nel mondo greco*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, p. 281.

92 Cfr. U. NATOLI, *Note preliminari per una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 29; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo - comunitario delle fonti*, II, Napoli, 2006, p. 903, nonché, ma con un *iter* argomentativo parzialmente differente, da F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 124.

93 In tal senso cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 29, nt. 59. Dobbiamo tuttavia precisare che detto A. non ritiene l'abuso del diritto un "principio", né, tantomeno, un principio germinante dall'utilizzo della buona fede in un ambito diverso da quello suo proprio del rapporto obbligatorio, né un argomento (ID., *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 113 e pp. 117-118, spec. nt. 68) quanto piuttosto un elemento ulteriore della fattispecie: se influente sul contratto, darà luogo a invalidità o ad inefficacia, se invece rilevante sul piano dell'illecito, a responsabilità.

94 Il divieto d'abuso potrebbe avere un'utilità sua propria ove, come detto in

induzione da disposizioni diverse accomunate da medesime *rationes* sarebbe operazione che, come si suol dire, proverebbe troppo, in quanto potrebbe dubitarsi che la ragione che vieta l'atto emulativo sia la stessa che impone di comportarsi nelle trattative secondo buona fede o ancora che vieta l'approfittamento della controparte incapace o che contratti intimorita da minaccia o per stato di bisogno.

In definitiva, da un'analisi delle varie disposizioni espresse, sembrerebbe potersi dedurre che le circostanze "dequalificanti" di ognuna siano diverse, e dunque apparirebbe una forzatura l'immaginare che a ciascuna di esse sia sotteso il medesimo principio. Salvo a voler intendere l'abuso del diritto come principio che permea di sé ogni singola disposizione dell'ordinamento[95]. Ma, come detto, a ciò si potrebbe obiettare che tale assunto opererebbe quale postulato, e in ciò sarebbe indimostrabile e insuffragabile per mezzo di argomenti logicamente e razionalmente vagliabili[96].

La tesi appena esposta trova una propria variante in quella corrente di pensiero che individua nel divieto di abuso del diritto non un principio elaborato per induzione da singole disposizioni, ma piuttosto – pur sempre – un principio derivante dalla «formalizzazione» della clausola generale di

---

precedente nel testo, venisse immaginato quale strumento per sindacare le condotte dei singoli alla stregua di criteri extra-giuridici (di tipo morale, etico, sociale, economico). Ma tale schema argomentativo viene criticato sulla base dell'osservazione per cui, quantomeno in un sistema di stampo positivistico come quello italiano, si risolverebbe in nulla più che in una sovrapposizione di piani speculativi. Sovrapposizione che, ove incontrollata, aumenterebbe le possibilità per l'interprete di censurare qualsivoglia condotta alla luce di criteri che, pur dove mascherati come oggettivi, si risolverebbero in niente più che in articolazioni di un potere arbitrario. Cfr. G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, pp. 179-180; A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, cit., p. 1747 ss.

95 Cfr. M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 480; *contra* C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, cit., p. 109, nt. 40, il quale assume essere «*implausibile dogmaticamente*» ed «*infondata storicamente*» tale ricostruzione.

96 Così cfr. R. SACCO, *Abuso del diritto*, cit., p. 5 e pp. 15-16; 23-24; 28-31.

Il citato A. evidenzia, inoltre, come la finalità di "moralizzazione" del diritto positivo che si vuole realizzare tramite la figura dell'abuso del diritto sia più declamata che reale. Tale conclusione sarebbe inoltre avvalorata da un quadro comparatistico dal quale emergerebbe che, nei paesi in cui vi sono state dittature (Unione Sovietica, Jugoslavia), era fiorente una dottrina dell'abuso del diritto utilizzata non per correggere le ingiustizie insite nella lettera della legge, ma quale strumento di limitazione delle libertà dei singoli cittadini.

Prosegue l'A. osservando che l'abuso del diritto, come ogni strumento, non è in sé buono o cattivo, valutazione, questa, legata al modo in cui lo si utilizza.

Sulla scia di quanto detto da P.G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà* (*Un saggio di* comparatives law and economics), in *Diritto Privato*, 1997, pp. 96-97; 110, secondo cui, con riferimento al campo del diritto del lavoro, l'abuso del diritto sarebbe stato utilizzato tanto quale limite all'esercizio arbitrario del potere di licenziamento del datore di lavoro, quanto quale meccanismo per limitare l'esercizio del diritto costituzionale di sciopero dei singoli lavoratori, R. SACCO, *Abuso del diritto*, cit., p. 25 ha concluso per il definire l'abuso come «*medicina che non indica la malattia*».

buona fede in funzione valutativa[97].

A ben guardare, siffatta tesi sembra superare le potenziali contraddizioni insite nelle impostazioni sin qui esposte e favorevoli al divieto di abuso del diritto. Così, ad esempio, rispetto alla teoria dell'abuso quale illecito atipico, si attribuisce alla buona fede in funzione valutativa la veste formale di principio generale, e non quella di un'ulteriore clausola generale volta ad integrare l'ingiustizia del danno; rispetto, poi, alla dottrina che configura l'abuso come contraddizione logica[98], si fornisce al fenomeno un referente positivo esterno al contenuto della situazione giuridica, senza risolverlo in una sua distorsione interna logicamente inferibile. E ancora, rispetto alle teoria dell'abuso come argomento (della quale ci si occuperà più oltre nel testo) la tesi dell'abuso quale formalizzazione della buona fede oggettiva in funzione valutativa potrebbe avere il pregio di muovere sul terreno della sostituzione della regola permissiva – confliggente con la sua *ratio* – con una regola proibitiva ricercata dall'interprete conducendo il discorso sul piano della disciplina e senza la necessità di invocare i principi – operando il divieto di abuso nelle forme della riduzione teleologica del contenuto della disposizione –.

L'*iter* argomentativo seguito dalla citata dottrina potrebbe così essere riassunto:

i) il contenuto del diritto soggettivo si risolve nel suo esercizio;

ii) la cui sostanza non è determinabile *a priori* (in astratto) ma solo *ex post* (in concreto), tanto quanto in relazione al contenuto dell'enunciato normativo che tale diritto attribuisce, rispetto al piano della sfera di azione consentita al titolare della posizione;

iii) ciò poiché la *ratio* della disposizione non è identificabile *ex ante* nella sua reale portata, ma solo *a posteriori*, in forza di una "collisione" con il caso concreto[99];

iv) una volta delineata la reale portata della disposizione, il suo contenuto viene ad essere delineato mediante l'operatività della buona fede[100];

v) una volta individuato l'interesse e costruita la regola entro la cornice di liceità in relazione alla fattispecie concreta, si tratterebbe poi di effettuare una valutazione sull'esercizio in concreto della situazione: se cioè l'agente, nel porre in essere la propria condotta, si sia discostato dalla regola – così esorbitando dall'interesse che essa mirava a proteggere – violando il precetto

---

97 Secondo G. CATTANEO, *Buona fede obiettiva ed abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, p. 613, l'abuso del diritto sarebbe un "doppione" della buona fede (oggettiva); cfr. altresì e per quanto si dirà nel testo F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 75 s.

98 Si tratta della tesi di C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 121 s.

99 Cfr. sempre F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 136 ss.

100 F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 117, al riguardo potendosi inferire come per l'A. il principio di buona fede travalichi i consueti confini del rapporto obbligatorio.

Contra cfr. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 109, il quale afferma che, anche secondo l'insegnamento di Luigi Mengoni, l'ambito applicativo della buona fede sia e non possa non essere quello del rapporto obbligatorio.

di buona fede – e rivestendosi con ciò della qualifica di illegittimità – in quanto, secondo il pensiero dell'A. che qui si sta ricostruendo, il divieto di abuso del diritto sarebbe concepibile solo facendo riferimento a due livelli di valutazione della condotta: quello della liceità e quello della legittimità, entrambi attestantisi sul piano della regola[101] –;

vi) in conclusione, la doppia valutazione darebbe come esito quello della formulazione di una contro-regola[102] rispetto a quella la cui *ratio* sia stata "elusa", dalla cui violazione deriverebbe un potere dell'organo giudicante di paralizzare – per mezzo dell'abuso – l'esercizio scorretto del diritto, riducendo teleologicamente il campo semantico della disposizione in relazione alla *ratio* giustificativa della regola[103]. Così ragionando, verrebbe arginata l'eccessiva discrezionalità dell'interprete, ancorando le decisioni a referenti normativi in grado di dotare le stesse di razionalità e prevedibilità tali da non comportare un *vulnus* eccessivo al tessuto gius-positivistico dell'ordinamento[104].

Alla teoria appena esposta si è tuttavia obiettato, da un lato, che essa sembra più mascherare che risolvere le aporie insite in altre elaborazioni in tema di abuso, facendo transitare l'operatività della buona fede dall'ambito suo proprio del rapporto obbligatorio al piano della condotta e finendo col riproporre lo stesso vizio argomentativo caratterizzante la teoria che individua nell'abuso del diritto un illecito atipico[105]; dall'altro, che il ritenere che il giudizio di abusività si svolga su di un duplice livello di valutazione implicherebbe la configurazione della descritta teoria come mera variante, sul piano delle regole, di quella che ravvisa nel fenomeno dell'abuso un contrasto tra regola e principio, e ciò per il fatto che si ricercherebbe una corrispondenza in concreto tra esercizio del diritto e *ratio* della disposizione attributiva della titolarità, pena, ove dimostrata la difformità, l'operatività del divieto dell'abuso nelle forme della riduzione teleologica[106] del campo semantico

---

101 Cfr. F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 107.

102 Il citato A. ritiene che anche l'esercizio abusivo del diritto abbia una sua "contro-fattispecie", e, anzi, che vi siano tante "contro-fattispecie" quante sono le possibilità di abuso.

103 Cfr. F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 139 ove l'A. afferma che l'abuso del diritto rappresenta una deviazione dalla *ratio* della norma, poiché consiste in un esercizio – provvisoriamente – non desiderabile del contenuto di questa. Analizzando i due enunciati, non s'intende bene se l'abuso venga sanzionato in quanto contrastante con la *ratio* della norma permissiva – la cui portata applicativa viene ridotta dall'interprete mediante l'uso dell'argomento teleologico – ovvero se perché in conflitto con la "contro-regola" scaturente dalla combinazione tra sviamento di interesse e buona fede (costitutiva tanto della regola permissiva quanto della "contro-regola").

104 Cfr. F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 157.

105 Cfr. in tal senso C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 109.

106 Con ciò intendendosi una modalità di correzione del dettato della disposizione in relazione alla *ratio*, si da far risultare esorbitante rispetto all'ambito operativo della norma quanto *prima facie* vi risultasse invece compreso.

Secondo A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 420 ss., l'argomento dell'abuso e quello teleologico non sarebbero completamente sovrapponibili dal momento che, mentre nel secondo caso l'interprete si limiterebbe ad un'attività di correzione "dall'interno" del contenuto della disposizione, nel primo l'interprete, da un

della disposizione permissiva[107]. In ultimo, con l'estensione dell'applicabilità della buona fede quale criterio valutativo all'esercizio della situazione giuridica, tale tesi non farebbe che riproporre la medesima prospettiva di chi, in origine, teorizzò il divieto di abuso come principio[108].

5.5. *L'abuso del diritto è un argomento interpretativo.*

Ancora diversa impostazione è quella adottata da chi, muovendo da una prospettiva puramente ermeneutica, qualifica l'abuso del diritto come "argomento" interpretativo[109]. Secondo tale tesi, la formula dell'abuso del diritto individuerebbe l'esercizio lecito di un diritto, esercizio che però si pone in contraddizione rispetto alla *ratio* sottesa alla disposizione attributiva del diritto stesso[110]. Tale condotta andrebbe, perciò, sanzionata applicando al comportamento – lecito sul piano della forma, ma abusivo nella sostanza – una diversa norma, individuata analogicamente, che lo reprima.

---

lato, dichiarerebbe disapplicabile una disposizione (permissiva, nella quale, sembrerebbe, a prima vista, riconducibile il caso di specie), dall'altro, applicherebbe al posto di quella un'altra regola, da lui *discrezionalmente* individuata.

107 Cfr. sul punto le perplessità espresse da C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 111, il quale, in un primo momento, si dimostra critico circa l'operazione di trapianto della categoria della legittimità nella sfera del diritto privato, per poi passare a stigmatizzare il tentativo di sovrapporre buona fede ed abuso del diritto nell'indagine sull'esercizio della situazione soggettiva, rappresentando la prima regola del governo del rapporto obbligatorio la cui violazione darebbe luogo a responsabilità, ed il secondo una modalità di sindacato sulla condotta la quale, ove giudicata abusiva in ambito contrattuale, darebbe seguito ad un giudizio di invalidità, e ove operante nel campo dell'illecito – in qualità di elemento ulteriore della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c. – ad un giudizio di responsabilità.

Assumendo quale base di riferimento tale ricostruzione, nell'ambito della quale si opta per una netta separazione tra il piano dell'atto e quello del rapporto, diviene arduo condividere la proposta ricostruttiva di R.T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in *www.comparazionedirittocivile.it*, 2010, p. 30, secondo la quale – alla luce delle normative sovrannazionali – la buona fede, da regola di condotta, si trasformerebbe in regola di validità, passando l'abuso del diritto a rappresentare un modo di operare della buona fede e alla violazione del cui divieto conseguirebbe la sanzione dell'invalidità dell'atto. La conclusione di tale sillogismo segue le premesse, ma queste ultime lungi dal dimostrare ciò che affermano, si risolvono in due petizioni di principio. Infatti non è dimostrato che la buona fede non sia più regola di condotta, ma sia divenuta regola di validità, né tantomeno che l'abuso del diritto trovi in essa il suo fondamento.

108 In senso critico rispetto alla possibilità di applicare il canone della buona fede al di fuori del rapporto obbligatorio, cfr. C. SALVI, *Abuso del diritto (diritto civile)*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, p. 3; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., con riferimento a quanto già citato in precedenza.

109 Cfr. A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, cit., p. 401 ss.; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 419 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, p. 57; P. PERLINGIERI, *Il diritto come discorso. Dialogo con Aurelio Gentili*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 785.

Contra, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 117, spec. nt. 67.

110 Cfr. A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 449 ss., secondo il quale, adottando un approccio funzionale, si potrebbe parlare di disposizione "sovra-inclusiva", poiché contempla sul piano della fattispecie ciò che andrebbe invece escluso sul piano della *ratio*.

Lo schema dell'abuso del diritto sarebbe dunque il seguente: «*C'è una disposizione D che prevede un caso C e vi connette l'effetto E. C'è un caso C1, che dovrebbe perciò produrre l'effetto E perché ha le caratteristiche strutturali e formali previste in D. Si assume però che D abbia la* ratio *R, e si afferma che C1 non la esprime. Avrebbe infatti la* ratio *prevista in* non-*D (un'altra disposizione, un principio legale, spesso dati prescrittivi esterni al sistema come la morale, l'economia, il costume) cui consegue l'effetto F. Se si interpreta secondo lo stretto diritto, a C1, essendo sussumibile in C, consegue E. Ma assumendo che vero diritto sia quello della* ratio *e non quello della fattispecie, poiché C1 ha la* ratio *di* non-*D, gli si fa seguire F.*

I punti in cui l'interprete in questo schema esercita una discrezionalità quasi arbitraria sono: che D abbia la ratio *R, che C1 abbia la* ratio *R*»[111].

L'utilizzo dei restrittivi schemi propri di un ragionamento incentrato sulla categoria della "fattispecie" condurrebbe a far ritenere che il rischio di commettere all'interprete un'eccessiva discrezionalità sia molto elevato, dovendosi così concludere che, pur riconoscendone la congruità rispetto al diritto positivo e la correttezza della sua struttura logica, l'impostazione che qualifica l'abuso del diritto come argomento interpretativo non si emanciperebbe dalla critica fondata su ragioni di certezza.

Difatti, servendosi ancora di schemi orientati alla fattispecie[112], uno degli assiomi del diritto inteso nella sua dimensione positivistica sarebbe che i singoli conflitti di interessi ricevano un'astratta regolazione nelle disposizioni predisposte dal legislatore: per cui, in potenza, ogni caso concreto potrebbe essere sussunto in una data fattispecie. Parafrasando le parole di un Autore, accettare la teoria dell'abuso del diritto vorrebbe dire sovvertire questo schema, poiché si verificherebbe «*un'inversione dello statuto deontico della disposizione*»[113]: l'interprete formulerebbe in via ermeneutica un giudizio di

---

111 A. GENTILI, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, cit., p. 403 ss.; ID., *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 457, nt. 57.

112 Sebbene i tempi siano ormai maturi, come anche affermato nel testo, per tentare di superare tale ricostruzione, facendo il largo utilizzo giurisprudenziale della figura dell'abuso del diritto «*intendere, in termini di palmare evidenza, che il processo di sussunzione, inteso come deduzione logica da una norma data, non è certamente più, nell'esperienza contemporanea, lo strumento essenziale per individuare il diritto*». Così cfr. N. LIPARI, *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, cit., p. 198. Difatti – prosegue il citato A. – «*nello stabilire la fondatezza o l'infondatezza di una pretesa ovvero la liceità di una condotta il giudice riconosce o disconosce diritti e doveri, ma lo fa non in base al riferimento a precostituiti astratti modelli di diritti soggettivi, bensì riferendosi alla concretezza del rapporto, alla specificità del caso, alla peculiarità delle circostanze date*» e, inoltre, «*quali che siano i criteri cui il giudice in concreto si richiami per colmare quello che è stato definito lo "*spread *tra stretto diritto e vero diritto", certo è che, nei modi della prospettazione argomentativa e quindi della conseguente accettabilità sociale, si caratterizza uno dei connotati essenziali dell'esperienza giuridica del nostro tempo, la realtà di uno* jus in fieri *che non si esaurisce mai nella formalità di un enunciato e che inevitabilmente si riconduce ad indici ricavabili dalla specificità del caso. In questa chiave, essendo il ruolo dell'interprete necessariamente legato ad una pluralità di fattori, diventa assolutamente irrilevante il fatto che il sistema delle norme contenga o meno una esplicita sanzione dell'abuso*» (pp. 199-200).

113 Cfr. G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*,

divieto per condotte che la norma di legge invece permetterebbe.

5.6. *Spunti critici e prospettive attuali.*

Una volta conclusa questa rapida disamina sulle diverse impostazioni teoriche riguardanti l'abuso del diritto, pare congruo però suggerire un cambio di prospettiva e, con esso, l'abbandono delle tradizionali categorie del passato, al fine di cogliere le vicende giuridiche nel loro divenire, nella concretezza del momento attuativo, ricostruendo il sistema alla luce di una realtà in continua velocissima evoluzione. Appare infatti sempre più difficile «*immaginare in funzione di quale criterio sia possibile ricostruire in astratto, e quindi prescindendo dalle peculiarità sempre variabili, del singolo caso, i presupposti in base ai quali sia stato individuato un interesse al momento del conferimento (*scilicet*: della posizione dell'enunciato al quale si intende ricondurre l'attribuzione del diritto)*»[114].

In altre parole, è sin d'ora opportuno anticipare quanto si tenterà di dimostrare nel prosieguo del presente lavoro con specifico riferimento al diritto delle società[115] – ma forse pervenendo a considerazioni che ben si coniugano con l'intero assetto ordinamentale –, e cioè che, in vero, le posizioni critiche nei confronti dell'abuso del diritto in precedenza esaminate non trovano, allo stato attuale, terreno fertile nel nostro ordinamento, potendo anzi tale istituto costituire un paradigma al quale ricondurre strumenti di tutela congrui rispetto ad interessi che rimarrebbero altrimenti privi di adeguati rimedi a fronte di abusi che il sistema mostra di non tollerare[116].

---

cit., p. 41.

[114] N. LIPARI, *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, cit., p. 220. È proprio grazie agli scritti più recenti di questo A. che la teorica dell'abuso del diritto sta ritrovando in questi anni nuova linfa nel panorama del diritto civile. Sempre secondo N. LIPARI, *ivi*, p. 193, «*in un contesto sempre più multiforme e magmatico è proprio ed esclusivamente nel momento applicativo che si saldano e si fondano, in termini non sempre facilmente distinguibili, la determinazione del fatto, la sua qualificazione secondo paradigmi di tipo giuridico, l'individuazione dell'enunciato o del principio al quale riagganciare in termini motivatamente plausibili, la soluzione del caso*» e «*il procedimento argomentativo attraverso il quale, per via interpretativa, si inverte lo* status *deontico di una condotta ponendo limiti all'esercizio di una libertà che, in chiave meramente enunciativa, l'ordinamento, inteso come sistema di regole dettate, considera invece permessa, riflette evidentemente un'impostazione di fondo sullo stesso modo di intendere il processo applicativo del diritto. Nel momento in cui la regola non è più necessariamente accolta nella sua prescrittività, ma viene in qualche modo limitata (nell'ottica della vicenda concreta che si tratta di risolvere) in funzione di principi che dovrebbero giustificarne l'applicazione, il diritto rompe la crosta di qualsiasi formalismo e guarda alla duttilità di un'esperienza, al di là della circostanza che quei principi si propongano, in determinati momenti storici (e segnatamente in quello che ci è stato dato di vivere), come molteplici, confliggenti, incommensurabili, indeterminabili*».

[115] Esorbitando per tanto dall'ambito della ricerca qui condotta le tante manifestazioni dell'abuso del diritto nei molteplici settori del nostro ordinamento, come potrebbe essere ad esempio il caso dell'abuso del processo o, sebbene se ne siano fatti solo fugaci cenni, l'abuso del diritto nel diritto tributario, per non parlare delle problematiche che tale istituto solleverebbe con riferimento al diritto penale, ove il principio di legalità si declina con modalità particolarmente rigide.

[116] In definitiva accogliendo l'impostazione di quanti ritengono che l'abuso del diritto

6. *Cenni di diritto comparato.*

Quanto appena scritto trova ulteriori sollecitazioni ove si guardi ai modi d'essere dell'abuso del diritto in altri ordinamenti e così, prima di procedere oltre, può essere utile soffermarsi sugli snodi centrali dei dibattiti sviluppatisi con riferimento ad altri sistemi giuridici e sugli aspetti che più direttamente rilevano ai fini della presente indagine.

6.1. *Francia.*

Il primo[117] Paese in cui si è cominciato a discutere circa l'ammissibilità di tale figura nell'età moderna, nonostante l'assenza di una norma di diritto positivo, è stato la Francia[118]. Ciò è avvenuto in risposta al formalismo legale ed all'assolutismo dei diritti propri della codificazione napoleonica[119] e grazie alla spinta innovatrice del formante giurisprudenziale[120], il quale – tanto in relazione al diritto di proprietà, quanto alla tutela giurisdizionale dei diritti e, in generale, nell'ambito dei contratti e delle collettività organizzate ("*abus de majorité*", "*abus de minorité*") – ha visto nell'abuso del diritto un meccanismo correttivo intrinsecamente espresso persino dal diritto positivo[121] tale da consentire al giudice di ovviare alla (inammissibile) rigidità dell'applicazione formale della norma, dando così rilievo giuridico ad istanze derivanti dalla morale[122].

Nel corso del tempo, si sono potuti osservare tre diversi orientamenti dottrinali:

---

sia ormai penetrato nel tessuto sociale, tanto a livello nazionale quanto, e soprattutto, a livello comunitario, senza che ciò arrechi un *vulnus* alla certezza del diritto, suggerendo semmai una diversa e più moderna concezione di tale principio. Cfr. in tal senso N. LIPARI, *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, cit., p. 191 ss.

117 Così S. PATTI, *Abuso del diritto*, cit., p. 1 ss.

118 Cfr. per tutti L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Parigi, 1939; H. CAPITANT, *Sur l'abus du droit*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1928, p. 374 ss.; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949, §94; R. SAVATIER, *Traitè de la responsabilitè civile en droit francais civil, administratif, professionnel, procédural. I. Les sources de la responsabilité civile*, Paris, 1951, p. 90 ss.; J. DABIN, *L'abus du droit et la responsabilité dans l'exercise des droits*, in *La Belgique judiciaire*, 1921, p. 307 ss.

119 Così M.P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, cit., p. 33.

120 Cfr. il noto caso deciso dalla *Cour de Cassation* il 3 agosto 1915, in *Dalloz*, 1917, I, 705, *Coquerel c/ Clèment-Bayard*, ben ricostruito da M.P. MARTINES, *ibidem*.

121 Cfr. J.M. PERRILLO, *Abuse of rights: a pervasive legal concept*, in *Pacific Law Journal*, 1995, 27, p. 47.

122 Cfr. P. E. MOYSE, *L'abus de droit:l'anténorme – Partie 1*, in *McGill Law Journal*, 2012, p. 859 ss., spec. 862, ove si legge che «*L'exercice est d'un autre ordre. L'abus informe le juriste sur la conformité de l'usage d'un droit — un droit revendiqué et donc opposé à d'autres, au droit. Il fait le lien entre l'ordre formel dont découlent les droits individuels réalisables, c'est-à-dire le droit étatique ou statique, et l'ordre moral ou philosophique, c'est-à-dire le droit dans sa projection idéale et sa complexité ontologique. L'abus fait présumer l'interdépendance et l'interpénétration des deux ordres de réflexion de sorte que le droit dans sa réalité positive ne peut être totalement désolidarisé d'un ensemble de principes supérieurs de justice*».

i) il primo, rappresentato principalmente dal pensiero del Josserand[123] e basato sul criterio della funzione sociale dei diritti, configurava una condotta abusiva quando il diritto fosse stato esercitato in contrasto con la funzione per cui era stato attribuito; e, si aggiungeva, quando il diritto fosse esercitato in maniera contraria rispetto alla sua naturale (o normale) destinazione economica o sociale[124];

ii) il secondo, più restrittivo, legava l'abuso del diritto ai soli atti emulativi[125];

iii) vi era poi la tesi di quanti ritenevano che l'abuso del diritto non fosse configurabile poiché frutto di una contraddizione in termini esitante in un ossimoro[126].

Dopo quasi cent'anni dall'inizio del dibattito, nonostante nessuno più contesti che l'esercizio di un diritto possa esser fonte di responsabilità per il titolare e nonostante il ricorso costante in giurisprudenza all'abuso del diritto, non vi è ancora certezza circa la cornice definitoria ed i rimedi esperibili a fronte di una condotta abusiva e, infatti, è stato notato in dottrina[127] come da tutta l'abbondante produzione giurisprudenziale sul punto emerga un'idea piuttosto confusa dell'abuso, con una conseguente ricaduta in termini di disciplina che, caso per caso, varia dal risarcimento del danno ad una sanzione pecuniaria, dalla nullità all'inopponibilità alla decadenza fino ad arrivare all'inefficacia di una clausola contrattuale.

Tuttavia, come si diceva, sebbene vi sia ormai certezza sulla possibilità di utilizzare la categoria dell'abuso del diritto, ciò di cui si dubita è la possibilità – oltre che l'opportunità[128] – di configurare una nozione unitaria di abuso: il *proprium* di tale categoria starebbe proprio nel suo essere una manifestazione di equità giudiziale, sicché arginarla entro limiti precisi sarebbe operazione incongrua e poco proficua. Ciononostante, proprio a partire dalle tesi di Josserand e Planiol[129], nell'ordinamento francese si è tentata una sintesi

---

123 L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Parigi, 1939

124 Così R. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale des obligations*, Paris, 1895, p. 371.

125 Cfr. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, cit., §94.

126 M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1905, p. 284

127 Cfr. J.-S. BORGHETTI, *L'abuso del diritto in Francia*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. Visintini, Napoli, ESI, 2016, p. 458.

128 Secondo alcuni autori – riporta PH. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, Paris, 2000, n. 3 –, l'inconsistenza della nozione di abuso sarebbe in qualche modo la sua virtù propria.

129 Cfr. PH. STOFFEL-MUNCK, *ibidem*, il quale nota come ciascuno dei due autori avanzava nel dibattito argomenti che, a seconda dei punti di vista, potevano sembrare incontestabili. Contro la nozione di abuso del diritto, Planiol faceva valere l'argomento per cui parlare di uso abusivo di un diritto fosse contraddittorio, perché appunto il diritto finisce lì dove l'abuso comincia. Josserand, invece, sosteneva che ben si può avere un diritto tutto per sé, a propria completa disposizione, un diritto ben determinato, e tuttavia aver contro il Diritto nella sua interezza, esattamente allo stesso modo per cui con armi lecite ben si possono commettere delitti.

Come detto, è una questione di punti di vista: ed infatti, Planiol sembra partire dal concetto di limite del diritto soggettivo, sicché ogni atto che fuoriesca dall'ambito del

sistematica della categoria, distinguendo i casi in cui l'abuso del diritto si manifesti come sconfinamento dal contenuto sostanziale di un diritto, indipendentemente da ogni giudizio relativo alla condotta dell'esercente il diritto stesso; ovvero quelli in cui esso scaturisca dal comportamento colposo nel momento dell'esercizio del diritto – come accade per l'abuso del diritto di proprietà[130], del diritto di azione[131] e del diritto di recedere dalla trattativa precontrattuale e dal contratto[132] –.

In questo secondo caso, il rimedio per l'abuso sarà il risarcimento del danno, mentre quando l'abuso consista nell'indebito superamento di una prerogativa – come avviene, ad esempio, nel caso di clausole abusive nei contratti dei consumatori o di frode alla legge – dovrà essere ricercato il rimedio più congruo rispetto all'effetto prodotto dalla condotta abusiva, quello cioè che neutralizzi l'eccesso[133], come ad esempio l'inefficacia della clausola abusiva ovvero il mancato riconoscimento di ogni effetto a seguito dell'attivazione abusiva di una prerogativa contrattuale[134], ovvero ancora l'inopponibilità dell'atto in frode alla legge nei confronti delle persone che ne potrebbero essere potenzialmente lese[135]. È ben possibile, in alcuni casi, che la neutralizzazione degli effetti abusivi non sia possibile, o che ciò non sia comunque sufficiente a porre rimedio alle conseguenze dannose provocate dal compimento dell'atto, sicché, anche in tali ipotesi, si potrà richiedere un risarcimento del danno.

6.2. *Germania.*

Nel sistema tedesco si riscontrano diversi referenti normativi a partire dai quali la dottrina e la giurisprudenza hanno tracciato i confini dell'abuso del diritto.

---

diritto è atto abusivo; Josserand, invece, guardava ad un problema diverso, riferito al modo in cui il titolare del diritto si comporta nel momento in cui lo esercita senza però sconfinare dai limiti imposti dal suo contenuto.

130 Cfr. Cass., 3e civ., 15 febbraio 2012, n. 10-22899, in *Bull. civ.* III, n. 32; D, 2012, 1308, con nota di Thomassin.

Ormai sostituito, in vero, dalla teoria dei *troubles anormaux de voisinage* [disturbi anomali da vicinato], in virtù della quale il proprietario o l'occupante di un terreno o di un fabbricato è responsabile, anche senza sua colpa, del danno cagionato a un vicino, ove il danno ecceda la misura dei fisiologici e come tali tollerabili disturbi all'interno dei normali rapporti di vicinato. Cfr. *ex multis* Cass., 2e civ., 19 novembre 1986, *Bull. civ.* II, n. 172.

131 Cfr. L. CADIET E PH. LE TOURNEAU, *Abus de droit*, in *Répertoire civile Dalloz*, 2008, nn. 119-178. In giurisprudenza, cfr. Cass., 2e civ., 11 settembre 2008, n. 07-18.483, JCP, 2009, I, 123, n. 5, con osservazioni di Stoffel-Munck; LPA 4 novembre 2008, 13, con nota di Canselier.

132 Cfr. *ex multis* Cass., 1e civ., 19 dicembre 2013, n. 12-26459; Cass., 1e civ., 5 febbraio 1985, n. 83-15.895, in *Bull. civ.*, I, n. 54.

133 Così cfr. L. CADIET E PH. LE TOURNEAU, *Abus de droit*, cit., n. 84; PH. STOFFEL-MUNCK, *L'abus de droit*, cit., n. 686 s.

134 Cfr., per una vicenda avente ad oggetto una clausola risolutiva espressa, Cass., 1e civ., 7 febbraio 2006, n. 03-15094, D, 2006,1796, con nota di Penneau; RTDciv, 2006, 763, con osservazioni di Mestre e Fages.

135 Cfr. Cass. civ., 18 marzo 1878, S, 1878, 1, 93, con nota di Labbé.

Già durante i lavori preparatori al codice civile tedesco del 1896 si discuteva dell'opportunità di inserire una disposizione in cui si prevedesse tanto un divieto di abuso del diritto, quanto l'*exceptio doli generalis*. Vi fu anche chi propose di introdurre un divieto di abuso del diritto nella parte generale del codice[136], ma prevalse l'opinione di quanti ritennero che, così facendo, i giudici avrebbero potuto adottare decisioni fondate su un senso di giustizia oscuro e puramente soggettivo, oltreché vi sarebbe stato il pericolo di una confusione tra diritto e morale[137].

Infine, i consensi convogliarono sulla previsione della *Schikaneverbot* (divieto di atti emulativi), in un primo momento riguardante solo il diritto di proprietà, poi però esteso a tutti i rapporti giuridici e trasferito nella parte generale del *BGB*, al § 226, il quale prevede che «*è inammissibile l'esercizio del diritto se può avere soltanto lo scopo di provocare danno ad altri*»[138].

Seguendo una linea evolutiva simile a quella tracciata in precedenza con riferimento al diritto interno, anche in Germania si dava in un primo tempo rilievo all'*animus nocendi*, ossia all'esercizio delle facoltà attribuite dal diritto con il solo ed unico scopo di arrecare danni ad altri (*aemulatio*), per poi passare, date le difficoltà probatorie in cui incorreva chi volesse invocare il divieto di abuso, a superare il tenore letterale del §37 I tit. 6 del *Allgemeines Landrecht* del 1794 – il quale, per la prima volta nell'area tedesca, assoggettava ad azione per risarcimento del danno chi avesse posto in essere atti emulativi – e a ritenere responsabile chi avesse agito anche quando l'*animus nocendi* non potesse essere provato[139].

Tuttavia, il problema legato alla prova dell'intento di nuocere veniva così solo aggirato, ma non del tutto risolto; si è così arrivati a ritenere applicabile il divieto di abuso del diritto solo al ricorrere di specifiche fattispecie tipiche (*Fallgruppen*[140]) di esercizio inammissibile del diritto, fondate

---

136 Cfr. S. HABERL – A. SOMMA, *L'abuso del diritto nell'esperienza tedesca*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. Visintini, Napoli, ESI, 2016, p. 431 ss., spec. p. 434. La norma avrebbe dovuto essere del seguente tenore letterale: «*una pretesa giuridica può essere legittimamente respinta dal soggetto nei cui confronti viene fatta valere, quando l'esercizio della medesima, a seconda delle circostanze del caso, risulti lesiva dei buoni costumi*».

137 Cfr. H.-P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?*, Berlin, 1995, p. 95 ss.

138 Tuttavia, la giurisprudenza tedesca ha preferito, nella quasi totalità dei casi, far ricorso non tanto alla norma che espressamente punisce l'abuso del diritto, quanto piuttosto alla disposizione sulla buona fede (*Treu und Glauben*). Cfr. per tutti R. SACCO, *Abuso del diritto*, cit., p. 10.

139 Cfr. *Preussisches Obertribunal*, 7 giugno 1952, in *Striethorst Archiv* 5, 1852, p. 282 ss.

140 La cui elaborazione è da imputare a W. SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli (Parr. 226, 242, 826 BGB), unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtssutzes (Par. 1 UWG)*, Marburg, 1934, p. 87 ss.; ID., *Sub Par. 242*, in *BGB-Soergel Kommentar*, Stuttgart, 1959, n. 24 ss., il quale formulò una teoria generale dell'abuso a partire dai §§242 e 286 BGB, entrambi considerati quali limiti generali all'esercizio del diritto, da intendersi, più precisamente, come limiti interni comportanti una *Relativität des Rechtsinhalts* [relatività del contenuto del diritto] e, nel caso in cui

principalmente sul dovere generale di buona fede – la cui violazione veniva addirittura in alcuni casi censurata d'ufficio dal tribunale – codificato al §242 *BGB* – oltreché su un'idea di responsabilità da "contatto sociale"[141] –, tra cui il principio del *venire contra factum proprium*, quello del *dolo agit* e la *Verwirkung*, oltreché all'*Unzulässigkeit der Rechtsausübung* [esercizio inammissibile del diritto[142]][143].

E così la Cassazione civile tedesca, in applicazione del §242 *BGB*, ha ritenuto configurabile un abuso del diritto, riconducendo le condotte censurate al divieto di *venire contra factum proprium*, per il caso di un contraente che, intenzionato a trattenere la prestazione della controparte, abbia, per non dover adempiere la propria controprestazione, comunque invocato la nullità del contratto[144]. E ancora, vi è abuso del diritto quando un dipendente, dopo essersi dimesso, sostenga l'inefficacia del licenziamento e chieda di proseguire il rapporto di lavoro[145]; o quando il locatore receda dal contratto di locazione per necessità proprie non sopravvenute e già note al momento della conclusione del contratto[146].

Altri esempi in cui il *Bundesgerichtshof* ha ravvisato un abuso del diritto, si diceva, è con riferimento al gruppo di fattispecie riconducibili alla *Verwirkung*, ossia ad ipotesi di inerzia nell'esercizio di un proprio diritto o nella reazione alla sua violazione, per un tempo tale da creare nella

---

fossero stati superati dal suo titolare, un *Handeln ohne Recht* [agire senza diritto].

L'A. muoveva da un'idea di "relazione eccezionale" (una sorta di contatto sociale) tra i soggetti interessati, all'interno della quale operava la clausola di buona fede, e al di fuori della quale si poneva la responsabilità da illecito prevista dal §826 BGB; l'elemento soggettivo poi si realizzava comunque ove la fattispecie esterna del comportamento fosse tanto grave da arrivare a non poter far prendere in considerazione un'eventuale fattispecie interna scriminante.

A tale impostazione si contrapponeva, ma in parte integrava, quella di F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des Par. 242 BGB*, Tübingen, 1956, p. 27, il quale, per evitare che le corti potessero decidere secondo il proprio mero arbitrio, volle tipizzare la buona fede sulla base delle principali funzioni da essa svolte, dando maggior rilievo alla sua funzione "suppletiva", così concretizzando le diverse categorie già individuate da Siebert.

141 Cfr. A. TEICHMANN, *Sub Par. 242*, in *BGB-Soergel Kommentar*, vol. 2, Stuttgart, 1990, n. 33 ss.

142 L'esercizio inammissibile del diritto – secondo il *Bundesgerichtshof*, 12 luglio 1951, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 3, 1951, p. 94 ss. – consiste in un agire senza o contro il diritto, il cui contenuto, in ogni caso, è limitato dai buoni costumi e dalla buona fede.

143 Cfr. S. HABERL – A. SOMMA, cit., p. 438 ss.

144 Cfr. *Bundesgerichtshof*, 20 gennaio 1954, in *Der Betrieb*, 1954, p. 150 ss.

145 Cfr. *Bundesgerichtshof*, 29 novembre 1965, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 44, 1966, p. 271 ss.; *Bundesgerichtshof*, 8 novembre 1999, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, p. 1329 ss.

146 Cfr. *Bundesgerichtshof*, 20 marzo 2013, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, p. 1596 ss.; *Bundesgerichtshof*, 6 luglio 2010, *ivi*, 2010, p. 512 ss.; *Bundesgerichtshof*, 13 aprile 2010, in *Wohnungswirtschaft und Mietrecht*, 2010, p. 575 ss.; *Bundesgerichtshof*, 21 gennaio 2009, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, p. 1139 ss.

Ha invece negato l'abuso del diritto *Bundesgerichtshof*, 4 febbraio 2015, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2015, p. 1087 ss.

controparte il legittimo affidamento che il diritto non verrà più esercitato, così determinando per esso uno svantaggio patrimoniale irragionevole[147]. A titolo esemplificativo possiamo indicare il caso in cui la controparte rinunci ad una possibile traslazione verso terzi dell'importo controverso[148].

Oltre quelle già indicate, vi sono poi altre *Fallgruppen* più direttamente legate ad una configurazione dell'abuso del diritto nel caso concreto, quali l'*unredlicher Erwerb der eigenen Rechtstellung* [acquisto sleale della propria posizione giuridica], sviluppatasi sulla base della *exceptio doli preteriti* e riguardante la rivendicazione di un diritto da parte di un soggetto che l'ha acquisito in modo contrario alla legge o al contratto[149]; l'*underliche Vereitelung einer Rechtsstellung* [frustrazione sleale di una posizione giuridica], speculare rispetto alla precedente e consistente nell'ostacolare la controparte nell'acquisto di determinati diritti[150]; e infine la mancanza di *berechtigtes Eigeninteresse* [interesse proprio legittimo], fattispecie simile al divieto di atti emulativi, ma in cui non rileva l'*animus nocendi*, come ad esempio quando si facciano valere vizi della cosa non più esistenti perché già eliminati[151] o quando vengano corrette dichiarazioni mendaci nei confronti dell'assicurazione prima che questa possa subire un danno[152].

Con riferimento a tale ultima ipotesi, si può notare come la condotta abusiva tenuta dal creditore possa comportare una carenza tanto assoluta, quanto relativa, di tutela, dovendosi condurre una valutazione in relazione agli interessi del debitore ed occorrendo che l'esercizio del diritto provochi al primo vantaggi o danni sproporzionati[153]. È interessante notare come, nei casi affrontati dal *Bundesgerichtshof*, aventi ad oggetto per lo più clausole di esclusione contrattualmente concordata della compensazione, il tribunale abbia ritenuto che rimedio congruo rispetto agli abusi perpetrati fosse quello della disapplicazione della previsione a favore di colui che intenda abusarne[154].

---

147 Cfr. *Bundesgerichtshof*, 23 gennaio 2014, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2014, p. 1230 ss.; *Bundesgerichtshof*, 20 luglio 2010, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2010, 2011, p. 212 ss.; *Bundesgerichtshof*, 14 gennaio 2010, in *Baurecht*, 2010, p. 618 ss.

148 Cfr. *Bundesgerichtshof*, 22 maggio 1997, in *Versicherungsrecht*, 1997, p. 1004 ss.

149 Cfr. *Bundesgerichtshof*, 6 ottobre 1971, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 57, 1972, p. 108 ss.

150 Cfr. *Bundesgerichtshof*, 27 ottobre 1982, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1983, p. 929, riguardante il rifiuto infondato di prendere in consegna una raccomandata; *Bundesgerichtshof*, 3 novembre 1976, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 67, 1977, p. 271 ss.

151 Cfr. *Bundesgerichtshof*, 22 febbraio 1984, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, p. 2287 ss.

152 Cfr. *Bundesgerichtshof*, 5 dicembre 2001, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, p. 518 ss.

153 Il *Bundesgerichtshof*, 7 novembre 2002, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2003, p. 628 ss. Fa espresso riferimento, nel caso di specie, al principio di proporzionalità.

154 Si è ad esempio ritenuto di non consentire di avvalersi della previsione che escluda la compensazione al creditore successivamente fallito (cfr. *Bundesgerichtshof*, 19 settembre 1988, in *Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport*, 1989, p. 1984 ss.; *Bundesgerichtshof*, 26 febbraio 1987, in *Wertpapiermitteilungen*, 1987, p. 732

All'esito della breve indagine condotta, si può concludere che il panorama giurisprudenziale tedesco assuma quale norma di riferimento per la repressione dei fenomeni di abuso del diritto il §242 *BGB*, rispetto al quale i §§826 e 226 *BGB* assumono un ruolo del tutto secondario, e che, attraverso il riferimento alla buona fede, si è giunti a definire i contorni di una nozione del *Rechtsmissbrauch* che va al di là delle ipotesi di abuso del diritto in senso stretto. Il §242 *BGB* ha, cioè, assunto il compito di giustificare un generale divieto di esercizio scorretto o intenzionalmene dannoso del diritto, anche al di fuori del campo dell'esecuzione dell'obbligazione in senso stretto[155].

6.3. *Altri ordinamenti e, in particolare, Inghilterra e Stati Uniti.*

Occorre ricordare, in conclusione della breve indagine comparatistica appena svolta, che, se tanto nell'ordinamento spagnolo[156], quanto in quello svizzero[157], portoghese[158], greco e dei Paesi Bassi[159] esistono delle previsioni specifiche dedicate all'abuso del diritto, il particolare assetto giuridico in uno con la mancanza di disposti normativi *ad hoc* hanno comportato, con riferimento ai sistemi di *common law*, il formarsi dell'opinione prevalente per cui tale categoria non sia configurabile tanto in relazione ai diritti reali[160],

---

ss.; *Bundesgerichtshof*, 6 marzo 1975, *ivi*, 1975, p. 614 ss.), o al creditore nei cui confronti la controparte avanzi una pretesa risarcitoria per fatto illecito (cfr. *Bundesgerichtshof*, 6 aprile 2011, in *Wertpapiermitteilungen*, 2011, p. 1870 ss.; *Bundesgerichtshof*, 15 febbraio 1978, *ivi*, 1978, p. 620 ss.).

155 Cfr. A. LAS CASAS, *Tratti essenziali del modello dell'abuso del diritto nei sistemi giuridici europei e nell'ordinamento comunitario*, in www.comparazionedirittocivile.it, 2013, p. 24.

156 Il riferimento è all'art. 7, co. 2, del *Codigo civil*, il quale prevede che: "*1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto, o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*».

157 L'art. 2 del codice civile svizzero sancisce che il manifesto abuso del proprio diritto non è tutelato dalla legge, e va letto in combinato disposto con l'art. 1 del codice civile ai sensi del quale vengono attribuiti speciali poteri creativi al giudice in caso di lacune.

158 L'art. 334 del codice civile del 1966 recita «*é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bonos costumes ou pelo fim social ou económico desse direito*».

159 Ed in particolare il riferimento è all'art. 13 del codice del 1992 per i Paesi Bassi ed all'art. 248 del codice civile greco, il quale formula una nozione di abuso quale eccesso dai limiti della buona fede, del buon costume o delle finalità socio-economiche per cui il diritto è stato attribuito.

160 Con riguardo al diritto anglosassone, si porta in genere ad esempio quello che è ritenuto un *leading case* in tema di abuso del diritto di proprietà, la pronuncia del 1895 *Mayor of Bradford v. Pickles*, [1985] AC 587, [1895] UKHL 1, riguardante un tort of nuisance commesso da un proprietario terriero il quale, scavando dei fossi sul proprio terreno al solo scopo di impedire il deflusso delle acque negli altri campi, aveva arrecato un danno ai propri vicini. Il giudice che si occupò del caso, Lord Macnaghten, ritenne che bisognasse guardare all'atto in sé, oggettivamente considerato – e pertanto "permesso", poiché di certo rientrante nei poteri spettanti al titolare del diritto di proprietà – lasciando in secondo piano i motivi per cui quell'atto veniva posto in essere.

quanto nella materia contrattuale[161].

Tuttavia, con riferimento al diritto dei contratti, potremmo per vero notare – con osservazione a valere in genere per gli ordinamenti di *common law* – come, nonostante il risalente ma costante orientamento per cui ogni diritto che trovi la propria fonte nel contratto possa essere esercitato a danno della controparte senza che rilevi il motivo che spinga il paciscente ad esercitarlo[162], molte pronunce giurisprudenziali lascino inferire che l'abuso del diritto, in realtà, operi nelle retrovie tanto del diritto inglese quanto, e ancor più, di quello americano, per mezzo di propri "equivalenti funzionali"[163] rintracciabili nei vari settori del diritto privato. E dunque, si potrebbe dire che dell'abuso del diritto v'è traccia anche nel diritto anglo-americano, mancando – lì pure, *mutatis mutandis*, come nell'ordinamento italiano – una categoria unitaria che accomuni le diverse fattispecie ad esso riconducibili, data l'esistenza di principi quali la correttezza, la ragionevolezza e l'onestà nell'esercizio dei diritti connessi all'esecuzione di un contratto, i quali sarebbero funzionalmente equiparabili, in quei sistemi, alla figura dell'abuso del diritto.

Tanto può desumersi, a ben riflettere, già a partire dalla dicotomia tra diritto comune ed *equity* che caratterizza i sistemi di *common law*, ove, con un giudizio incentrato sul secondo dei due termini, si comanda al convenuto, al ricorrere di determinati presupposti, di tenere il comportamento che è conforme ai dettami della coscienza[164]. Nel far ciò, il giudice gode di una tanto ampia discrezionalità da poter rigettare la domanda dell'attore che abbia agito pur non avendo «*le mani pulite*» e che non si sia comportato, egli stesso, secondo le regole dell'*equity*[165].

Non solo, ciò che più interessa, anche al fine di dimostrare come l'abuso del diritto sia oggi principio di portata generale che veicola istanze comuni a tutti i sistemi giuridici, è che anche nella giurisprudenza inglese, sebbene per

---

161 Secondo P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 225, ciò sarebbe dovuto alla circostanza che il giudice di *common law* è *a*) estraneo ad ogni indagine sui motivi e *b*) refrattario a confondere illecito e peccato; ma sul punto si rinvia all'analisi di A. DI ROBILANT, *Abuse of rights: the continental drug and the Common Law*, Boston University School of Law working paper no. 14-28, in www.bu.edu, 2014. Nello scritto l'Autrice si concentra sugli "equivalenti funzionali" dell'abuso del diritto nel *common law* e dimostra che, nonostante la mancanza di un richiamo positivo al concetto di abuso del diritto, esistono strutture logico-argomentative morfologicamente succedanee rispetto alla categoria in parola, rappresentati dalle *malice rules* e dai *reasonableness tests*, dei quali analizza, da p. 14 in poi, le applicazioni giurisprudenziali nei vari ambiti del diritto privato (*water law*, *nuisance*, *tortious interference with contractual relations or economic expectancies*, *labour law*).

162 Cfr. un altro *leading case* del diritto anglosassone, *Allen v. Flood*, [1898] A.C. 1.

163 Cfr. A. DI ROBILANT, *Abuse of rights: the continental drug and the Common Law*, cit., p. 13.

164 Cfr. sul punto M. LUPOI, *Strade e sensibilità diverse: l'*equity *inglese*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, a cura di G. Visintini, Napoli, 2016, p. 473 ss., spec. p. 474.

165 Sono queste due delle cc.dd. "massime dell'*equity*", come si apprende da J. MARTIN, *Handbury and Martin's Modern Equity*, *Sweet & Maxwell*, 2015, ch. 1 e da M. LUPOI, *ivi*, p. 475.

il tramite di altre "formule", si riconosca cittadinanza a quello che in altri ordinamenti è stato chiamato il divieto del *venire contra factum proprium*. Una delle "massime dell'*equity*" impone, difatti, di respingere la domanda attorea quando l'attore abbia atteso troppo prima di agire in giudizio, e ciò a prescindere da qualsiasi termine prescrizionale: si dice difatti che «*vigilantibus non dormientibus aequitas subvenit*»[166].

166 Cfr. M. LUPOI, *ibidem*.

CAPITOLO II
L'ABUSO DEL DIRITTO IN MATERIA SOCIETARIA: TECNICHE DI REPRESSIONE PRIMA E DOPO LA RIFORMA ORGANICA DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI.

PARTE I
UN PRIMO INQUADRAMENTO DEL PROBLEMA. LE TECNICHE REPRESSIVE NEL SISTEMA PREVIGENTE.

SOMMARIO: 1. Le norme anti-abusive nel diritto delle società e la parabola normalizzante della responsabilità limitata. – 2. Le tecniche di ampliamento della responsabilità dei soci di società di capitali elaborate prima della riforma e negli altri ordinamenti. – 3. La tecnica sanzionatoria della responsabilità illimitata. – 4. La responsabilità da illecito aquiliano. – 5. La teoria dell'amministratore di fatto. – 6. La responsabilità per l'esercizio del diritto di voto.

1. *Le norme anti-abusive nel diritto delle società e la parabola normalizzante della responsabilità limitata.*

Nel sistema delle società e, nello specifico, in quello delle società di capitali, a differenza di quanto osservato nel primo capitolo relativamente all'abuso del diritto nella teoria generale del diritto civile, è agevole rintracciare disposizioni normative che espressamente regolino fenomeni abusivi dettando discipline di volta in volta diverse a seconda dell'abuso perpetrato (artt. 2467, 2476, co. 7, 2497 ss., c.c., art. 147, co. 5, l. fall.).

Caratteristica comune a queste ultime è quella per cui, a fronte della necessità di fornire tutela ad interessi ulteriori e diversi rispetto a quelli dei soli soci paciscenti, i rimedi apprestati dal legislatore consistono nel demandare ad un organo pubblico – il giudice – una valutazione *ex post* sugli equilibri dei rapporti coinvolti dall'attività d'impresa[1] svolta in forma

[1] È noto come la dicotomia tra atto ed attività abbia profondamente segnato i più interessanti dibattiti nel campo del diritto dell'impresa. Secondo L. BUTTARO, *L'autonomia del diritto* commerciale, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 421 ss., ma spec. p. 429 ss.; G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 11; C. ANGELICI, *La* lex mercatoria *e il problema dei codici di commercio*, cit., p. 361 ss., e spec. p. 372 ss., il diritto commerciale è un diritto speciale in senso "forte", equivalente ad un diritto autonomo rispetto al diritto privato generale e dotato di propri principi, capaci di applicazione analogica; secondo M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., p. 5, è un diritto speciale ma non eccezionale, sicché le regole commercialistiche possono essere sviluppate analogicamente fino a ricavarne principi generali, derogatori rispetto a quelli del diritto civile.

Secondo, poi, in particolare P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1976 e

societaria.

In particolare, si può osservare come la società sia forma di

C. ANGELICI, *La* lex mercatoria *e il problema dei codici di commercio*, cit., p. 372 ss., mentre per il sistema del diritto civile tradizionale rileva la figura del soggetto proprietario, terminale ultimo di diritti soggettivi, il quale pone in essere atti che producono effetti giuridici, per il sistema del diritto d'impresa bisogna guardare alla categoria dell'attività, risolvendosi l'impresa proprio in un'attività organizzata e richiedendo l'organizzazione regole oggettive, che prescindano dai soggetti coinvolti nell'organizzazione stessa.

organizzazione[2] e di finanziamento[3] dell'attività d'impresa nel suo divenire[4], e come il legislatore promuova[5] in ogni sua espressione l'esercizio di

---

[2] Sicché, non si può in questa sede che aderire al pensiero di quanti ravvedono la necessità di superare l'approccio – assai diffuso nell'attuale cultura giuridica – che analizza i problemi della società in funzione dei problemi organizzativi del soggetto che esercita l'impresa, invece di individuare nell'impresa e nei suoi problemi l'*a priori* sulla cui base ricostruire la disciplina delle società, C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali, Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, p. 213 ss., il quale, al termine dell'analisi dei principali istituti riformati, suggerisce come nel nostro ordinamento possa essere «*proprio la categoria dell'impresa a poter fornire lo schema concettuale sulla cui base costruire il diritto societario*»; ID., *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, *passim*.

Secondo G. FERRI, *Società e impresa nel nuovo codice civile*, in *Dir. prat. comm.*, 1943, e in ID., *Scritti giuridici*, vol. III.1, Napoli, 1990, p. 155, la società sarebbe «*forma di esercizio collettivo dell'impresa*». La formula, condivisa da L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, vol. IV, Padova, 1957, p. 69 ss., (dove l'osservazione che «*la società non è che un'organizzazione formale dell'impresa*»), è, poi, ripresa e rielaborata da B. LIBONATI, *Introduzione*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2008, p. XXXIII, che vede nella società una «*forma dell'esercizio organizzato di attività d'impresa, di disciplina cioè del suo svolgimento e prima ancora del suo finanziamento*» e da P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni sulla riforma; I: la società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, p. 673 ss., che, da ultimo, la definisce come «*organizzazione dell'esercizio, del finanziamento e della responsabilità d'impresa*».

Cfr. poi L. BUTTARO, *L'autonomia del diritto* commerciale, cit., p. 421 ss., ma spec. p. 425 e pp. 430-431 ss., in cui l'A., a difesa della tesi per cui, a fronte della frammentazione formale del diritto dell'impresa causata dalla dislocazione delle norme che ne disciplinano la materia tanto nel codice civile quanto in leggi speciali, si potrebbe continuare a parlare di autonomia e specialità del diritto commerciale in virtù di un'unità sostanziale, richiama quale criterio unificatore e innovatore rispetto al passato lo svolgimento di un'attività economica.

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

[3] Questa l'idea espressa da G. FERRI JR., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale*, in *Riv. not.*, 2008, p. 741 ss.; ID., *Il sistema e le regole del patrimonio netto*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, p. 26 ss.; ID., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, p. 477 ss.; A. PACIELLO, *La funzione normativa del capitale nominale*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, p. 2; E. GINEVRA, *Oltre il capitale sociale? Spunti per la ripresa del dibattito sulla riforma della struttura finanziaria delle società di capitali*, in *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di G.E. Colombo*, Torino, 2011, p. 3; G. GIANNELLI, *Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, «corretto» finanziamento della società e tutela dei creditori*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, 1, *Impresa – Società: costituzione, conferimenti, assemblea*, Torino, 2014, p. 479 ss.; AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, a cura di L. Calvosa, G. Giannelli, F. Guerrera, A. Paciello, R. Rosapepe, Milano, 2017, p. 3 ss.

[4] L'espressione è ripresa da M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società per azioni*, Milano, 2000, *passim*, ma si cita da p. 26.

[5] Sulla funzione "promozionale" del diritto, cfr. gli scritti di N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Bari-Roma, 2007, p. 3 ss.; ID., *La funzione promozionale del diritto rivisitata*, in *Incentivi CEE per la riforma delle*

un'attività d'impresa in forma associata[6] e, in special modo, il ricorso da parte degli operatori economici allo strumento delle società di capitali, concedendo loro il beneficio della responsabilità limitata[7].

---

strutture economiche, a cura di L. Forlati Picchio, Padova, 1985, p. 1 ss.; M. CASTELLANO, *Introduzione*, in L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale. 1 – Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, a cura di M. Castellano e F. Vessia, Torino, 2015, p. XX; A.F. URICCHIO, *Introduzione*, in *La dimensione promozionale del fisco*, a cura di A.F. Uricchio, M. Aulenta, G. Selicato, Bari, 2015, p. 19 ss.

Il fondamento costituzionale del *favor* legislativo per lo svolgimento in forma associata dell'attività d'impresa lo si può agevolmente ricavare dal combinato disposto degli artt. 2, 18 e 41 Cost. Cfr. M. CASTELLANO, *Riflessioni sulla trasformazione esterogenea*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, p. 337 ss., spec. p. 340 ss.

Sul piano comparatistico, ravvedono la costante necessità dell'iniziale supporto politico per la costituzione di attività (*rectius*, imprese) dotate di responsabilità limitata M. HUDSON, *Entrepreneurs: from the near eastern takeoff to the Roman collapse*, in *The invention of enterprise. Entrepreneurship from ancient Mesopotamia to modern times*, Princeton University Press, 2010, pp. 94-95; W.K.K. CHAN, *Chinese entrepreneurship since its late imperial period*, in *The invention of enterprise. Entrepreneurship from ancient Mesopotamia to modern times*, Princeton University Press, 2010, p. 469 ss., ma spec. pp. 494-495.

In particolare, con più generale riferimento all'impresa ed all'azienda, si è da tempo evidenziata la centralità dell'idoneità prospettica di quest'ultima a produrre frutti civili (art. 820, u.c., c.c.) in termini di redditi, utili e flussi finanziari. Cfr. così F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda. Natura giuridica dell'azienda – La protezione dell'azienda – La circolazione dell'azienda*, Milano, 1982, p. 112 ss., il quale scrive che «*se la legge tutela l'organizzazione che c'è nell'impresa e non tutela le altre organizzazioni, vuol dire, se non erro, che la ragione della protezione sta non nel lavoro, che ricorre in tutte, ma in qualche altra entità che c'è nell'una e non nelle altre, e quest'altra entità non può essere data che dal fatto che l'impresa è un'organizzazione produttiva di un reddito, mentre le altre organizzazioni non lo sono*»; G. MINERVINI, *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, Napoli, 1964, p. 140 ss.; G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, in G. CASELLI-G.E. COLOMBO-D. CORAPI-M. LIBERTINI-F. MASTRAGOSTINO-G. MINERVINI-V. OTTAVIANO, *L'azienda e il mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, III, Padova, 1979, p. 1 ss., ma spec. p. 26 ss.

[6] Basti pensare al beneficio di preventiva escussione riconosciuto tanto ai soci di una società semplice, quanto a quelli di s.n.c. (anche irregolare), rispettivamente dagli artt. 2268, 2304 (e 2297) c.c.

[7] Prova di ciò ne sono ben note regole di diritto positivo: gli artt. 2463, co. 4, e 2463-bis, co. 2, n. 3, c.c. (nel testo risultante dalle modifiche operate, da ultimo, dal d.l. 28 giugno 2013, n. 76, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 99, in tema di s.r.l. con capitale minimo pari ad un solo Euro e di s.r.l. semplificata; l'art. 2327 c.c., così come modificato dal d.l. 24 giugno 2014, n. 91, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 116, che ha ridotto, per le s.p.a. e per le s.a.p.a., la cifra del capitale minimo da 120.000 a 50.000 Euro.

L'incentivo all'utilizzo dello strumento societario si manifesta, inoltre, per il tramite delle regole che disciplinano la crisi d'impresa. Si pensi: all'art. 182-*sexies* l. fall. (introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134), il quale fa conseguire al deposito della domanda di concordato preventivo, o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, la sospensione delle regole in tema di riduzione del capitale per perdite; agli artt. 26, co. 1, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221, e 4, co. 9, d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, conv. in l. 24 marzo 2015, n. 33, i quali, rispettivamente con riguardo alle *start-up* innovative ed alle PMI innovative, consentono di differire alla chiusura dell'esercizio successivo l'applicazione degli artt. 2447 e 2482-*ter* c.c. Cfr. F. BRIOLINI, *Capitale sociale e metamorfosi della tutela dei*

Tuttavia, sebbene le predette norme – eccetto l'art. 147 l. fall. – siano state inserite nei *corpora* normativi dedicati alle società di capitali[8], si potrebbe ritenere che le stesse siano al contempo espressione di un più generale principio di divieto di abuso del diritto nel diritto delle società, riveniente dalla lettura sistematica delle norme poste a presidio del capitale reale (*rectius*, del patrimonio sociale)[9].

Ciò non toglie, in vero, che le seguenti considerazioni prendono le mosse

creditori nel diritto societario più recente, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, p. 144 ss., ma spec. p. 145.

In origine, tale beneficio era legato, principalmente, al carattere della specialità del diritto commerciale, sul quale cfr. L. BUTTARO, *Le origini del diritto commerciale*, in L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale. 1 – Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, a cura di M. Castellano e F. Vessia, Torino, 2015, p. 3 ss.

Più esattamente, rispetto ai principi che informavano il diritto romano, lo sviluppo dei commerci rendeva attuale l'esigenza di consentire ai commercianti che intraprendevano lunghi e rischiosi viaggi per vendere e scambiare le proprie mercanzie in paesi lontani, di reperire i capitali occorrenti al finanziamento dell'operazione da soggetti i quali, per il loro *status*, non potevano o non volevano esercitare attività commerciali (si pensi ai nobili o ai proprietari terrieri). Ed infatti, tali soggetti, pur disponendo dei cospicui capitali necessari, potevano non avere interesse a rischiare tutto il proprio patrimonio nell'affare, e dunque la possibilità data loro di limitare la propria responsabilità patrimoniale alle sole perdite che non avessero ecceduto il valore del proprio apporto rappresentava un forte stimolo all'investimento.

È così che nasce la società in accomandita, ove il beneficio della responsabilità limitata è accordato ad una sola categoria di soci, ossia a quei soci – gli accomandanti – esclusi dalla direzione dell'impresa, a fronte della obbligatorietà della responsabilità illimitata per quegli altri soci che invece assumevano la direzione dell'impresa stessa; osserva F. GALGANO, Lex Mercatoria, Bologna, 2010, p. 82, che il beneficio era, in quell'epoca definita "protocapitalistica", interdetto ai membri della classe mercantile, sempre e comunque esposti a responsabilità illimitata, essendo, invece, concesso ai membri delle altre classi detentrici di ricchezza mobiliare, e alle classi fondiarie.

[8] E, nello specifico, gli artt. 2467 e 2476, co. 7, c.c. in quello della s.r.l., mentre l'art. 2497 c.c., poiché norma che disciplina la responsabilità della società o ente capogruppo, è qualificabile come precetto transtipico.

[9] Così F. VESSIA, *La responsabilità per la gestione nelle società di persone*, Napoli, 2017, p. 72 ss., letto già prima della pubblicazione, in bozza, per gentile concessione dell'Autrice.

dal percorso di "normalizzazione"[10] della responsabilità limitata[11], ossia da quel percorso che, a partire dalle Compagnie coloniali[12] del diciassettesimo secolo e passando per le società anonime[13], è giunto sino alle odierne società

[10] O, come efficacemente scritto da F. D'ALESSANDRO, *«La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata». Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 34 ss., spec. pp. 40-41, si «*sdrammatizzazione della responsabilità limitata*». L'A. rileva come a tale "sdrammatizzazione" abbia apportato un determinante contributo la riforma del 2003, tanto attraverso la normalizzazione della società unipersonale a responsabilità limitata come figura del diritto societario comune, quanto attraverso la possibilità, generalmente accordata alla società per azioni, di destinare una parte del proprio patrimonio ad una determinata attività, limitando a detta parte la responsabilità per le obbligazioni nascenti dallo specifico affare. A tale constatazione segue una riflessione su come tali innovazioni non rappresenterebbero, peraltro, novità assolute, avendo «*il tabù della responsabilità limitata* […] *già subito negli ultimi lustri del secolo passato considerevoli dissacrazioni*», ravvisabili nella direttiva comunitaria sulla società unipersonale e nella giurisprudenza *Raytheon* (la quale ultima affermava l'irresponsabilità di una società per i debiti di altra società, di cui la prima possedesse la quasi totalità del pacchetto azionario e pur essendo le rimanenti azioni detenute da una terza società completamente controllata dalla prima).

[11] Il cui punto di partenza è da rintracciare, nel diciassettesimo secolo, nel provvedimento concessorio frutto dell'incontro tra l'interesse della classe mercantile a commerciare in terre lontane (interesse privatistico) con quello del sovrano (interesse pubblicistico), il cui potere economico e politico ne risultava evidentemente accresciuto dal migliore andamento dei commerci, oltre che dalla possibilità di colonizzare nuove territori. Vigente il sistema della "concessione", il contenuto degli statuti era il risultato in effetti di una negoziazione, e sia pure di una negoziazione cui partecipavano anche i pubblici poteri. Cfr. per tutti, con riferimento alla prassi del Consiglio di Stato francese, A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIXe siècle*, Presse Universitaires de France, Paris, 1985, spec. p. 25 ss.; e C.E. FREEDEMAN, *Joint-Stock Enterprise in France. 1807-1867*, University of North Carolina Press, Chape Hill, 1979, spec. p. 34 ss.; per quella delle autorità prussiane, C. SCHUBEL, *Verbandssouveränität und Binnenorganisation der Handelsgesellschaften*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, spec. p. 175 ss.

[12] La prima delle quali veniva ad esistenza in Inghilterra nel 1600 (Compagnia Inglese delle Indie Orientali) e, subito dopo, in Olanda nel 1602 (Compagnia Olandese delle Indie Orientali). Per ulteriori approfondimenti, cfr. T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, p. 34 ss.; A. MIGNOLI, *Idee e problemi nell'evoluzione della "*company*" inglese*, in *Riv. soc.*, 1960, p. 633 ss.; L. BUTTARO, *Le origini del diritto commerciale*, cit., p. 30 ss.

[13] Il nome di società "anonima" derivava dal fatto che – diversamente dagli altri tipi, caratterizzati da una compagine societaria ristretta – il capitale era suscettibile di essere scomposto in una moltitudine di partecipazioni, e le stesse persone dei soci erano destinate ad una costante modificazione, essendo la possibilità di circolare liberamente un elemento naturalmente connaturato alla partecipazione stessa.

Le anonime, a differenza delle Compagnie coloniali – costituite in virtù del sistema del provvedimento regio, concesso di volta in volta ed in relazione ad ogni specifico affare – si caratterizzavano per il loro essere veri e propri tipi di società, definiti in base a norme di legge: si venne in altri termini a creare un sistema "normativo", in cui gran parte delle norme qualificanti il tipo era stato determinato dal legislatore ed in concreto sottratto ad una possibilità di scelte differenziate ad opera dei privati: un ampliamento dell'*Abschlussfreiheit* ha comportato, potrebbe dirsi, una riduzione della *inhaltliche Gestaltungsfreiheit*.

Cfr. in tal senso, L. BUTTARO, *Le origini del diritto commerciale*, cit., p. 44 ss. e, tra gli altri, per il nesso storico tra il superamento del *Konzessionssystem* e l'affermazione di

di capitali[14], poi anche unipersonali, e oltre, alle altre numerose forme di segregazione e separazione patrimoniale con le quali è oggi possibile destinare porzioni dei propri patrimoni al perseguimento di obiettivi ritenuti meritevoli – e perciò degni di essere "promossi" – dall'ordinamento[15].

Concentrando l'attenzione sul fenomeno societario, si può osservare come, con impostazione poi recepita dal codice civile del 1942, contestualmente al passaggio da un controllo governativo sul merito dell'operazione ad un meno invasivo controllo (di legittimità) demandato al tribunale[16], il legislatore abbia introdotto con il codice di commercio del

---

un carattere (tendenzialmente) imperativo della disciplina delle società per azioni, F. HEY, *Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken*, Beck, München, 2004, p. 166 ss.; v. pure, per un'analoga valutazione della vicenda, E. SPINDLER, *Die Entwicklung der Satzungsfreiheit und Satzungsstrenge im deutschen Aktienrecht*, in *Aktienrecht im Wandel*, II, a cura di W. Bayer-M. Habersack, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 995 ss., spec. p. 1004 s.; e in definitiva C.E. FREEDEMAN, *The Triumph of Corporate Capitalism in France*, University of Rochester Press, New York, 1993, spec. p. 26 ss.; non del tutto dissimile è del resto la valutazione, riferita a ben altro contesto, in N.R. LAMOREAUX, *Partnerships, Corporations, and the Limits on Contractual Freedom in U.S. History: An Essay in Economics, Law, and Culture*, in *Constructing Corporate America*, ed. by K. Lipartito-D.B. Sicilia, Oxford University Press, Oxford-New York, 2004, p. 33 ss.

Notava poi P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, p. 5 ss. come, sul piano dei rapporti tra soci ed organo amministrativo, il carattere "autoritario" delle compagnie fondate sulla concessione di un privilegio sovrano, nell'Europa continentale, lasciò il posto a un'organizzazione di tipo "democratico", caratterizzata dal progressivo ampliamento dei poteri degli azionisti, via via che l'istituto della società anonima si diffondeva come strumento generale dell'iniziativa economica, sviluppandosi in senso contrattualistico.

Come riportato da A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, Milano, 1954, p. 626 ss., Con il codice di commercio del 1882 si passava, poi, da un controllo (di merito) governativo, ad un meno invasivo controllo (di legittimità) da parte dell'organo naturalmente deputato alla verifica del rispetto delle leggi, il tribunale

14 Si veda però già da ora G. FERRI JR., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale*, cit., p. 761 s., ove l'affermazione per cui la funzione di garanzia del capitale sociale, sebbene studiata per lo più in relazione alle società di capitali, non è destinata ad operare solo in esse, ma anche nelle società di persone. Basti per ora, al fine di smentire la tesi che collega l'autonomia patrimoniale perfetta al capitale sociale, addurre quale argomento quello della necessità di un capitale sociale minimo anche nella società in accomandita per azioni.

15 Tali strumenti sono, con riferimento al diritto societario, quello del patrimonio destinato ad uno specifico affare (art. 2447-*bis* ss. c.c.), in altri ambiti del diritto civile: il c.d. vincolo di destinazione (art. 2645-*ter* c.c.), il fondo comune delle associazioni non riconosciute (art. 37 c.c.), il fondo consortile (artt. 2614, 2615 c.c.), il fondo comune nel contratto di rete (art. 3, co. 4-*ter*, d.l. n. 5/2009), l'eredità beneficiata (art. 512 c.c.), l'eredità giacente (art. 528 c.c.), i beni fedecommessi nella sostituzione fedecommissaria (art. 692 c.c.), il fondo speciale di previdenza (art. 2117 c.c.) ed il fondo patrimoniale (art. 167 c.c.)[15]. Si pensi, inoltre, alla possibilità di costituire *start up* innovative (d.l. n. 179/2012, c.d. *Decreto Crescita-bis* e s.m.i.), nella forma di s.r.l., senza che neppure vi sia un controllo notarile, ma con semplice atto sottoscritto con firma digitale (ai sensi dell'art. 4, co. 10-*bis*, d.l. n. 3/2015).

16 Ai sensi del combinato disposto degli artt. 90 e 91 del codice di commercio, l'atto costitutivo e lo statuto delle società in accomandita per azioni e delle società anonime

1882, quale contrappeso alla responsabilità limitata, numerose disposizioni imperative[17], volte in una certa maniera a codificare, per il tramite di comandi e divieti, quella che fino ad allora era stata la prassi del vaglio di merito dell'autorità amministrativa[18].

---

dovevano essere depositati, entro quindici giorni dalla data della stipula, a cura e sotto la responsabilità del notaio rogante e degli amministratori, nella cancelleria del tribunale della circoscrizione in cui era stabilita la sede della società. Quest'ultimo, poi, verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge per la costituzione della società, ordinava, con provvedimento deliberato in camera di consiglio, ed anche a seguito dell'intervento del pubblico ministero, la trascrizione dell'atto costitutivo e dello statuto nel registro delle società, e l'affissione dei medesimi nella sala del tribunale, nella sala del comune e nei locali della borsa più vicina.

Così, l'avvenuto mutamento di paradigma della limitazione della responsabilità da momento straordinario ad elemento peculiare dell'agire economico in forma societaria veniva a rappresentare, in tal senso, il passaggio dall'analisi del "se" all'analisi del "come" dell'iniziativa economica privata nelle forme e nei modi della società di capitali.

17 L'introduzione di tali norme va ricondotta al permanere di una certa diffidenza del legislatore storico nei confronti di società dotate della limitazione di responsabilità, essendo egli conscio del fatto che riconoscere simile beneficio voleva dire spostare in maniera significativa il punto di equilibrio tra proprietà e rischio, favorendo i soci stessi e potenzialmente arrecando una lesione agli interessi dei terzi privati, per l'effetto, della garanzia generica.

Attenta dottrina ha notato come le norme in parola, nella misura in cui andavano a determinare l'azione dei membri della società nella sostanza – e non solo, o non tanto, nella forma – si ponevano in contrasto con quella funzione della norma, generalmente accolta negli ordinamenti liberali, per cui essa si sarebbe dovuta limitare a «*forgiare dei limiti estrinseci dell'agire, formulando divieti che mirano a proteggere e garantire un ordine spontaneo nelle relazioni tra individui*». Cfr. sul punto M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale della società per azioni*, cit., pp. 35-36.

Cfr. anche N. BOBBIO, *Verso una teoria funzionalistica del diritto*, in *Dalla struttura alla funzione*, Roma – Bari, 1977, ma si cita dall'edizione del 2007, p. 70, per il quale il diritto è oggi definibile, dal punto di vista funzionale, «*come forma di controllo e di* direzione *sociale*».

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

La società anonima, riconosciuta in via definitiva quale congrua modalità di attuazione dell'iniziativa economica dei privati, veniva infatti affrancata dal vaglio di opportunità, secondo un giudizio di meritevolezza espresso *ex ante*, a monte ed una volta per tutte, dal legislatore in sede codicistica.

Tuttavia, al contempo, l'attenzione dell'ordinamento si trasferiva sulle modalità

Un ulteriore passo avanti verso la definitiva "normalizzazione" della responsabilità limitata si è avuto, invece, con la legge n. 340 del 24 novembre 2000[19], la quale ha abolito i commi terzo e quarto dell'art. 2330 c.c., affidando al notaio[20] anche il procedimento di omologazione del tribunale, previsto dalla legge per la fase di costituzione della società, per le deliberazioni comportanti modificazioni statutarie e per quelle relative all'emissione di obbligazioni[21].

---

attraverso cui la società opera: non solo permaneva un controllo "esterno", e cioè si sottoponevano all'approvazione del tribunale alcune particolari fasi della vita della società, ma, soprattutto, agendo "dall'interno", si fissavano regole eteronome e si conformava la vita stessa della società, per la sua intera durata, ad una molteplicità di norme imperative che, come paletti, servivano a tracciare i confini di legittimità dell'operazione economica in discorso.

19 L. n. 340/2000 (c.d. legge Bassanini), recante "*Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi*", la quale ha abrogato il terzo ed il quarto comma dell'art. 2330 c.c.

Per l'analisi di alcuni profili problematici attinenti al tema trattato nel testo, cfr. L. SALVATO, *Dalla omologazione giudiziaria alla «omologazione» notarile: profili problematici della nuova disciplina del controllo di legalità degli atti societari*, in AA.VV., *Il controllo notarile sugli atti societari*, Milano, 2001, p. 123 ss.; V. SALAFIA, *I limiti della funzione omologatoria del Tribunale dopo la novella della L. n. 340*, in *Soc.*, 2001, p. 1244 ss.; U. MORERA, *Dall'«omologazione» del Tribunale all'«omologazione» del notaio; prime riflessioni sull'art. 32, L. n. 340 del 2000*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 292 ss.; S. FORTUNATO, *Dall'omologazione alla verifica notarile*, in *Giur. Comm.* 2001, I, p. 539 ss.; C. IBBA, *Il controllo sull'iscrivibilità degli atti d'impresa dopo la legge 340 del 2000*, in *Riv. Not.*, 2001, I, p. 323 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Il controllo degli atti societari per l'iscrizione nel registro delle imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 101 ss.

20 Cfr. C. ANGELICI, *La costituzione della società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, vol. 16, *Impresa e lavoro*, t. II, Torino, 1985, p. 260 ss.; U. MORERA, *L'omologazione degli statuti di società*, Milano, 1988, *passim*, i quali, già in relazione al controllo svolto dal tribunale in sede di omologazione, avevano osservato come realmente rilevante fosse il significato di schema organizzativo dello statuto societario, ciò per cui la verifica fosse da ritenersi particolarmente incentrata sulla compatibilità della costituenda società con il modello strutturale proprio delle società per azioni nel sistema codicistico.

21 La predetta legge ha, infatti, radicalmente abolito – all'art. 32 – l'omologazione del tribunale con riguardo alla fase della costituzione e, con la modifica del primo comma dell'art. 2411 c.c., si è, invece, mantenuta l'omologazione relativamente alle altre due fattispecie, degradandola, però, ad ipotesi meramente eventuale. Rimane, tutt'oggi, un potere di controllo del tribunale per le deliberazioni che comportino modificazioni statutarie o l'emissione di obbligazioni, così da permettere il superamento della potenziale *impasse* che si venga a creare tra la società ed il notaio verbalizzante, quando questi ritenga che la delibera non sia conforme a legge e rifiuti l'iscrizione della stessa nel registro delle imprese (art. 2436 c.c., richiamato, per il caso di emissione delle obbligazioni, dall'art. 2410 c.c.). In tal caso, il notaio dovrà dare tempestiva – precisa la legge, che in ogni caso non potrà esser superato il termine di 30 giorni – comunicazione agli amministratori del proprio giudizio negativo in merito alla deliberazione, così che questi – o, in caso di loro inerzia, ciascun socio – possano, entro i trenta giorni successivi, ricorrere al tribunale, dando avvio al procedimento di omologazione. Il tribunale, investito della questione, opererà dunque una verifica della conformità alla legge della delibera, non solo da un punto di vista strettamente formale ed estrinseco, ma anche sotto l'aspetto contenutistico. Resta assolutamente esclusa, in ogni caso, pacificamente, un'indagine di merito, e dunque sui presupposti di convenienza o di opportunità della

Per quanto si è venuto sin qui dicendo, può osservarsi come il procedimento di "normalizzazione" della responsabilità limitata quale schema organizzativo della società per azioni abbia, per un verso, comportato un affievolimento del controllo operato dal legislatore, non più concepito come valutazione di merito per la concessione di un beneficio, ma come mera analisi della sussistenza dei requisiti di legge; per un altro verso, tramite la successiva sensibile diminuzione del numero di norme imperative[22] che della "normalizzazione" è conseguenza immediata, abbia indotto una variazione morfologica dell'essenza del controllo stesso[23], destinato ad accertare la rispondenza della fattispecie astratta ad un ben poco definito tipo legale.

Basti pensare che gran parte delle recenti novità in tema di società di capitali – paradigmatico, come si diceva, è l'esempio della società unipersonale[24] – sembrano porsi nel solco del percorso evolutivo della

---

delibera assembleare, né il tribunale potrà, in questa fase, spingersi ad imporre ai soci la modificazione di clausole ritenute non conformi alla legge, dovendosi questo soltanto limitare ad omologare, o meno, la delibera stessa, e rimanendo ogni altra decisione nella facoltà esclusiva dei soci.

22 Da ciò deriva una sollecitazione che involge temi di teoria generale del diritto – cfr., per quanto si sta per dire, N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 96 ss. –. Probabilmente, si potrebbe addirittura ritenere che tale nuova fisionomia della responsabilità limitata, la quale è passata ad esser, in un primo momento, eccezionale prerogativa concessa in forza di un apposito atto del sovrano fino a diventare naturale conseguenza del riconoscimento di un'ampia autonomia statutaria avutosi con la riforma del 2003, e salvo comunque il carattere dell'imperatività legato a norme volte a tutelare interessi dei terzi passibili di potenziale lesione, rispecchi l'evoluzione del sistema delle società di capitali il quale è passato dall'esser basato sulla formula per cui "tutto ciò che non è permesso è vietato", a quella opposta per cui "tutto ciò che non è vietato è permesso".

Secondo la teoria della norma giuridica, infatti, nell'ordinamento giuridico si possono distinguere due macro-tipologie di norme: quelle imperative e quelle permissive: le prime, impongono doveri; le seconde, attribuiscono facoltà. Più nello specifico, le norme permissive, avendo la funzione di rimuovere un imperativo, presupporrebbero le norme imperative (sicché, si possono verificare due situazioni: una prima, per cui la norma permissiva sia successiva rispetto ad una imperativa precedente, e si parlerà allora di norme abroganti; una seconda in cui l'imperativo sia contestuale alla norma permissiva, così quest'ultima sarà una norma derogante).

23 Cfr. F. D'ALESSANDRO, *«La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata». Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, cit., pp. 40-41, secondo il quale «*dal trionfo dell'autonomia privata nelle società chiuse, anche in virtù di un abbassamento della guardia davanti all'istituto della responsabilità limitata*», derivano rilevanti corollari, dal momento che, in virtù di una sequenza logica, dal «*drastico calo del tasso di imperatività*» conseguirebbe «*una simmetrica riduzione del tasso di tipicità*», la quale comporterebbe a sua volta «*il rilassamento dei controlli sulla conformità appunto al tipo*», e dunque «*il tramonto dei controlli giudiziari omologatori*».

24 Secondo G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 471 ss. e in AA. VV., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 9 ss. (da cui si cita), la formulazione legislativa, di derivazione comunitaria, ricalca una scelta già sperimentata in sede di società a responsabilità limitata che, però, se trasposta nell'ambito delle s.p.a. «*ha effetti clamorosi sul piano sistematico e problematico*». Difatti, proseguendo, l'Autore riflette su come «*non si dovrebbe parlare di società, né di unico socio, vere contraddizioni in termini che maltrattano la lingua italiana*», ma, se del caso, di «*unico*

responsabilità limitata, poc'anzi sommariamente tracciato, e che allora, muovendo dalla concessione regia, troverebbe il suo più recente punto di sviluppo proprio nella riforma delle società di capitali del 2003 (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, *Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*) e nell'ampio riconoscimento dell'autonomia privata ivi effettuato, quale libertà dei soci di organizzare autonomamente la propria iniziativa, pur dovendo rispettare i limiti imperativamente imposti a tutela dei terzi.

Sicché, continuare a parlare di "beneficio"[25] della responsabilità limitata potrebbe apparire ormai improprio, dal momento che la limitazione di responsabilità non sembra più rappresentare l'incentivo per nuovi soggetti ad apportare capitale all'impresa collettiva, ma soltanto un modello

---

azionista e di impresa e di impresa con unico azionista», risolvendosi poi, però, per la non adeguatezza anche di quest'ultima locuzione nella misura in cui, a seguito della riforma, «l*a titolarità dell'impresa può non essere rappresentata da azioni, ma (come il nuovo testo espressamente prevede: art. 2346, comma 1º) da diverse "tecniche" di legittimazione e circolazione*», e concludendo, dunque, che «*quella che la legge chiama – e impone di chiamare (art. 2326) – "società per azioni", può non essere né "società" né "per azioni"*». L'A. prosegue osservando che, essendo venuti meno, relativamente a quest'ultima fattispecie, tanto il contratto, quanto il rapporto intersoggettivo, il nocciolo inderogabile dell'istituto societario sembra essere costituito dall'«*impresa (come attività oggettivamente e soggettivamente lucrativa)*», dalla «*personalità giuridica dell'impresa*» e dalla «*organizzazione dell'impresa*» e che «*in realtà è legittimo dubitare che si sia in presenza di un unico istituto e che quando la legge (altra legge) vuole la costituzione di un'impresa in forma di società per azioni, la sua volontà sia rispettata anche dalla costituzione di una impresa unipersonale*».

Sulle problematiche, anche teorico-sistematiche, inerenti l'introduzione della fattispecie della società unipersonale, cfr. P. FRUGIUELE, *Il concetto di socio unico tra forma e sostanza*, in *Riv. Not.*, 2008, p. 1463 ss.

[25] Il sostantivo "beneficio" è qui utilizzato quale succedaneo di "privilegio". Fatta questa precisazione, si può a tal proposito ricordare quanto scritto da P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 415 ss., circa l'utilizzo che se ne fa nel sistema anglosassone, in cui per "privilegio" s'intende una forma di immunità, di esenzione, dall'applicazione del diritto comune. Nello stesso senso cfr. anche P. VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella «common Law» e nella «civil Law»*, Milano, 1964, pp. 33-54-66-74 ss.; R. ORESTANO, *Il problema delle «persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino, 1968, p. 65.

Contra cfr. G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, 1967, p. 48 ss., il quale afferma che «*di privilegio si può parlare solo in riferimento ad identiche posizioni di partenza; sicché potrebbe qualificarsi privilegiata, ad esempio, quella persona fisica che fosse trattata dall'ordinamento in guisa più favorevole di un'altra che si ritrovasse nell'identica situazione giuridica*». Anticipando quanto si dirà più oltre, ad ogni modo possono rintracciarsi basi comuni, tra le diverse idee richiamate, ad esempio nella constatazione che – si cita ancora il Rossi – «*esiste una diversità di disciplina, rispetto alle situazioni individuali, delle situazioni giuridiche collettive, le quali vanno considerate e studiate in base a schemi non conformi a quelli adottati dalla dogmatica corrente*» e che « *ciò che l'economia moderna, almeno per quel che riguarda la società, sia di persone, sia di capitali, ha provocato nel sistema giuridico non è tanto l'aver introdotto privilegi e immunità, quanto piuttosto l'aver imposto, negli ordinamenti esistenti, forme nuove di diritti e di rapporti giuridici che più non corrispondono a quelli tradizionali elaborati nell'ambito del diritto comune*».

organizzativo del fare impresa[26].

Se si condivide, come sembra di poter fare, quanto affermato in dottrina sul ruolo centrale che l'autonomia privata avrebbe giocato nell'ambito della riforma del 2003[27], risulta agevole concludere che l'ampio spazio riconosciuto all'autonomia statutaria dalla ridetta riforma traduca l'intenzione del legislatore di attuare un arretramento della disciplina societaria fondata su norme imperative, lasciando un più ampio margine al principio della libertà d'iniziativa, rimessa ai soci, nella definizione degli assetti e delle concrete modalità di attuazione del programma economico[28].

---

[26] Ma cfr. J. ARMOUR-H.B. HANSMANN-R. KRAAKMAN, in AA.VV., *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford, 2004, p. 5 ss.

[27] Cfr. F. D'ALESSANDRO, *«La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata». Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, cit., p. 38, il quale ha osservato come la riforma del diritto societario «*marci sotto la bandiera della autonomia privata*».

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

La libertà così concessa deve però, a sommesso avviso di chi scrive, trovare un limite, al fine di non esitare in un circolo vizioso tale per cui solo i creditori "forti", quelli cioè che riescano a farsi prestare garanzie personali dai propri debitori che abbiano usufruito del beneficio della responsabilità limitata, continuino ad erogare finanza alle attività imprenditoriali[29]. Se così fosse, sul piano dell'analisi economica del diritto, si potrebbe dire che i benefici divisati dal legislatore e connessi al massiccio ricorso alla concessione della responsabilità limitata, possano, nel lungo periodo, esser molto meno che proporzionalmente compensati dagli effetti negativi impattanti sulle dinamiche finanziarie di sistema[30]. A ben vedere, è per tale ragione che – se non altro con riferimento alle società chiuse[31] – la normalizzazione della responsabilità limitata sta producendo, sul piano della regolamentazione, una esternalità consistente nella prassi del ricorso alla responsabilità illimitata dei soci per il finanziamento dell'attività d'impresa, a tutto vantaggio degli *adjusting creditors* (o *sophisticated financial creditors*) e con potenziale pregiudizio per i *non-adjusting creditors* (ossia

avvalersi delle forme di amministrazione già previste per le società di persone; 4) «*il nuovo volto della società a responsabilità limitata*», relativamente al quale, si osserva, le commistioni tra disciplina delle società di capitali e disciplina delle società di persone porterebbero a constatare l'accentuazione del processo di svuotamento dell'art. 2249 c.c. sui tipi di società; 5) l'introduzione di una «*disciplina dei gruppi*», basata sul principio della responsabilità del soggetto che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agisce nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, nei confronti dei soci delle società oggetto di tale attività, qualora, nell'esercitarla, siano stati violati i princìpi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, con pregiudizio alla redditività ed al valore della partecipazione stessa; 6) «*la nuova disciplina delle cooperative*» , nell'ambito della quale, rileva l'A., viene formulata «*una sorta di definizione di società cooperativa*», viene data «*una certa rilevanza ai settori di attività cooperativa*», viene dettata a tutela dell'aspirante socio «*una disciplina del c.d. principio della porta aperta*», si dà ingresso «*ad un istituto classico della società cooperativa quale è il ristorno*», viene per la prima volta «*menzionato lo "scambio mutualistico"*», viene introdotta la distinzione tra cooperative "a mutualità prevalente" e cooperative "diverse".

29 Sulla stessa linea di pensiero, se ben s'intende, cfr. F. BRIOLINI, *Capitale sociale e metamorfosi della tutela dei creditori nel diritto societario più recente*, cit., p. 154.

30 Tale conclusione trova conforto, *ex multis*, in un importante studio condotto da T.K. CHENG, *An Economic Analysis of Limited Shareholder Liability in Contractual Claims*, in *Berkeley Business Law Journal*, 2014, pp. 142-143. Cfr. poi M.A. ROBE, *Limited Liability Rules, Financial Innovation and Capital Structure Complexity*, EFA 2002 Berlin Meetings Presented Paper; oltre che, in tema di responsabilità illimitata dei soci quale meccanismo di garanzia nelle società bancarie: cfr. C. HILL-R. PAINTER, *Berle's vision beyond shareholders interests: why investment bankers should have (some) personal liability*, in *University of Seattle Law Review,* v. 33, n. 4, 2010, p. 1 ss.; A. W. SALTER-V. VEETIL-L. H. WHITE, *Extended shareholder liability as a means to constrain moral hazard in insured banks*, in *Quarterly Review of Economics and Finance*, 2017, v. 63, p. 153 ss.

31 Ma lo stesso non è a dirsi, stando ai risultati di numerosi studi di *Law and Economics*, per le società aperte e quotate. Cfr. per tutti H. HANSMANN-R. KRAAKMAN, *Toward unlimited shareholder liability for corporate torts*, in *Yale Law Journal*, 1990, p. 1879 ss.; G. FERRI JR., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale*, cit., 2008, p. 741 ss.

individual financial creditors, *trade creditors* e lavoratori)[32]. Probabilmente, la ragione di ciò sta nel fatto che gli strumenti, pur apprestati dal legislatore, per la repressione degli abusi nel diritto societario, o perché di ancora troppo recente conio, o, come sembra più probabile, per un problema di *path dependence*, rimangono poco utilizzati (si pensi, ad esempio, all'art. 2476, co. 7, c.c.).

Si potrebbe, con riferimento a tali strumenti, e con il proposito di meglio indagarne la funzione nell'ordinamento delle società, sin d'ora anticipare quella che allo stato non è che un'impressione di carattere generale, ossia che il sistema abbia scelto di preferire[33], a tutela degli interessi dei creditori sociali, una prospettiva *ex post*[34] nella regolazione dei fenomeni che involgano attività economiche – probabilmente per il fatto che la produzione di ricchezza è vista con favore dal legislatore – salvo poi a valutare (per l'appunto, *a posteriori*) gli effetti che l'attività posta in essere abbia prodotto. Tale giudizio, incentrato non più sul rilievo preponderante delle *rules* (come ad esempio il vincolo del capitale sociale minimo nelle società di capitali, oggi notevolmente ridottosi), quanto piuttosto e contestualmente di *standards* di condotta[35], poiché, come detto, coinvolge interessi anche di terzi (creditori

---

[32] Per una corretta individuazione di tali categorie di creditori, cfr. T.K. CHENG, *An Economic Analysis of Limited Shareholder Liability in Contractual Claims*, cit., pp. 120-121. Cfr. anche M. MIOLA, *Capitale sociale e tecniche di tutela dei creditori*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Atti del Convegno Internazionale di Studi (Venezia, 10-11 novembre 2006), a cura di P. Balzarini-G. Carcano-M. Ventoruzzo, Milano, 2007, t. I, p. 363 ss., spec. p. 366.

[33] E vedi in senso critico rispetto a tale scelta di sistema F. BRIOLINI, *Capitale sociale e metamorfosi della tutela dei creditori nel diritto societario più recente*, cit., p. 144 ss.

[34] Così forse aderendo a quella prospettiva proposta da alcuni studiosi che potremmo definire "del fatto compiuto". Cfr. in tal senso C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali, Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 131 ss., ove l'A. osserva come il legislatore della riforma del 2003 abbia tenuto conto della necessità di rimedi congrui rispetto all'attività come, ad esempio, accade nel procedimento assembleare il quale esita in una "delibera", a sua volta inquadrabile nella categoria del "fatto", e che segno di ciò sarebbero le norme in tema di impugnazione, appunto, delle delibere assembleari e consigliari, la cui disciplina prevede che, una volta intervenuta la dichiarazione di annullabilità o nullità da parte del giudice, ovvero una volta revocata la delibera viziata, gli amministratori e i soci debbano prendere i provvedimenti conseguenti, lasciando intatti gli effetti dalle stesse prodotte nei confronti dei terzi in buona fede.

In altre parole, e a differenza che per le categorie dell'annullabilità e della nullità civilistiche, l'impugnazione delle delibere si configurerebbe come un rimedio volto a rimuovere degli effetti ormai prodottisi, è ciò accade tanto nel caso di vizi che conducano all'annullabilità – in ciò non discostandosi dalla categoria dell'annullabilità civilistica, poiché un negozio che ne sia affetto sarà ugualmente produttivo di effetti, operando tale rimedio, come noto, *ex nunc* – quanto per quelli che comportino la nullità della delibera.

Ciò porta il citato A. ad affermare che, pur a fronte di un'omonimia, le categorie dell'annullabilità e della nullità societarie poco – per non dire nulla – abbiano a che fare con le loro referenti civilistiche.

[35] Come noto il riferimento è, fra tutti, a F. DENOZZA, Rules *vs.* standards *nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni "virtuali"*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 327 ss., il quale esemplifica in modo cristallino la distinzione tra i due concetti facendo riferimento, per le prime (*rules*) al divieto di passare con il semaforo rosso, per i secondi (*standards*) alla prudenza nella guida.

e/o soci di minoranza o di maggioranza), viene commesso dalla legge ad una valutazione del tribunale sulle circostanze caso per caso ricorrenti[36].

2. ***Le tecniche di ampliamento della responsabilità dei soci di società di capitali elaborate prima della riforma e negli altri ordinamenti.***

Un primo passo verso la dimostrazione di quanto tracciato nel paragrafo precedente consiste nel verificare, nel silenzio del legislatore del 1942, quali fossero, prima della riforma del 2003, le forme di repressione degli abusi nel diritto societario. Se ne possono al proposito individuare tre di particolare rilievo, tecniche che, fin dall'inizio, si sono collocate nella linea di un recupero della responsabilità individuale dei soggetti componenti il "substrato personale" della società di capitali (soci e amministratori) e di un superamento dei connotati di spersonalizzazione e concentrazione (limitazione) del rischio caratterizzanti le società di capitali[37].

Un primo filone dottrinale, utilizzato nelle ipotesi più gravi di abuso dei diritti corporativi da parte del socio di maggioranza (o comunque del soggetto formalmente estraneo all'organo amministrativo), ha fatto leva sulla reviviscenza della diretta imputazione delle obbligazioni sociali in capo all'artefice degli abusi e dell'applicazione della sanzione della responsabilità illimitata; ad altro orientamento va il merito della configurabilità dell'assoggettamento del socio che di fatto abbia partecipato alla gestione, anche soltanto influenzando sistematicamente i processi decisionali, alla speciale responsabilità risarcitoria degli amministratori; diversamente, chi si è mosso lungo il sentiero del concorso o dell'induzione all'inadempimento per fondare una responsabilità da illecito extracontrattuale.

I profili distintivi fra le diverse tecniche sanzionatorie non vanno, tuttavia, sopravvalutati poiché, come la dottrina più accorta ha ribadito, i tre percorsi ermeneutici nascevano per disciplinare una responsabilità da potere illegittimo[38]: ciò spiega perché identiche estrinsecazioni del fenomeno siano

---

[36] Come notato ad esempio da G. GIANNELLI, *Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, «corretto» finanziamento della società e tutela dei creditori*, cit., p. 479 ss., spec. p. 488, il quale evidenzia come l'effettiva tutela per i creditori di una società di capitali che abbia deliberato una riduzione reale del capitale (artt. 2445, 2482 c.c.) riposi non tanto nell'integrità del capitale in sé, quanto piuttosto nella valutazione che, a seguito dell'esercizio del diritto di opposizione, il tribunale debba effettuare sulla capacità patrimoniale e sulla solvibilità della società.

[37] Cfr. A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9**, Torino, 1993, p. 434.

[38] Questa è la formula "brachilogica" che N. ABRIANI, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 155 ss., conia richiamando, attraverso una inversione dei termini, il titolo del contributo di R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974. Con tale formula, l'A. allude alla illegittima eterodeterminazione (o, quanto meno, compartecipazione) delle scelte gestorie dell'ente, dove l'illegittimità resta intesa in senso soggettivo, intendendosi per "illegittimo" quel potere che viene esercitato da persona priva di investitura organica richiesta dalla legge. Tale definizione va tenuta presente anche come termine di paragone nella successiva trattazione della responsabilità dei soci di cui all'art. 2476, co. 7, dove potrebbe anche configurarsi una illegittimità intesa in

state qualificate e "sussunte" in schemi diversi[39] e si siano ravvisati, pertanto, profili di commistione o addirittura sovrapposizione.

Si è ritenuto, inoltre, opportuno annoverare, pur in una trattazione sintetica, la teoria, quanto mai attuale alla luce della evidente predilezione della riforma verso gli strumenti di tipo risarcitorio[40], elaborata da chi[41] anteriormente alla riforma aveva ipotizzato la configurabilità di una responsabilità "deliberativa" del socio.

3. *La tecnica sanzionatoria della responsabilità illimitata*[42].

Come noto, una delle più importanti teorie elaborate dalla dottrina

---

senso solamente oggettivo, relativa al comportamento (decisione o autorizzazione) dannoso del socio che, per statuto o su richiesta degli amministratori, ex art. 2479, co. 1, vede attribuirsi una competenza gestoria.

39 Non è stato infrequente, nel corso dell'indagine c.d. storica dei diversi orientamenti e delle molteplici ricostruzioni dottrinali sul tema, trovare qualificazioni diverse al medesimo fatto. In particolare, così per il notissimo caso "Caltagirone", rappresentativo di quel filone giurisprudenziale dell'impresa fiancheggiatrice e innovativo nell'individuazione del concetto persona fisica – *holding*, rispetto al quale alcuni Autori hanno sostenuto che doveva essere inquadrato nel concetto di amministratore di fatto. Cfr. in tal senso P. MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società,* corporate *governance. Studi in tema di società per azioni*, Padova, 1999, p. 51. Se tale fenomeno è da considerarsi connaturale all'attività di "qualificazione" svolta dall'interprete nella fase della sussunzione del fatto nella fattispecie disciplinata, in quanto momento della attività creativa, lo stesso determina esiti incerti quando ad essere reinventata, *ab origine*, in mancanza di una soluzione positiva, è la fattispecie oggetto di disciplina.

40 Cfr., *ex multis*, C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, p. 21 ss.; F. D'ALESSANDRO, *«La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata». Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, cit., p. 40; M. RESCIGNO, *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, a cura di G. Presti, M. Rescigno, L. Stanghellini, Bologna, 2003, p. 303 ss.; P.M. SANFILIPPO, *sub Art. 2362 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 434 ss.

41 F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1991, *passim*; ID., *Abuso del voto e controllo di "correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 181 ss.

42 Si è volutamente scelto di intitolare il paragrafo in relazione alla tecnica sanzionatoria individuata (il superamento della responsabilità limitata), piuttosto che al "metodo" utilizzato. Le differenti teorie (la teoria del socio tiranno e dell'impresa fiancheggiatrice, da un lato, quella dell'abuso della personalità giuridica, dall'altro), infatti, pur pervenendo al medesimo risultato, presuppongono un percorso metodologico assolutamente diverso.

Mentre nei primi due casi si accetta il postulato dell'alterità soggettiva tra socio e società (anzi, per dirla con Galgano, «*hanno bisogno della persona giuridica*»), la tecnica del superamento della persona giuridica muove dalla revisione del concetto stesso di persona giuridica (metodo del *Durchgriff*) e, per tale via, perviene al superamento dello schermo in tutti i casi in cui sia necessario reprimere un abuso dell'alterità soggettiva tra socio e società. Per una disamina comparatistica dell'ultima tecnica cennata negli altri ordinamenti, cfr. G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 3 ss. e, per una versione aggiornata, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1**, Torino, 2004, p. 3 ss., ma spec. p. 113 ss. Con riferimento alla dottrina tedesca, ampiamente N. ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica – tecniche sanzionatorie a confronto*, Padova, 2002, *passim*.

commercialistica italiana, al fine di reprimere le rilevanti e sistematiche violazioni delle regole dell'organizzazione corporativa delle società di capitali perpetrate dal socio di controllo, è quella[43] che, sulla scorta del disposto dell'art. 147, co. 2, l. fall. (nella formulazione precedente rispetto alla modifica intervenuta con d.lgs. n. 5/2006)[44], affermava che ogniqualvolta potesse ravvisarsi un *dominus* di un'impresa formalmente altrui, il primo dovesse rispondere e fallire unitamente al prestanome[45] e che tale conclusione dovesse poi estendersi alle società di capitali, rispetto alle quali era configurabile una responsabilità – in qualità di imprenditore indiretto – tanto del socio tiranno quanto di quello sovrano[46].

Il precipitato in termini di disciplina di tale impostazione consisteva nel fatto che, pur mantenendosi ferma l'alterità soggettiva tra socio e società[47], alla responsabilità patrimoniale dell'ente veniva affiancata quella, anch'essa

---

43 Proposta da W. BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1957; ID., *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962; ID., *Fallimento dei soci sovrani, pluralità degli imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, c. 691; ID., *Responsabilità illimitata del socio tiranno*, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1180.

44 Ai sensi del quale «*se dopo la dichiarazione di fallimento della società* [palese] *risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili* [occulti], *il tribunale* […] *dichiara il fallimento dei medesimi*». Ritenuta applicabile la norma anche al socio occulto di società occulta, «*a chi cioè, apparentemente assunta la veste di imprenditore individuale, cela nella realtà un patto con uno o più soci occulti*», l'Autore sosteneva la configurabilità della responsabilità patrimoniale e della conseguente assoggettabilità a fallimento dell'imprenditore occulto o indiretto, «*nulla importando il fatto che chi rimane dietro le quinte sia soltanto il socio di chi appare in pubblico o sia, invece, l'esclusivo titolare dell'impresa gestita dal prestanome*». Cfr. W. BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, cit., p. 16.

45 Ciò sulla base di due postulati fondamentali: *i*) in tema di imputazione dell'attività di impresa, non deve essere applicato il principio generale dell'imputazione dei singoli atti, prefigurato dalla disciplina del mandato senza rappresentanza, bensì un principio di tipo sostanziale, ravvisabile nella sovranità di fatto sull'impresa; *ii*) l'attribuzione della responsabilità illimitata è concepita dall'ordinamento (come desumibile dalla disciplina delle società di persone) quale contrappeso del potere di gestione.

46 In particolare, e sempre richiamando discorsi assai noti, secondo W. BIGIAVI, *Società controllata e società adoperata come "cosa propria"*, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, c. 623 ss., il concetto di sovranità consisteva nel mero controllo della società, controllo che rimaneva legittimo quand'anche la società fosse stata creata con l'unico scopo di consentirgli il ricorso indiretto al beneficio della responsabilità limitata; quello di tirannia, invece, si appalesava nell'uso qualificato della società, cioè nell'utilizzo della medesima "come cosa propria", con assoluto disprezzo delle regole fondamentali del diritto societario, cosicché «*adoperando indistintamente, (*ad esempio*) per la medesima attività economica, il patrimonio personale e quello della società, il socio tiranno può essere considerato l'imprenditore indiretto dell'impresa societaria e come tale, egli deve rispondere con tutto il suo patrimonio e, nel caso, fallire*». Per gli ulteriori sviluppi della cennata teoria, cfr. A. PAVONE LA ROSA, *La teoria dell'"imprenditore occulto" nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 623 ss.; F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 533 ss., spec. p. 586 ss.

47 «*Naturalmente non mi sogno certo di eliminare dalla scena la società azionaria la quale società continua a rispondere anch'essa con tutto il suo patrimonio nei confronti dei creditori sociali*». Così, W. BIGIAVI, *L'imprenditore occulto nelle società di capitali ed il suo fallimento "in estensione"*, in *Giur. it.*, 1959, I, 2, c. 149 ss.

patrimoniale, del socio tiranno, non sulla base delle norme che imputano la responsabilità nelle società di capitali, quanto piuttosto di quelle che operano e risolvono l'imputazione della responsabilità e l'estensione del fallimento all'interno del diritto dell'impresa (in particolare, appunto, l'art. 147 l. fall.)[48].

A ciò si replicava[49], però, da un lato, che non fosse possibile rintracciare nel sistema, neanche nella disciplina delle società di persone, una rigorosa correlazione fra potere di direzione della società e responsabilità illimitata[50];

---

[48] Scriveva W. BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, cit., p. 153, che «*secondo la teoria dell'imprenditore occulto, il socio limitatamente responsabile perde il beneficio della responsabilità limitata in quanto deve essere considerato il vero, l'effettivo imprenditore, indiretto o addirittura occulto, che si affianca (con la sua responsabilità illimitata) all'imprenditore diretto costituito dalle società di capitali*».

Il socio tiranno, pertanto, non assume responsabilità illimitata in quanto socio ma «*in qualità di portatore di una posizione extrasociale di ingerenza nella quale si manifestava la figura dell'imprenditore indiretto*». Cfr. così F. GALGANO, *Delle persone giuridiche, sub Artt. 11 – 35*, in *Commentario Scialoja – Branca*, 2006, p. 41, il quale evidenzia la rilevanza della tirannia quale manifestazione dei una posizione extrasociale del socio integrante gli estremi dell'imprenditore occulto.

Della rilevanza della figura dell'imprenditore indiretto nelle società di capitali si asseriva fosse testimonianza l'art. 2362 c.c. (già art. 2497 c.c.), norma quest'ultima che, per il fatto di prevedere la responsabilità illimitata dell'unico azionista per le obbligazioni sociali, implicava una presunzione *iuris et de iure* di dominio del socio sulla società, di degradazione di questa a mero strumento di quello: muovendo da tale presunzione di ingerenza, si argomentava, con riferimento al socio "qualificato" di società di capitali pluripersonali «*che, quando l'ingerenza soccorra nel caso concreto, deve ugualmente farsi capo a responsabilità illimitata e ad assoggettamento al fallimento, ricorrendo in egual modo la figura dell'imprenditore occulto*» (così W. BIGIAVI, *Società controllata e società adoperata come "cosa propria"*, cit., c. 624 ss.).

[49] Ed era orientamente dominante tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, come dimostra il fatto che solo poche sentenze di merito, peraltro di interesse puramente storico, appaiono aver accettato alcuni passaggi logico-interpretativi della tesi esposta. Cfr. Trib. Ravenna, 10 giugno 1954 e Trib. Ancona, 6 luglio 1954, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, c. 688, con nota di W. BIGIAVI, *Fallimento dei soci sovrani, pluralità degli imprenditori occulti, confusione di patrimoni*; Cass., 24 fabbraio 1983, n. 1418, in *Mass. Foro It.*, 1983.

[50] Secondo T. ASCARELLI, *Ancora in tema di imprenditore occulto*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 1162, «*la responsabilità illimitata dei soci nelle società di persone e il conseguente assoggettamento al fallimento costituiscono un tratto tradizionale di alcuni tipi di società indipendentemente dalla teoria dell'impresa e dall'accoglimento di detta teoria nel codice del 1942*», e, in particolare, a prescindere da qualunque concreta ingerenza nella società; sicché «*è invero responsabile dei debiti sociali e assoggettabile al fallimento anche il socio illimitatamente responsabile che non si sia interessato alla società e magari sia stato in viaggio o in campo di concentramento o in territorio nemico nel periodo nel quale sono stati compiuti gli affari che hanno portato al dissesto*».

L'inscindibilità del binomio responsabilità illimitata e potere di gestione si scontrava, infatti, con le figure del socio di società in nome collettivo non amministratore e dell'accomandatario di società in accomandita semplice statutariamente privato dell'amministrazione, figure che rimanevano – e rimangono – pur sempre illimitatamente responsabili. Peraltro, la configurazione di una presunzione legale di dominio, insita nell'art. 2362 c.c., risultava discutibile in quanto presupponeva una equiparazione fra i concetti di unipersonalità e di stravolgimento delle regole dell'organizzazione corporativa che poteva non sussistere nel caso concreto di unico azionista (prima della riforma del 1993, il discorso è comune all'unico quotista), comunque responsabile illimitatamente benché non ingeritosi nell'operato degli amministratori.

dall'altro, che la responsabilità per debiti e l'assoggettamento al fallimento non attenessero, in definitiva, alla tutela dei terzi, ma ad un conflitto tra varie categorie di creditori[51].

Tanto indusse la giurisprudenza ad elaborare la c.d. teoria dell'impresa fiancheggiatrice (se sono più soci, della società *a latere*)[52] ed una parte della

---

L'assunto aveva poi trovato definitiva smentita nella disciplina introdotta dal d.lgs. n. 88/1993 (art. 2947, co. 2, c.c. nella precedente formulazione) per la società a responsabilità limitata unipersonale, in base al quale la responsabilità illimitata dell'unico socio si connetteva a condizioni oggettive e formali. Discorso diverso veniva fatto valere per le s.p.a. Sulle opinabili ragioni di diversificazione rispetto alle previsioni in tema di s.r.l., cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 2001, p. 288. Sulla ricomposizione di siffatta frattura sistematica intervenuta a seguito della nuova formulazione dell'art. 2362 c.c., cfr. P.M. SANFILIPPO, *sub Art. 2362 c.c.*, cit., p. 422.

51 «*Che se A è responsabile dei debiti di B, saranno avvantaggiati i creditori di B e danneggiati i creditori di A*». Così T. ASCARELLI, *Ancora in tema di imprenditore occulto*, cit., p. 1163.

La teoria dell'imprenditore occulto finiva, secondo A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1959, p. 35, per avallare un ingiustificato privilegio e, conseguentemente, un ingiustificato pregiudizio nei confronti di una determinata categoria di terzi, quella degli aventi causa, creditori personali del socio tiranno, costretti a concorrere sul patrimonio del proprio debitore con una molteplicità di altri terzi, aventi causa e/o creditori della società personificata i quali, in realtà, potevano fare affidamento solo sul patrimonio di quest'ultima, in spregio della regola consacrata nell'art. 2740 c.c. che vieta ogni forma di accollo per debiti altrui in mancanza di una espressa previsione. Alla luce delle precedenti considerazioni, la dottrina maggioritaria riaffermava la prevalenza del principio di cui all'art. 1705 c.c., in quanto criterio di "disciplina fra i vari creditori" o meglio, criterio più equo, in base al principio dell'affidamento, di «*preferenza tra diverse categorie di creditori*».

52 In base a questa teoria – che muove dall'applicazione, e non dalla deroga dei criteri di imputazione previsti dall'ordinamento – i comportamenti tipici del socio tiranno (sistematico finanziamento della società, sistematica ingerenza negli affari sociali, direzione di fatto secondo un disegno unitario di una o più società paravento) integrano gli estremi di un'autonoma attività di impresa, di finanziamento o di gestione *a latere* della società di capitali controllata; pertanto, ricorrendo non solo i requisiti previsti dall'art. 2082 c.c. per l'individuazione dell'attività d'impresa ma soprattutto uno scopo di lucro diretto e ulteriore rispetto a quello, ad esempio, del potenziamento della società finanziata, il socio viene chiamato a rispondere come titolare di un'autonoma impresa commerciale individuale o societaria se più sono i soci (società di fatto), per le obbligazioni contratte nello svolgimento dell'impresa fiancheggiatrice alle società di capitali controllate; esso socio (o soci), tuttavia, fallisce in quanto si accerti l'insolvenza della sua impresa (o società di fatto cui come tale è applicabile l'art. 147 l. fall.).

Cfr., in particolare, Cass., 10 agosto 1990, n. 1439, in *Giur. comm.*, 1991, I, p. 592; Trib. Messina, 10 febbraio 1996, in P. MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società,* corporate governance. *Studi in tema di società per azioni*, cit., p. 51, in particolare nt. 53. L'impostazione giurisprudenziale affonda, in realtà, le sue radici nella teoria elaborata da Ascarelli. Secondo tale ultimo A., per coinvolgere direttamente, in caso di dissesto della società, con il meccanismo dell'art. 147 l. fall. la responsabilità patrimoniale dei soci, era possibile configurare una "super-società", fondata sui rapporti particolari e anormali intercorrenti fra società e propri soci, ovvero una società di fatto fondata sui comportamenti anomali dei soci. Cfr. T. ASCARELLI, *Società di persone, imprenditore occulto, amministratore indiretto, azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956, p. 405.

Anche la tecnica dell'impresa fiancheggiatrice presta il fianco, però, a taluni rilievi

dottrina ad individuare nell'art. 2362 c.c. – nel quale l'abuso della personalità giuridica poteva dirsi presunto – un'ipotesi di disapplicazione della normativa speciale (quella riassunta dal concetto di persona giuridica[53]), al

sia in relazione all'efficacia della tutela rispetto agli interessi protetti, sia con riferimento alla sua inadeguatezza ad applicarsi ai casi esaminati: *i*) in primo luogo e soprattutto, secondo B. INZITARI, *La "vulnerabile" persona giuridica*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 690, tale tecnica ridurrebbe l'ambito di tutela dei creditori della società di capitali "dominata" o "tiranneggiata" a quei soli creditori che siano tali anche del socio tiranno: di solito, tali creditori sono quelli cc.dd. più forti (le banche a cui il socio tiranno ha rilasciato una fideiussione a garanzia dei debiti della società); *ii*) inoltre, nel presupporre l'esistenza di un'impresa o di una società *a latere*, molto spesso non può applicarsi ai fenomeni che intende sanzionare: in quanto «*questa pretesa società non esiste quasi mai*» (N. ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica – tecniche sanzionatorie a confronto*, cit., p. 176 ss.), l'impresa fiancheggiatrice, soprattutto per la persona fisica *holding*, risulterebbe una costruzione giuridica senza corrispondenza nella realtà o comunque il cui riscontro nella realtà sarebbe variabile a seconda delle circostanze del caso concreto.

53 Cfr. T. ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 164, il quale riteneva che la persona giuridica non foss'altro che un'«*espressione riassuntiva di una disciplina di rapporti tra uomini*» e, a sua volta, riprendeva la visione kelseniana della persona giuridica quale concetto riassuntivo di una normativa «*diversa dalla disciplina applicabile alle persone fisiche che ne sono membri, di modo che questi ultimi sono titoli di diritti e doveri*» in modo diverso «*da come gli stessi risultano titolari di diritti e doveri fuori dalla persona giuridica*». Cfr., a tal proposito, H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, 1952, p. 102.

La tesi di cui si sta dicendo nel testo assume quale sostrato non le teorie riduzionistiche ottocentesche che contestavano *ab origine* la stessa ammissibilità di altri soggetti di diritto diversi dalle persone fisiche, quanto piuttosto le moderne teorie riduzionistiche che non negano affatto «*l'esistenza sulla scena giuridica verbalizzata di altri soggetti di diritto*». L'elaborazione moderna del concetto di persona giuridica (per la quale cfr. T. ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1954; F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, cit., p. 553 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, 1989, *passim*; e, da ultimo, C.E. PUPO, *La persona giuridica – Fenomenologia e significato dal diritto romano al diritto commerciale*, Milano, 2015, *passim*) afferma che soggetti di diritto sono solo le persone fisiche e che la persona giuridica è solo un'espressione linguistica per indicare indirettamente una modifica che i rapporti subiscono quando si riferiscono ad individui come universi, si veda in particolare, pur con diversità di accenti.

Si può notare sul punto come la Cassazione aderisca pienamente alle teorie cc.dd. "riduttivistiche" della personalità giuridica, quando afferma esplicitamente «*che non potrebbe neppure ravvisarsi nella personificazione delle società di capitali un ostacolo alla persistenza di un vincolo di natura contrattuale dopo la costituzione della società, essendosi ormai chiarito che la soggettività dei gruppi organizzati non può essere messa sullo stesso piano di quella degli individui persone fisiche. Infatti, mentre in quest'ultimo caso, l'imputazione delle situazioni giuridiche è fine a se stessa, nell'altro, essa è destinata a tradursi in situazioni giuridiche individuali facenti capo ai singoli membri. Il che porta ad affermare che l'ente è un centro di imputazione meramente transitorio e a ravvisare conseguentemente nella personalità giuridica (non lo statuto di una entità reale diversa dalle persone fisiche ma) una particolare normativa avente ad oggetto pur sempre relazioni tra uomini*». Così Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329 ss., con nota di P.G. JAEGER-C. ANGELICI-A. GAMBINO-R. COSTI-F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, e in *Contr. e impr.*, 1996, p. 1 ss., con nota di F. GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*.

concretizzarsi di abusi – non solo gestori – pepetrati dal socio di controllo, dalla quale ricavare un principio generale volto a regolare tutte le situazioni di trasgressione delle regole dell'organizzazione societaria[54].

Alla tesi da ultima esposta veniva però contestata l'infondatezza della presunzione di abuso di cui all'art. 2362 c.c., connessa, da un lato, al preconcetto sull'unipersonalità; dall'altro, all'utilizzo del meccanismo della presunzione legale[55], ravvisandosi, poi, una sovrapposizione, una sorta di contaminazione di piani[56] nella premessa sulla base della quale la suddetta elaborazione veniva articolata: in particolare, nell'affermazione per cui anche nelle società di capitali i debiti della società sarebbero sempre debiti dei soci *i*) i quali, in via di principio, sarebbero personalmente responsabili *ex* art. 2740 c.c.; *ii*) per i quali opererebbe, tuttavia, una deroga espressa *ex* art. 2740, co. 2, c.c. (ossia, l'art. 2325 c.c.); *iii*) ai quali, nell'ipotesi *ex* art. 2362 c.c., si applicherebbe la regola di carattere generale (l'art. 2740 c.c.).

A tale affermazione si obiettava, senza entrare nel merito della concezione "riduzionistica" della persona giuridica, che occorreva distinguere un piano *interno* e sostanziale[57] – attinente al profilo della limitazione della responsabilità dei soci e alla distribuzione finale degli effetti di tutte le situazioni giuridiche, formalmente imputate alla società – da un piano *esterno* e formale – concernente l'imputazione dei debiti sociali e l'attribuzione della responsabilità patrimoniale *ex* art. 2740 c.c. alla sola società. Tenuta presente questa distinzione che incideva sulla correttezza delle premesse *i*) e *ii*) sopra citate, si poneva la responsabilità *ex* art. 2362 c.c., in relazione al solo profilo esterno, inquadrandola, da un lato, come responsabilità per debito altrui (cioè quello della società), e dall'altro, come una deroga alla regola generale (da

---

[54] Cfr. F. GALGANO, *I gruppi di società*, Torino, 2001, cap. XII, sez. 2, p. 207; ID., *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del c.c. Scialoja – Branca*, 2005, p. 206, in cui l'A. scrive che il problema del «*reprimere l'abuso della personalità giuridica o superarne lo schermo consiste nella disapplicazione di quelle norme speciali in cui essa si configura e nel disconoscere a chi ha commesso l'abuso i diritti nascenti da esse. Equivale, in rapporto al beneficio della responsabilità limitata, che è disciplina speciale, a restituire vigore al generale principio della illimitata responsabilità patrimoniale del debitore (ossia l'art. 2740 c.c.)*», e che «*a questa grave conseguenza non si dovrà pervenire quando gli abusi commessi dal socio si rilevino suscettibili di forme diverse di riparazione come nel caso degli abusi commessi nei gruppi di società operanti sotto il controllo di una* holding*. In tali casi non occorre superare lo schermo della persona giuridica: in tali casi la responsabilità della controllante o dei soci può essere affermata a titolo di responsabilità extracontrattuale senza mettere in discussione l'alterità soggettiva delle due società e, anzi, prendendo in tutto e per tutto sul serio la qualità della controllante quale terza ai rapporti contrattuali posti in essere dalla controllata*». Su punto cfr. anche N. ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica – tecniche sanzionatorie a confronto*, cit., p. 183.

[55] Si obiettava che il meccanismo della presunzione legale venisse utilizzato non solo per desumere dal fatto noto (la responsabilità illimitata dell'unico socio), attraverso un salto logico, un fatto ignoto (l'abuso) ma anche per ricavare da questo rapporto una *regula iuris* generale. Cfr. A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 456.

[56] Così A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 455.

[57] Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, cit., p. 122.

intendersi, l'art. 2325 c.c. e non l'art. 2740 c.c.) dell'irresponsabilità dei soci di società di capitali per i debiti della società, in quanto tale, non suscettibile quindi di applicazione analogica[58].

Abbandonata la via della responsabilità illimitata, si è ritenuto che l'indagine, volta a definire le tecniche di repressione, dovesse essere svolta alla luce della disciplina positiva e della realtà economica «*letta attraverso le categorie del sistema*»[59] nella consapevolezza che alle molteplici fattispecie di abuso, tra loro non omologabili, corrispondessero graduate tecniche di repressione.

4. *La responsabilità da illecito aquiliano.*

Tra i rimedi alternativi alla responsabilità illimitata si deve anzitutto ricordare quello consistente nella configurazione di un obbligo risarcitorio a carico dei soci che abbiano "tiranneggiato" la società e/o infranto le sue regole organizzative percorrendo la via dell'illecito aquiliano, il diffondersi del quale è stato favorito dal processo di radicale revisione della responsabilità civile che, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, ha indotto dottrina e giurisprudenza ad abbandonare la teoria della tipicità dell'illecito legata alla necessaria lesione di un diritto assoluto[60] e a ricostruire l'ingiustizia del danno

---

58 Cfr. A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 454.

59 Cfr. P. MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società,* corporate *governance. Studi in tema di società per azioni*, cit., p. 35 ss.

Sull'opportunità di spostare la visuale della tutela dei terzi dal piano del "supplemento di garanzia" (patrimoniale) a quello di «*adeguare sanzioni risarcitorie contro chi abusivamente infrange le regole di organizzazione della società*», cfr. R. WEIGMANN, *Le società unipersonali, esperienze positive e prospettive di diritto uniforme*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 855; C. ANGELICI, *Le disposizioni generali sulla società per azioni. La costituzione della società per azioni. La partecipazione azionaria nella società per azioni*, in *Trattato Rescigno*, vol. XVI, 1985, p. 225.

La riforma, peraltro, con la nuova formulazione dell'art. 2362 c.c., ha confermato, anche rispetto alla s.p.a., il carattere eccezionale da riconoscere alle previsioni di decadenza dal beneficio della responsabilità limitata. Sul punto cfr. P.M. SANFILIPPO, *sub Art. 2362 c.c.*, cit., p. 434 ss.

60 A seguito dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, l'opinione tradizionale affermava che la responsabilità aquiliana dovesse configurarsi come sanzione di una condotta qualificabile come illecita sia perché contrassegnata dalla colpa del suo autore, sia perché lesiva di un diritto soggettivo assoluto della vittima tutelata *erga omnes* da una norma primaria (*contra jus*) e non giustificabile da altra norma (*non iure*). La suddetta tesi, per la quale l'ingiustizia del danno consisteva nella lesione di diritti soggettivi assoluti, si conformava in realtà all'orientamento della dottrina italiana maturato anteriormente al codice vigente. Già nel vigore del 1865 la dottrina prevalente aveva delimitato la responsabilità civile entro l'ambito dei fatti lesivi di diritti assoluti, sebbene quel codice, similmente a quello francese (art. 1382), sanzionasse come illecito ogni fatto dannoso senza fare menzione né di danno ingiusto né di diritto leso (art. 1151). Per una ricostruzione dell'impostazione tradizionale (dell'antigiuridicità) e di quella più moderna della rappresentanza nella nota seguente (teoria dell'ingiustizia), cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, Milano, 1994, p. 584 ss.

La giurisprudenza, aderendo alla teoria tradizionale dei diritti assoluti (cfr. Trib. Milano, 19 gennaio 1967, in *Foro it.*, 1967, I, c. 858) aveva, dunque, respinto l'azione promossa, a titoli di responsabilità aquiliana, dalla curatela fallimentare nei confronti del

in termini di clausola generale[61].

socio inseritosi indebitamente nella gestione sociale, sulla base dell'assunto che l'ordinamento non avrebbe contemplato la risarcibilità quale danno ingiusto *ex* art. 2043 c.c. del diritto di credito, in quanto «*può aversi colpa produttiva di responsabilità* ex *art. 2043 c.c. solo se viene violato un diritto primario, cioè un diritto assoluto valevole* erga omnes […] *in quanto la nostra legge non conosce la tutela aquiliana del diritto di credito*». La teoria tradizionale è stata oggetto di una profonda revisione che si è articolata in due momenti successivi. In primo luogo, per ampliare l'area del danno risarcibile, la giurisprudenza aveva dilatato il concetto di diritto assoluto, riconoscendo a tutti i diritti soggettivi il carattere della "assolutezza" intesa nel senso di esistenza, rilevanza e tutelabilità nei confronti dei terzi e ammettendo la risarcibilità della lesione dei diritti relativi, in particolare dei diritti di credito attraverso l'invenzione di nuove figure di diritti soggettivi, quali il c.d. "diritto all'intergrità del proprio patrimonio". Il ricorso a tale espediente veniva utilizzato, a partire dalla decisione della Cass., 4 maggio 1982, n. 2765, (in *Giust. civ.*, 1982, I, 1745, con nota di A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*), dalle corti per affermare la risarcibilità del pregiudizio patrimoniale, non accompagnata da una contestuale lesione di una situazione giuridica soggettiva (c.d. danno meramente patrimoniale). Il necessario ricorso all'invenzione di un diritto assoluto – anche così ampiamente inteso – è stato successivamente abbandonato dalla Corte di Cassazione (cfr. la rivoluzionaria – per molteplici aspetti – sentenza del 22 luglio 1999, n. 500, in *Foto it.*, 1999, I, c. 2487 ss.; tra i primi commentatori, A. LUMINOSO, *Danno ingiusto e responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Diritto Pubblico*, 2000, p. 59 ss.; M. FRANZONI, *La lesione dell'interesse legittimo è dunque risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 1039 ss.; F. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 337 ss.; F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, Milano, 2003) che, recependo le critiche a suo tempo avanzate in dottrina (cfr. A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 315 ss. e da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p. 91 ss., per il quale «*la recente invenzione servita a mascherare un giudizio di ingiustizia del danno il cui esclusivo autore è in realtà il giudice*») ha escluso definitivamente la configurabilità del c.d. "diritto all'integrità del patrimonio", atteso che, attraverso quell'espediente, «*venivano mascherate da diritto soggettivo situazioni che non avevano tale consistenza*».

[61] La Corte di Cassazione, Sezioni Unite, con la citata sentenza del 22 luglio 1999, n. 500, ha segnato una svolta nell'interpretazione dell'art. 2043 c.c. Essa, muovendo dal presupposto che il concetto di ingiustizia sia connotato riferibile non più al fatto (il comportamento dell'agente) ma al danno, ha definitivamente stabilito che «*l'area della risarcibilità non è quindi definita da altre norme recanti divieti e quindi costitutive di diritti (con conseguente tipicità dell'illecito, in quanto fatto lesivo di ben determinate situazioni ritenute dal legislatore meritevoli di tutela), bensì da una clausola generale espressa dalla formula "danno ingiusto", in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia e cioè il danno recato* non iure *da ravvisarsi nel danno inferto in difetto di una causa di giustificazione che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento* (ovvero *nella violazione del limite costituzionale di solidarietà, desumibile dagli artt. 2 e 41, co. 2, Cost., in riferimento a preesistenti situazioni del soggetto danneggiato giuridicamente rilevanti). Ne consegue che la norma sulla responsabilità aquiliana non è una norma secondaria volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme bensì norma primaria volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui*». La Suprema Corte ha in realtà fatto proprie tutte quelle istanze dottrinali che contestando l'idea di fondo della ingiustizia del danno intesa come antigiuridicità, avevano riguardo alla meritevolezza dell'interesse leso, benché distinguibili per il criterio selettivo in base al quale ravvisavano il danno ingiusto. Le parole della Corte, infatti, rispecchiavano esplicitamente quanto affermato da S. RODOTÀ, *Il problema della*

Si è così percorso un itinerario teso ad estendere ai soci forme di propagazione della responsabilità gravante sugli amministratori che facevano perno sull'inosservanza da parte di questi dei propri doveri nei confronti della società e dei creditori sociali, attraverso il ricorso alle figure della *induzione* da parte del terzo *all'inadempimento del debitore*[62] o della *complicità del*

responsabilità civile, Milano, 1964, pp. 79, 84 ss., che per primo aveva parlato di ingiustizia del danno come clausola generale volta a tutelare la lesione di un interesse suscettibile di tutela secondo il principio di solidarietà sociale; da G. ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, p. 245; ID., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, IV, Milano, 1999, p. 351 ss., per il quale il danno ingiusto è quello rilevante secondo una valutazione comparativa degli interessi in gioco alla stregua dei principi costituzionali; da F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 21, il quale, prendendo spunto dall'art. 1322, co. 2, c.c., ravvisa il danno ingiusto nella lesione di un interesse meritevole di tutela; per altri riferimento, cfr. M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti, sub Artt. 2043 – 2059*, in *Comm. Codice civile Scialoja – Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1993, p. 24.

62 Nella varietà dei processi di determinazione extraistituzionale dell'azione gestoria, la responsabilità per induzione all'inadempimento trovava applicazione non soltanto nei casi di compartecipazione esterna ai fatti di *mala gestio* materialmente compiuti dagli amministratori legittimi, ma anche laddove, pur mancando istigazione e connivenza, vi fosse piuttosto «*una induzione alla tolleranza della situazione di esautoramento determinata dalla intromissione del gestore non legittimato*». Cfr. così F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, cit., p. 420, per il quale, inoltre, la compartecipazione poteva avvenire nelle forme dell'induzione, cooperazione o agevolazione. Si ha presente che, successivamente, in altro saggio (ID., *Gestione "di fatto" e funzione amministrativa nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 131 ss., spec. p. 175, nt. 136) l'A. precisava ulteriormente che lo strumento dell'illecito aquiliano potesse essere usato per la compartecipazione episodica a singoli gravi atti di *mala gestio* degli amministratori, mentre diversa configurabilità e diverso strumento sanzionatorio viene dato all'«*esercizio sistematico di un potere oppressivo di indirizzo e controllo sull'attività degli organi di gestione legalmente nominati e alla sostituzione nelle funzioni a questi ultimi demandate*».

Più in generale, lo schema del concorso personale nell'illecito si presentava quale strumento duttile alle molteplici situazioni contingenti, risultando identica la strutturazione oggettiva della fattispecie, a prescindere dalla posizione del compartecipe (predominante, paritaria, subordinata, sempreché autoresponsabile; interna o esterna all'organizzazione), dal ruolo svolto nella vicenda (nonostante la dottrina si fosse sforzata di distinguere le ipotesi dell'induzione, intesa come persuasione o istigazione, dalla c.d. cooperazione, vista come sostegno, aiuto, complicità), dal rilievo della sua compartecipazione (personale o funzionale agli scopi in altra società): tali indici non influivano sull'effetto primario della corresponsabilità con gli amministratori *ex* art. 2055 c.c., ma concernevano prevalentemente l'atteggiamento psicologico del terzo, in particolare l'intensità del dolo e rilevavano quale criterio sul piano della ripartizione interna dell'onere risarcitorio.

Ciò sempre secondo F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, cit., p. 422, sul presupposto che trattasi di responsabilità extracontrattuale. Successivamente l'A., in ID., *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, p. 382 ss., facendo propri i rilievi di altra autorevole dottrina (C. CASTRONOVO, *Le mobili frontiere della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 554 ss.) ha ricondotto la c.d. complicità del terzo nell'alveo della figura della "interferenza del terzo nell'attuazione del rapporto obbligatorio" e quindi della responsabilità contrattuale. Tuttavia, nella consapevolezza della distinta carica lesiva fra il comportamento del debitore e l'interferenza del terzo, relega, in ipotesi residuale,

terzo[63].

Tale tecnica trovava un preciso supporto normativo nell'art. 3, ultimo comma, della l. n. 95 del 3 aprile 1979 (legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi)[64] e fungeva da strumento volto a

ritenendolo comunque possibile – diversamente dal Castronovo –, un concorso del terzo quale autonomo fatto illecito suscettibile di autonomo apprezzamento e fonte di un'autonoma responsabilità.

63 La convinzione che tali comportamenti potessero essere considerati autonome fonti di risarcimento dei danni era diffusa nella dottrina civilistica. Per un esame del dibattito teorico e giurisprudenziale sui presupposti della responsabilità per induzione all'inadempimento, cfr. F. ZICCARDI, *L'induzione all'inadempimento*, Milano, 1980, p. 58 ss.; P. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio del diritto di credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 223 ss.; anche sulla base di considerazioni di analisi economica del diritto, cfr. R. PARDOLESI, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 76 ss.; G. ALPA-M. BESSONE, *I fatti illeciti*, in *Trattato Rescigno*, 14, VI, Torino, 1982, p. 174. L'esatto inquadramento di queste figure e la loro precisa qualificazione erano tuttavia ampiamente discusse e scontavano l'esigenza di trovare adeguati spazi, come già prima accennato, a forme di lesione di situazioni soggettive non inquadrabili immediatamente come diritti assoluti: la tendenza prevalente della dottrina era di ricondurle nell'induzione alla lesione del credito, suscettibile di risarcimento extracontrattuale. Per altra autorevole dottrina (C. CASTRONOVO, *Le mobili frontiere della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 556) da un lato, la complicità del terzo non poteva assimilarsi all'ipotesi di lesione del credito da parte del terzo (cfr. nt. 26, in cui si critica F. GALGANO, *Responsabilità della controllante per la pregiudizievole influenza esercitata sulla società controllata*, in *Riv. cirt. dir. priv.*, 1988, p. 364) perché quest'ultima andava considerata «*un impedimento (*esterno*) frapposto dal terzo all'attuazione del rapporto obbligatorio* […] *alla stregua del caso fortuito*» e si ancorava alla responsabilità aquiliana; su un piano diverso, operava la complicità del terzo nell'inadempimento (*genus* nel quale ricondurre anche la dorma di induzione) poiché il terzo, interviene consapevolmente nel rapporto giuridico altrui, agendo, per così dire, all'interno, mediante comportamenti che provocano, agevolano o soltanto consentono l'inattuazione dell'obbligo assunto dal debitore. Atteso che secondo il citato A. «*il comportamento del terzo diventa rilevante unicamente solo se il debitore non adempie, perché è solo con l'inadempimento del debitore che nasce il danno per il creditore*» e che la responsabilità del primo «*prende titolo dal fatto del secondo, iscrivendosi nel cerchio obbligatorio*», le ipotesi di complicità del terzo o di induzione all'inadempimento venivano ricondotte nell'alveo della responsabilità contrattuale. Tale tesi è ribadita da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 118 ss.

64 L'art. 3, co. 10, della L. n. 95/1979 sanciva, nell'ipotesi di direzione unitaria di gruppo, che «*gli amministratori delle società che hanno esercitato tale direzione rispondono in solido con gli amministratori delle società in amministrazione straordinaria dei danni da questi cagionati alla società stessa*». Con questa disposizione gli amministratori della società dominante venivano coinvolti nella responsabilità degli amministratori della società dominata, per i danni cagionati alla propria società per il fatto di avere supinamente dato attuazione alle direttive del gruppo (responsabilità, in definitiva, per induzione all'inadempimento). Tale regola, pur rivestendo allora carattere eccezionale, veniva ritenuta dalla dottrina suscettibile di una certa estensione, sino ad assumere valenza di principio che – ricostruendo la natura della responsabilità in termini extracontrattuali – poteva essere esteso a tutte le vicende di "influenza dominante" da parte di soci persone fisiche ed anche indipendentemente dalla stessa esistenza del gruppo (così cfr. A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 474). L'individuazione della portata estensiva è stata oggetto tuttavia di un vivace dibattito

tutelare anche i creditori sociali da chi, presupponendo una ricostruzione (quanto mai oggetto di discussione) in termini extracontrattuali[65] della responsabilità *ex* art. 2394 c.c. e l'azione ivi disciplinata come autonoma e

dottrinale: in primo luogo, si riteneva che la concorrente responsabilità degli amministratori della capogruppo potesse essere affermata ogni qualvolta si fosse in presenza di un gruppo insolvente, quindi anche in presenza di fallimento di una delle società del gruppo (in tal senso cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, cit., p. 286 ss.); si estendeva poi la cennata responsabilità anche quando la società dominata fosse *in bonis* (cfr. U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997, p. 241, per il quale si trattava di responsabilità contrattuale muovendo dall'assunto che agli amministratori della società dominante spettasse il potere di gestione sulle società controllate; *contra* cfr. G.F. CAMPOBASSO, *ivi*, p. 287) giungendo infine a desumere da tale norma, sul presupposto che prevedesse una responsabilità extracontrattuale, la responsabilità della stessa società dominante per i danni subiti dalle società controllate *in bonis* o insolventi (cfr. P.G. JAEGER, *"Direzione unitaria" di gruppo e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 1985, I, p. 815; F. GALGANO, *I gruppi di società*, Torino, 2001, cap. XII, sez. 2, p. 207; A. NIGRO, *ivi*, pp. 386 e 394; *contra* cfr. G.F. CAMPOBASSO, *ibidem*; P. ABBADESSA, in *I gruppi di società*, a cura di Balzaroni – Carcano – Mucciarelli, p. 142 ss.; G. CABRAS, *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino, 2002, p. 76; C. STOLFI, *Le società multinazionli nel diritto comunitario*, Milano, 1984, p. 284 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *"Controllo" e "gruppo" nella fenomenologia dei collegamenti societari*, in *Dir. fall.*, 1985, I, p. 10 ss.).

Contro la configurabilità della responsabilità dell'art. 3 come responsabilità extracontrattuale per induzione all'inadempimento, cfr. F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, Milano, 1985, p. 271, per il quale tale figura poteva comunque essere invocata ma in ipotesi differenti *i*) nei confronti di qualsiasi soggetto, anche, ad esempio, del socio di maggioranza che, senza essere amministratore, induca in inadempimento gli amministratori, ipotesi questa estranea all'art. 3 in esame, come confermano i lavori preparatori in cui si legge «*il problema della responsabilità del socio che di fatto controlla l'attività del gruppo non può essere affrontato in questa sede*», ovvero *ii*) in relazione a qualsiasi situazione societaria (una sola società e indipendentemente dalla direzione unitaria).

Si deve aggiungere che una parte della dottrina ha ritenuto di poter rinvenire alla base di tale norma l'idea dell'amministratore di fatto (cfr. G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Vassalli, Torino, 1985, X, 3, p. 1082; F. FERRARA JR. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1996, p. 564) o, quanto meno, dell'amministratore indiretto (cfr. F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, Milano, 1985, p. 410 ss., ove ulteriori riferimenti, per il quale «*l'art. 3 fa emergere a livello legislativo il principio secondo il quale chi in concreto gestisce la società – anche se si tratta di gestione di indirizzo o indiretta – non può agire in conflitto di interessi né può in generale violare impunemente gli obblighi posti dalla legge per il corretto svolgimento della gestione della società, principio questo già affermato in giurisprudenza in tema di amministratori di fatto*»).

65 Pur nella diversità di impostazioni, l'opinione che qualificava come aquiliana la responsabilità prevista dalla norma era diffusa. Con riferimento all'art. 2394 c.c. (prima della riforma) cfr. A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, p. 388; F. GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato Galgano*, 1988, p. 272; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Napoli, 1997, p. 505; in giurisprudenza definitivamente cfr. Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1967, con nota adesiva di M. Fabiani.

Per la natura contrattuale, cfr. L. BUTTARO, *Diritto commerciale. Lezioni introduttive*, Bari, 1992, p. 121; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 303; F. FERRARA JR.-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 572; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, cit., p. 372.

diretta[66], utilizzava lo schema dell'illecito per induzione per configurare una responsabilità extracontrattuale del socio nei confronti dei creditori sociali, in relazione al danno che l'abuso e la connessa *mala gestio* degli amministratori avessero prodotto direttamente in capo a quei creditori, indipendentemente dal danno subito dalla società[67].

Il suo limite consisteva, però, nella presupposizione di una necessaria e primaria responsabilità per *mala gestio* a carico degli amministratori, derivante da una violazione dei propri doveri, causalmente efficiente rispetto al danno provocato alla società o ai creditori sociali, al quale danno soltanto andava poi circoscritto l'obbligo risarcitorio a carico del socio.

Peraltro, l'affermazione di una responsabilità, a titolo extracontrattuale, in base alla quale fondare la domanda risarcitoria nei confronti del socio, comportava un aggravamento dell'onere della prova (a carico dei creditori sociali o degli organi della procedura concorsuale) con riferimento sia all'elemento soggettivo sia al nesso di causalità[68].

---

[66] Configuravano l'azione dei creditori come azione diretta F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 305; F. FERRARA JR.-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 573; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, cit., p. 373; M. FRANZONI, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in *Le società*, diretto da F. Galgano, 2002, p. 178 ss.; G. FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario c.c.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1982, pp. 523-524; F. GALGANO, *La società per azioni*, cit., p. 273; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., p. 506; V. SALAFIA, *La responsabilità civile degli amministratori*, in *Soc.*, 1993, p. 595 ss.
Trattasi di azione surrogatoria per A. BORGIOLI, *I direttori generali di società per azioni*, Milano, 1975, p. 338 ss.; L. BUTTARO, *Diritto commerciale. Lezioni introduttive*, Bari, 1992, p. 121; G. FERRI, *Le società*, cit., p. 681; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 329; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, cit., p. 551; A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 475; G. RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori (art. 2395 c.c.)*, Milano, 1969, p. 234 ss.

[67] Questa è la linea ricostruttiva proposta da F. GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato Galgano*, 1988, p. 209 con riferimento alla problematica dei gruppi.
Non vi erano poi difficoltà di ordine concettuale ad utilizzare la tecnica della propagazione ai soci della responsabilità gravante sugli amministratori *ex* art. 2395 c.c., nella forma della complicità dei primi agli atti dolosi o colposi dei secondi, per i danni direttamente arrecati ai creditori sociali in quanto terzi, sempre che la condotta dei soci avesse effettivamente concorso nella produzione del danno patito dai creditori. Cfr., sulla tendenza ad una progressiva espansione dell'ambito di applicazione dell'art. 2395 c.c., G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1987, p. 163 ss.; F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, cit., in particolare, p. 231 e p. 244.

[68] Il ricorso all'istituto dell'induzione all'inadempimento implicava, infatti, secondo l'orientamento assunto al riguardo dalla giurisprudenza, la dimostrazione che il convenuto avesse consapevolmente indotto gli amministratori a porre in essere, in violazione dei loro doveri, quelle condotte (attive o omissive) da cui sarebbe derivato il danno ingiusto lamentato dalla società o dai suoi creditori; in particolare, sul piano processuale, il percorso diveniva arduo nella prova del dolo del terzo poiché l'elemento soggettivo da dimostrare consisteva nella consapevolezza che l'esecuzione delle direttive impartite agli amministratori avrebbe arrecato danni alla società o ai suoi creditori (questo era l'orientamento inaugurato, in tema di doppia vendita immobiliare, da Cass., 8 gennaio

Destinataria di analogo rilievo si candidava ad essere anche quella dottrina che eliminava la mediazione della responsabilità degli amministratori, ponendosi completamente nel solco della ricostruzione evolutiva dell'illecito aquiliano: si configurava così una responsabilità diretta a carico dei soci ai sensi dell'art. 2043 c.c. – prima ancora del riconoscimento di una sua validità generale da parte della Suprema Corte[69] –, sulla base della valutazione di un preciso principio di protezione, in particolare, nei confronti dei creditori sociali, immanente al sistema delle regole delle società di capitali[70].

Il merito di quest'ultima elaborazione – nonostante le critiche ad essa mosse – non sta tanto nell'aver anticipato, rispetto ai tempi in cui è stata formulata, soluzioni interpretative di più ampio respiro, in un processo di piena osmosi fra strumenti meramente civilistici e categorie propriamente societarie, quanto nel fatto che, pur richiamando istanze di tutela, in particolare, nei confronti dei creditori sociali, non si sia abbandonata agli "eccessi di protezione" propri delle teorie del superamento della personalità giuridica: detto diversamente, lo strumento risarcitorio, pur nel condivisibile rilievo di un aggravamento dell'onere della prova, appariva così tecnica più equa, in un giudizio di bilanciamento dei molteplici interessi in gioco, rispetto alla responsabilità patrimoniale, in quanto volta a sanzionare quelle interferenze che effettivamente avessero determinato un pregiudizio concreto dei creditori, «*consentendo di tenere conto dell'elemento soggettivo, non solo colpa o dolo dei soci, ma anche buona fede degli stessi creditori*»[71].

1982, n. 76, in *Foro it.*, 1982, I, c. 394. Si veda anche Cass., 9 febbraio 1982, n. 759, in *Riv. not.*, 1982, II, p. 315 e Cass., 1 giugno 1976, n.1983, in *Giust. civ.*, I, p. 1647, per le quali occorrerebbe la prova della dolosa preordinazione diretta a danneggiare il contraente che subisce l'inadempimento). Qualora si fosse considerata la responsabilità imputata agli amministratori di natura aquiliana (o ai sensi dell'art. 2394 o art. 2395 c.c., intesi come applicazioni specifiche della clausola generale *ex* art. 2043), il coinvolgimento del terzo presupponeva la prova della dolosa o colposa compartecipazione al fatto dannoso.

69 Cfr. A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 478.

70 La cennata impostazione, muovendo dall'idea che l'ordinamento societario potesse considerarsi come disciplina di organizzazione, volta non a regolare rapporti intersoggettivi bensì il modo di essere e di funzionare di una struttura organizzativa (così cfr. C. ANGELICI, *La società per azioni*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 978 ss.) e che, in quanto tale, fosse preordinato a garantire essenzialmente i molteplici interessi esterni a chi si organizza, fra i quali quelli dei creditori sociali (cfr. A. NIGRO, *ibidem*, per il quale «*le norme di organizzazione non hanno tanto lo scopo di costruire un apparato quanto quello di darvi evidenza giuridica, di rendere le strutture giuridicamente rilevanti rispetto ad altri soggetti*», traducendo «*sul piano organizzativo valori che si vogliono proteggere. In altri termini, l'emersione a livello giuridico di una struttura organizzativa avviene nel momento in cui si innesta, sull'interesse proprio di colui che agisce attraverso l'organizzazione, l'interesse altrui* […] *fra gli interessi altrui direttamente implicati dalla disciplina legale vi sono gli interessi dei creditori rispetto ai quali tale disciplina si atteggia come normativa di protezione*»), finiva per qualificare l'ingerenza abusiva dei soci, come ingiusta o antigiuridica nei confronti dei creditori sociali *ex* art. 2043 c.c., in quanto concretatasi nella violazione delle regole organizzative imposte dall'ordinamento in funzione anche della tutela dei creditori.

71 Cfr. A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 480,

5. ***La teoria dell'amministratore di fatto.***

Una terza tecnica sanzionatoria è quella riducibile alla nota teoria dell'amministratore di fatto[72]: secondo tale dottrina, al soggetto che, senza essere investito dei relativi poteri, eserciti funzioni gestorie di una società, impartendo istruzioni agli amministratori e condizionandone sistematicamente le scelte operative[73], deve essere estesa la responsabilità

---

secondo cui «*se la tecnica della garanzia automatica trascura la buona fede dei creditori, in quanto strutturalmente incompatibile, lo strumento risarcitorio evita quei "rischi di eccesso di protezione (dei creditori sociali) che sono stati più volte e giustamente lamentati, per esempio, in relazione alla teoria della società apparente e del suo fallimento, la quale inevitabilmente porta ad assicurare pari tutela sia ai creditori in buona fede sia a quelli in mala fede*».

72 Cfr. di recente sul tema E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione delle società di capitali: tra "atti" e "attività". Profili in tema di responsabilità*, Milano, 2012, p. 57 ss.; C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità dei soci nella s.r.l.*, Milano, 2015, p. 12 ss.

Una prima elaborazione della nozione del c.d. amministratore indiretto – incentrata sull'uso strumentale degli amministratori legalmente nominati – viene proposta da T. ASCARELLI, *In tema di vendita di azioni, responsabilità degli amministratori. Amministratore indiretto*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 421 ss., il quale affermava la responsabilità, al pari degli amministratori, di chiunque concretamente svolgesse attività gestorie, a prescindere da qualifiche formali. Tale impostazione, sempre secondo T. ASCARELLI, *Società di persone tra società; imprenditore occulto amministratore indiretto; azionista sovrano*, cit., p. 413 (premettendo l'estensione del ragionamento, prospettato per l'azionista unico, che quando «*mette capo ad una usurpazione delle funzioni degli amministratori, essa usurpazione non può importare responsabilità diverse da quelle sancite per gli amministratori*», a «*chiunque riesca di fatto ad amministrare la società, sottoponendo di fatto gli amministratori al proprio comando, e può trattarsi in concreto di un socio o di un creditore*»), trovava fondamento nella natura imperativa delle norme relative alla struttura organizzativa della società – in particolare, di quelle che ne assicuravano una gestione prudente – e in una conseguente applicazione indifferenziata della sanzione prevista nell'ipotesi di una loro violazione. Nonostante si siano registrate in dottrina numerose adesioni alla cennata tesi (tra le diverse proposte di riforma, si legga quella suggerita da F. Ferrara, diretta ad unificare il regime di responsabilità degli amministratori apparenti con quelli di fatto, ricollegando la responsabilità gestoria agli atti di gestione, prescindendo dall'esistenza di una nomina assembleare o dell'atto costitutivo ovvero elaborata dalla commissione Pajardi nel progetto di riforma di diritto fallimentare e basata su una definizione funzionale dei termini "amministratore", "sindaco" o "liquidatore", tanto da estenderla a chiunque in concreto avesse esercitato le funzioni corrispondenti. Cfr. sul punto N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto nelle società per azioni*, cit. p. 35 ss.), oltre che un tentativo di formalizzazione legislativa nel "*Progetto di legge in tema di società per azioni*", elaborato dallo stesso Ascarelli (consultabile in *Riv. soc.*, 1956, p. 604 e il cui art. 13 disponeva: «*sono responsabili, al pari degli amministratori, coloro che abbiano in linea di fatto esercitato funzioni di effettiva e generale direzione analoga a quella di amministratori*»), essa non venne tuttavia mai tradotta in legge.

73 Cfr. A. BORGIOLI, *Amministratori di fatto e direttori generali*, in *Giur. comm.*, 1975, I, p. 593 ss.; F. BONELLI, *La prima sentenza della Cassazione civile sull'amministratore di fatto*, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 182 ss.; R. WEIGMANN, *Società per azioni*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. comm.*, XIV, Torino 1997, p. 394; N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998, p. 13 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, cit. p. 376.

propria degli amministratori, regolarmente in carica[74].

[74] Cfr. nel sistema statunitense A. BERLE JR.-G. C. MEANS, in *The modern corporation and Private Property*, New York, 1932, p. 237, i quali rilevavano che «*where an individual or group had in fact exercised the power of managment, they must be governed by the same standards of conducts as those applied to the formal managment, even though they do not assume the title*».

In Inghilterra, invece, la *Section* 741 del *Companies Act* del 1985, oltre a connotare la nozione generale di amministratore, in termini puramente funzionali («*in this Act, directors includes any person occupying the position of a director by whatever name called*»), individua – e la distingue dalla precedente – la figura dello *shadow director* (amministratore occulto), cioè di colui che amministra attraverso un utilizzo strumentale degli amministratori di diritto («*the person in accordance whose directions or instructions the directors of a company are accustomed to act*»), applicandovi talune norme, in tema di doveri e responsabilità, proprie degli amministratori. La legge estende poi al *de facto* e allo *shadow director* una serie di dispozioni essenzialmente concernenti doveri di diligenza e il divieto di conflitto di interessi. Il *de facto director* è «*a person who acts as a director but who has never been validly appointed to that position*». Sui test applicati dalla giurisprudenza anglosassone in questa materia, al fine di delimitare le due fattispecie, cfr. E. FERRAN, *Company law and corporate finance*, 1999, pp. 155 ss. e 482 ss., dove si dà conto dei timori del sistema bancario di essere coinvolto nell'applicazione delle norme in materia di *wrongful trading*. Sulla figura dello "*shadow director*" e per una sintetica indicazione dei criteri distintivi rispetto alla figura del "*de facto director*", GOWER, *Principles of modern company law*, London, 1998, p. 182; PENNINGTON, *Company law*, London, 1995, p. 710, ove anche l'illustrazione delle principali disposizioni contenute nel *Companies Act* del 1986, nel *Companies Disqualification Act* del 1986 e dell'*Insolvency Act* del 1986 concernenti lo *shadow director*; FERRARA'S, *Company law*, 1998, p. 336. Sul tema, cfr. anche CHARLESWORTH & MORSE, *Company law*, 1999, p. 235; MAYSON, FRENCH & RYAN, *Company law*, 2000, p. 438, ove anche un cenno alla giurisprudenza che ha applicato le disposizioni in materia di *shadow director* alla *parent company*.

Analogo riconoscimento normativo è avvenuto in Francia dove, sin dal 1967 (con successiva modifica del 1985), la legge fallimentare consente di sottoporre all'*action en comblement de l'insuffisance du passif social* e, nei casi più gravi, di estendere la procedura concorsuale agli amministratori di diritto o di fatto, apparenti od occulti, delle *sociétés anonymes* e *à responsabilité limitée.* In particolare, secondo gli artt. 180 ss. l. n. 85-98 del 25 gennaio 1985(ora l. 624-3 e 624-5 *code comm.*) «*quando il* redressement judiciaire *o la* liquidation judiciaire *fa apparire un'insufficienza di attivo, il tribunale può, in caso di* faute de gestion *che abbia contribuito all'insufficienza dell'attivo, decidere che i debiti della persona giuridica siano supportati, in tutto o in parte, con o senza solidarietà, da tutti dirigenti di diritto o di fatto, remunerati o no, o da alcuni di loro*»; e «*il tribunale può aprire una procedura di* redressement judiciaire *nei confronti di dirigenti a carico dei quali sia stato posto tutto o parte del passivo di una persona morale e che non soddisfino tale debito*» (La legge è pubblicata per esteso in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 638, preceduta da un commento di A. JORIO, *La nuova legge francese sull'insolvenza: "ca ira ca ira, les créanciers on les penda!"*).

L'estensione del fallimento veniva, da una parte della dottrina, intesa come una forma di reazione agli abusi della personalità giuridica, come uno strumento di superamento della stessa[74] ma, almeno nella conformazione data dalla legge del 1985 – che aveva soppresso le presunzioni in ordine al fatto e al nesso di causalità contenute nella legge del 1967 – l'azione costituisce un'applicazione particolare del regime generale della responsabilità civile *sub specie* di ampliamento della responsabilità patrimoniale («*decidere che i debiti della persona giuridica siano sopportati, in tutto o in parte, con o senza solidarità, da tutti i dirigenti di diritto o di fatto*»; sull'azione *en comblement de l'insuffisance du passif social*, cfr. G.B. PORTALE, *Un libro tedesco sull'"*action en

comblement du passif social*"*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 1067 che riporta i risultati dello studio comparatistico sugli strumenti giuridici disponibili in Francia e in Germania per il superamento, in caso di insolvenza delle società di capitali, del principio della responsabilità limitata al solo patrimonio della società, effettuato da Zahn; cfr. A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 443). La centralità della figura del *dirigeant de fait* ha, pertanto, indotto gli interpreti a definirne i confini applicativi nei confronti di «*tutte quelle persone fisiche o giuridiche che assumono gli stessi poteri del dirigente di diritto ed esercitano di fatto, in tutta supremazia ed indipendenza un'attività positiva di gestione e di direzione*». Il riconoscimento della rilevanza del dirigente di fatto e la compiuta elaborazione dottrinale successiva trovano, in ultima analisi, giustificazione nell'obiettivo di rendere più efficace, dal punto di vista sanzionatorio, il sistema di tutela dei creditori, in Francia imperniato essenzialmente sulla responsabilità aggravata dei dirigenti.

Per una completa ricognizione comparatistica, si rinvia a N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, cit., p. 58 ss. Fra i diversi ordinamenti che hanno riconosciuto l'estensione della responsabilità degli amministratori e, in alcuni casi, anche del fallimento della società a chi ha concretamente esercitato funzioni amministrative in assenza di una investitura da parte del competente organo sociale, l'A. annovera, tra gli altri, anche il *Burgelijk Wtboek* olandese, le *Lois coordonnées sur les sociétés commerciales* belghe e il codice delle obbligazioni elvetiche.

Un discorso particolare vale, invece, in relazione al sistema tedesco (sul quale cfr. in particolare U. H. SCHNEIDER, in *Scholz Kommentar zum GMBH Gesetz*, 2000, p. 1836; LUTTER – HOMMERLHOFF, *GMBH Gesetz*, 2000, p. 513), dove il problema dell'amministratore di fatto, pur affrontato dalle corti civili e penali, soprattutto con particolare riferimento alle *GmbH*, non ha assunto la medesima rilevanza riscontrata nei precedenti ordinamenti in ragione delle diverse tecniche sanzionatorie utilizzate, ossia quella del *Durchgriffshaftung* o della responsabilità da atto illecito altrui («*in Germania sono stabilite priorità diverse: la responsabilità per il non corretto esercizio del potere di gestione acquista un grosso significato solo in particolari ipotesi: la responsabilità dell'impresa dominante nell'ambito della disciplina dei gruppi, la responsabilità dei soci di maggioranza nella società a responsabilità limitata per aver impartito direttive contrarie al dovere di fedeltà; la responsabilità dei dirigenti per violazione dell'obbligo di presentare istanza di fallimento*». Per il rilievo in base al quale la teoria dell'amministratore di fatto trova residuale accoglienza in Germania per il diverso approccio del diritto tedesco alla problematica inerente la tutela dei creditori delle società di capitali, cfr. G.B. PORTALE, *Un libro tedesco sull'"*action en comblement du passif social*"*, cit. 1986, p. 1070; ID., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., p. 113; N. ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza in tema di amministratore di fatto*, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 174). Merita di essere segnalata, nonostante le numerose critiche (cfr. G.B. PORTALE, *ivi*, p. 113, nt. 204, con particolare riferimento alle ipotesi di sottocapitalizzazione; N. ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica – tecniche sanzionatorie a confronto*, cit., p. 47 ss.), la tesi – originata come soluzione alternativa al metodo del superamento della personalità giuridica – dell'estensione in via analogica del § 43 (il quale dispone che «*gli amministratori nello svolgimento degli affari della società devono impiegare la diligenza di un ordinario uomo d'affari*») della legge sulla *GmbH*, consistente nel prefigurare una responsabilità in capo ai soci attivi all'interno della società, che esercitano o possono esercitare un'influenza significativa e di rilievo sulla conduzione della stessa. In realtà, il precetto in questione appare diretto agli amministratori della società, in quanto membri dell'esecutivo ed impone loro un dovere di diligenza di tipo professionale medio. Orbene, muovendo dall'assunto che ogni atto che riflette l'esercizio di potere, per la sua possibile rilevanza anche esterna, deve essere strutturalmente e funzionalmente collegato a dei doveri, al socio che pone in essere all'interno della società un atto gestorio (ma non solo) esplicativo di potere, si estende l'obbligo correlato. Secondo tale impostazione, dunque,

In mancanza di una disciplina positiva, è stato compito tanto della giurisprudenza – prima in sede penale[75], poi in sede civile[76], con soluzioni in vero spesso discordi –, quanto della dottrina, quello di individuare gli elementi costitutivi della fattispecie[77].

---

la responsabilità dei soci sarebbe assimilabile a quella degli amministratori e, come questa, troverebbe nella diligenza il criterio per giudicare la qualità della prestazione posta in essere dal socio per la sua caratteristica di essere membro dell'organo della *GmbH*: tale responsabilità tuttavia, in quanto prevalentemente organica, farebbe nascere per il socio un obbligo di risarcimento non tanto verso l'esterno, quanto piuttosto verso la società e nei confronti degli altri soci, per tutti i danni derivanti dagli atti o dalle omissioni poste in essere in violazione di siffatto dovere di diligenza.

75 Cfr. sul punto F. VESSIA, *La responsabilità per la gestione nelle società di persone*, cit., p. 68 ss., ntt. 116 ss., spec. nt. 120 e pp. 79-81.

La Cassazione civile ha per lungo tempo escluso che il concreto esercizio delle funzioni di amministratore fosse di per sé sufficiente a far sorgere in capo all'amministratore di fatto gli obblighi e le responsabilità previsti per gli amministratori, richiedendo la presenza di un atto di investitura formale dell'assemblea, anche se invalido, irregolare oppure implicito in quanto risultante da una deliberazione assembleare avente diverso oggetto. Cfr. così Cass., 12 gennaio 1984, n. 234, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 182, con nota di F. BONELLI; Cass., 19 dicembre 1985, n. 6493, in *Giur. comm.*, 1986, II, p. 813; Cass., 3 luglio 1998, n. 6519, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3209.

Tale indirizzo, in realtà, risultava pienamente aderente alle valutazioni della prevalente dottrina (Cfr. G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 109 ss.; F. FERRARA JR. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 471. In senso conforme, cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, cit., p. 378; A. BONSIGNORI, in F. GALGANO-A. BONSIGNORI, *Il fallimento delle società*, in *Commentario Scialoja – Branca alla legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1997, p. 118) che, nel mettere in guardia da tecniche volte a superare indici oggettivi e formali di imputazione della responsabilità, riteneva che un rapporto amministrativo di fatto potesse configurarsi sempre e soltanto in presenza di un "mandato tacito di amministrazione", intendendosi per tale una «*nomina ad amministrare 1) non pubblicata a norma di legge oppure 2) implicita ovvero costituente il presupposto implicito o indefettibile di una deliberazione espressa ovvero 3) desumibile da un contegno positivo extra-assembleare dei soci, quale elemento idoneo a far presumere (*praesumptio hominis*, art. 2729 c.c.) che sia anteriormente avvenuta una delibera assembleare di nomina, seppur informale*»

76 Sul contrasto «*sostanziale, e non solo formale, tra la filosofia del rigore professata dal giudice penale e la filosofia della tolleranza pratica del giudice civile*», si rimanda a F. GALGANO, *Civile e penale nella produzione della giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 60.

77 Così cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 253. Cfr. *ex multiplis* Cass. Torino, 3 dicembre 1884, in *Riv. Pen.*, 1885, p. 335., quale esempio di come la giurisprudenza penale graniticamente abbia affermato, sin dalla fine dell'800, la sanzionabilità – in tema di bancarotta – di quei soggetti che, pur non essendo formalmente amministratori con valida e regolare nomina, avessero di fatto esercitato poteri di gestione: la sussistenza del reato veniva riconosciuta sia in relazione ai direttori della società, anche con nomina illegale sia, più in generale, a chiunque avesse, di fatto, sistematicamente esercitato funzioni direttive.

La successiva evoluzione della giurisprudenza penalistica (cfr. Cass. Pen., 26 novembre 1999, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2000, p. 471; Cass. Pen., 5 novembre 1999, *Dir. prat. soc.*, 1999, p. 79, nt. 6; Cass. Pen., 14 settembre 1999, nella quale si richiede «*l'esercizio sistematico della funzione che non si risolva nel compimento di alcuni atti di natura eterogenea ed occasionale*»; Cass. Pen., 17 gennaio 1996, in *Guida*

Orientamenti dottrinali restrittivi si riscontravano negli scritti di alcuni Autori che, o escludevano l'applicabilità delle norme in tema di amministratori, in mancanza di una regolare deliberazione di nomina[78], o negavano cittadinanza alla figura dell'amministratore di fatto in campo civilistico sulla base dell'inscindibilità tra funzioni e titolo di amministratore[79].

Altra minoritaria dottrina[80], invece, opponendosi all'orientamento

---

al diritto, 1996, p. 40, nt. 27. Conformi le soluzioni della prevalente dottrina penalistica: cfr. P. NUVOLONE, *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 479; A. ROSSI VANNINI, *La responsabilità penale di amministratori e sindaci*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. economia*, diretta da F. Galgano, XIX, Padova, 1994, p. 313; F. SCIOLTI, in *Diritto penale commerciale. I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, Milano, 2004, p. 181), consolidando tali precedenti, giungeva ad equiparare gli amministratori di fatto a quelli legalmente nominati e, talvolta, persino ad attribuire loro autonoma incriminazione, sulla base di una (secondo Cfr. A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 371, peraltro discussa) natura *materiale* delle norme incriminatrici. Invero, a supporto di tale posizione, è intervenuta la modifica dell'art. 2639 c.c., novellato dal d.lgs. n. 61/2002 in base al quale per i reati societari «*al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile, è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata o titolare della funzione prevista dalla legge civile, è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata* (direttore generale)*, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione* (amministratore di fatto)». Sottolinea quanto la novella del 2002 abbia recepito, in linea con quelli già individuati dalla giurisprudenza penale, i caratteri della continuità e della significatività dell'esercizio della funzione come presupposti dell'estensione della punibilità, A. DE NICOLA, *sub Art. 2380 bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2005, p. 87.

78 Cfr. A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 372, per il quale «*la disciplina degli amministratori delle società in genere (dei poteri e dei doveri in specie) ha come ineliminabile presupposto il fatto che il soggetto amministratore sia stato regolarmente investito della carica, che si sia instaurato in altri termini un valido rapporto (contrattuale) di amministrazione: ove questo rapporto non ci sia o sia invalido (nullo) o inefficace, viene a mancare il fondamento della responsabilità* ex *art. 2392 (che è pacificamente responsabilità contrattuale) ed anche della responsabilità* ex *art. 2394 c.c. (da ricondurre sempre a una fonte contrattuale)*».

79 Cfr. G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, p. 59.

80 I primi tentativi di emancipazione dell'orientamento formalistico della giurisprudenza si rinvengono in quelle teorie che qualificavano l'amministratore di fatto come sostituto del mandatario (cfr. A. PAVONE LA ROSA, *Rassegna di legislazione e giurisprudenza*, in *Riv. soc.*, 1960, p. 1083; G. LO CASCIO, *La responsabilità degli amministratori di fatto di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 199) ovvero direttore generale cui applicare l'art. 2396 c.c. e la ivi contenuta estensione della disciplina in tema di responsabilità degli amministratori (cfr. A. BORGIOLI, *I direttori generali di società per azioni*, cit.). Secondo la prima ipotesi interpretativa, l'art. 1717, ultimo comma, c.c., in quanto norma di carattere generale, consente al mandante (società) di agire direttamente nei confronti del sostituto (amministratore di fatto) del mandatario (amministratore legalmente nominato). Tuttavia, generalmente esclusa l'applicabilità in campo societario della cennata disposizione anche da chi qualificava in termini contrattuali il rapporto fra amministratori e società (cfr. G. COTTINO, *Diritto commerciale, I, 2, Diritto delle società*, Padova, 1999; P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nelle società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, p. 77), si riteneva che la ricostruzione del c.d. "sostituto del mandatario" da un lato, comportasse

giurisprudenziale che finiva con il presumere la presenza di un (tacito) atto di nomina in tutti i casi in cui un soggetto avesse, in linea di mero fatto, gestito la società[81], contestava la teoria del mandato tacito[82], ritenendo che la maggior parte degli obblighi previsti dalla legge per gli amministratori[83], «*più che adempimenti previsti per determinati ed individuati soggetti aventi una veste formale, fossero regole disciplinanti il corretto svolgimento dell'attività di gestione, applicabili a chiunque ponesse in essere l'attività*»[84].

Invero, si sottolineavano sia l'improprio utilizzo della categoria della delibera implicita[85], sia l'ancoraggio a definizioni ormai superate del rapporto

---

un inammissibile temperamento del regime di responsabilità degli amministratori di diritto ogni qualvolta fosse stata ravvisabile un'autorizzazione – invalida o tacita – alla sostituzione da parte dell'assemblea; dall'altro, presupponesse un fenomeno (amministratori di diritto che si fanno sostituire da quelli di fatto) non corrispondente alla realtà (gli amministratori di diritto sono la *longa manus* di quelli di fatto).

Analogamente ritenuta poco rispondente al dato fenomenico era la seconda soluzione interpretativa la quale, partendo da una totale svalutazione dell'elemento formale della nomina e basandosi esclusivamente sull'ampiezza dei poteri funzionali, quale criterio qualificante il direttore generale, degradava il gestore di fatto alla stregua di un dipendente "gerarchicamente subordinato agli amministratori di diritto". Sul punto cfr. diffusamente F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 258; N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto nelle società di capitali*, cit., p. 188 ss.

81 Così, cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 258 ss., spec. nt. 215, per il quale «*il presumere un atto di nomina (tacito) oltre un'inutile complicazione, determina un'equiparazione che è fittizia e che non consente di spiegare perché determinati obblighi vincolano gli amministratori legalmente nominati e non quelli di fatto: obblighi di provvedere alle formalità pubblicitarie; obblighi di convocare l'assemblea*».

Sulla scia del precedente A., parla di doppia finzione dell'impostazione giurisprudenziale finalizzata «*a costituire un passaggio giustificativo* a posteriori*, dopo aver già formato il proprio convincimento sul dato, squisitamente sostanziale, delle effettive modalità di svolgimento delle mansioni gestorie*», N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto nelle società di capitali*, cit., p. 188 ss.

82 Così cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 258, per il quale «*il mandato tacito nulla aggiunge all'esercizio di fatto delle funzioni che rimane l'unico elemento la sui sussistenza va verificata per poter applicare le norme in tema di responsabilità degli amministratori*».

83 Si ritenevano, infatti, applicabili agli amministratori di fatto soltanto gli obblighi regolanti l'attività di gestione, ma non l'obbligo di provvedere alle formalità pubblicitarie; cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 259. Si riteneva altresì applicabile anche il generale dovere di amministrare nell'interesse della società e con diligenza; cfr. N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto nelle società di capitali*, cit., p. 269.

84 Cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 260, «*insomma, chi amministra la società non può agire in conflitto di interessi, svolgere attività concorrente, continuare l'attività dopo la perdita del capitale sociale, ecc. Queste regole sono sì previste dalla legge in relazione agli amministratori, ma, a ben vedere, concernono il corretto esercizio dell'attività di amministrazione, indipendentemente dalla qualifica formale del soggetto che esercita l'attività*».

85 In particolare, il ricorso alla delibera implicita veniva stigmatizzato in ragione della revisione critica della cennata categoria, operata dalla giurisprudenza e dalla dottrina, del suo ambito di applicazione (limitato ai soli casi in cui l'oggetto della ulteriore

di amministrazione e del concetto di responsabilità contrattuale.

In particolare, risultava ormai abbandonata dalla dottrina moderna una visione del rapporto di amministrazione inteso come contratto di mandato, per lasciare il posto ad una valutazione tipologica dello stesso, inteso come un "contratto di tipo a sé stante"[86] o ad una configurazione di tipo organico[87] per la quale l'atto di nomina ad opera dell'assemblea si configura come mero atto di designazione di soggetti necessari i cui poteri e conseguenti responsabilità inerenti alle funzioni gestorie sono predeterminati dalla legge e dallo statuto[88].

Peraltro, il vincolo negoziale risultava non più necessario sia in relazione alla visione moderna del concetto di responsabilità contrattuale, concepita come responsabilità "obbligatoria", in quanto connessa ad ogni ipotesi di violazione di obblighi preesistenti, di fonte negoziale o legale[89] e sia con riferimento alla riflessione recente sulla rilevanza giuridica dei c.d. rapporti contrattuali di fatto[90] e sulla sussumibilità in questi ultimi dell'attività amministrativa di fatto.

Nel ritenere, dunque, che la configurabilità dell'amministratore di fatto andasse affrontata con riguardo esclusivo *i*) al "fatto" ingerenza, *ii*) in ispecie

---

deliberazione costituisca un effetto necessario e coessenziale rispetto al contenuto di quella esplicitamente assunta) o della stessa possibilità di configurazione. Cfr. sul punto F. GUERRERA, *Gestione "di fatto" e funzione amministrativa nelle società di capitali*, cit., p. 162 ss.; N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto nelle società di capitali*, cit., p. 226.

86 Cfr. sul punto G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit.; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., p. 479; F. BELVISO, *Contratto di società e contratto di amministrazione nelle società di persone*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 713.

87 Cfr. G. FERRI, *Le società*, cit., p. 675; G. CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, IV, Torino, 1991, p. 41; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999, p. 247; F. CHIOMENTI, *La revoca delle delibere assembleari*, Milano, 1969, p. 177 ss., per il quale, diverso peso era da attribuirsi, nella fase di preposizione alla carica, alla delibera di nomina (con rilevanza interna e corporativa) e alla accettazione del nominato (volta a costituire il rapporto intersoggettivo di collaborazione non subordinata).

88 Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999, p. 252, per il quale «*il contratto che qualifica come contrattuale la responsabilità degli amministratori non è l'asserito contratto di amministrazione ma il contratto di società*».

89 Sul punto, per tutti, cfr. L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, Milano, XXXIX, 1988, p. 1072; G. VISINTINI, *Inadempimento e more del debitore, sub Art. 1218*, in *Codice civile. Commentario* a cura di P. Schlesinger, Milano, 1987; C. ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1991; L. STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano, 1997.

Per un esame approfondito sull'evoluzione storica dell'istituto condotto con particolare riferimento ai riflessi in tema di responsabilità degli amministratori, cfr. V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, p. 8.

90 La dottrina dei rapporti contrattuali di fatto ha influenzato fortemente l'indagine sul fenomeno nei campi più disparati, ivi incluso il diritto societario con riferimento alla discussione sulla disciplina della società nulla o all'elaborazione giurisprudenziale della società irregolare. *Ex multis,* cfr. E. BETTI, *Dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 238 ss.; V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della specie e teoria generale*, Milano, 1984, p. 302; R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1993.

sistematica e non occasionale[91] (in ragione dell'inscindibile connessione fra durata e rilevanza dei rapporti di fatto) *iii*) concretizzatasi nell'attività tipicamente amministrativa[92] e che «*il contratto, fonte dei diritti e dei doveri degli amministratori non fosse l'asserito contratto di amministrazione, formato dal connubio nomina assembleare e successiva accettazione, ma il contratto di società*», si finiva per affermare che «*la responsabilità degli amministratori di fatto è da considerare sempre come responsabilità contrattuale, basata sull'inadempimento ai doveri che derivano dal contratto di società, a nulla rilevando a questi effetti la circostanza che all'adempimento di tali doveri nascenti dal contratto essi si siano accinti a seguito di nomina assembleare o altrimenti*»[93].

---

91 Cfr. N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto nelle società di capitali*, cit., p. 226, per il quale «*la nozione di amministratore di fatto postula l'accertamento di una vera e propria attività di amministrazione, intesa come l'insieme di atti coordinati o unificati sul piano funzionale dall'unicità dello scopo*», e che tale attività «*abbia avuto una durata tale da qualificarla* […] *professionale*»; mentre il rimedio risarcitorio aquiliano andrebbe applicato alle ipotesi di ingerenza episodica mediante lo schema dell'induzione all'inadempimento o del concorso nell'illecito aquiliano. In altra sede (ID., *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza in tema di amministratore di fatto*, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 199), l'A. ritiene potersi applicare anche la disciplina della gestione di affari altrui, pur con una serie di limitazioni.

92 In questo punto, N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto nelle società di capitali*, cit., ritiene che sia sufficiente lo svolgimento di attività meramente organizzativa (es. convocazione dell'assemblea) ovvero lo svolgimento di quelle «*funzioni gestorie – decisionali che abbiano rivestito una rilevanza decisiva per le sorti della società*», in posizione di sovraordinazione rispetto agli amministratori di diritto.

93 F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999, p. 252, con orientamento condiviso da Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1396 ss. e in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 167 ss. Tale impostazione ha riscontrato le critiche di F. GUERRERA, *Gestione "di fatto" e funzione amministrativa nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 131, il quale, in merito all'esperibilità delle azioni risarcitorie *ex* artt. 2393 – 2394 c.c. nei confronti dell'amministratore di fatto, sottolinea che se, da un verso, la deliberazione assembleare autorizzativa non può assurgere a condizione di procedibilità dell'azione rispetto all'*extraneus*, radicalmente privo di investitura; dall'altro, costui non potrebbe ritenersi assoggettato al potere *ex* art. 146 l. fall. del giudice delegato di disporre preventivamente misure cautelari a carico degli organi amministrativi e di controllo. L'A. riconduce la figura dell'amministratore di fatto nell'alveo della *negotiorum gestio*, configurando poi gli obblighi e i connessi profili di responsabilità del rapporto di cooperazione attribuibili all'amministratore di fatto: l'obbligo di amministrare con diligenza e nel rispetto dell'interesse sociale, il divieto di agire in conflitto di interessi, il divieto di concorrenza, l'obbligo di conservare l'integrità del patrimonio sociale, l'obbligo di redazione del bilancio. Con riferimento a tali obblighi sostiene che «*il fatto che tali obblighi presentino una rilevanza esterna e che la loro inosservanza sia rafforzata dall'attribuzione dell'azione risarcitoria ai creditori sociali non autorizza di certo il disconoscimento della loro immediara derivazione dal rapporto di cooperazione che lega l'agente alla società, titolare dell'interesse gerito*». Per l'A., tuttavia, la qualificazione del fenomeno dell'amministratore di fatto, in termini di gestione di affari altrui, giustifica soltanto in parte l'estensione degli obblighi e delle responsabilità tipicamente inerenti l'ufficio a carico di soggetti privi di legittimazione organica per cui «*per il resto occorre verificare attraverso il metodo dell'interpretazione teleologica, in relazione alle prescrizioni legali, l'ambito soggettivo di applicazione del precetto e della sanzione che lo accompagna*».

È evidente, infatti, che se la responsabilità dell'amministratore di fatto è una responsabilità da amministrazione della società[94], ai primi va imputata la violazione dei doveri strettamente attinenti alla funzione amministrativa svolta e non la violazione dei doveri legati all'esistenza di una regolare nomina di cui sono formalmente privi[95]. La Cassazione[96], poi, nel confermare il nuovo orientamento, ha riconosciuto che l'individuazione della figura dell'amministratore di fatto presuppone «*che le funzioni gestorie svolte in via di fatto abbiano carattere sistematico e non si esauriscano quindi nel compimento di alcuni atti di natura eterogenea e occasionale*»[97].

6. *La responsabilità per l'esercizio del diritto di voto.*

Cfr. anche N. ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza in tema di amministratore di fatto*, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 199, per il quale l'accostamento fra i due istituti non è configurabile. Ciò perché l'esercizio di fatto delle funzioni amministrative è quasi sempre riferibile al socio di controllo (palese o occulto) dell'ente, il quale viene pertanto ad intromettersi nella gestione degli affari che soltanto «*una visione esasperatamente formalistica della persona giuridica può indurre a ritenere altrui*» e che vengono comunque posti in essere sotto il coessenziale profilo soggettivo, nel sicuro difetto dell'*animus aliena negotia gerendi*; dall'altro, «*se l'amministratore di fatto è considerato dall'ordinamento una situazione intrinsecamente illegittima che il sistema giuridico mira a prevenire, non soltanto operando* ex post *una rigorosa imputazione della responsabilità gestoria, ma altresì intervenendo* ex ante*, favorendone l'espulsione dal sistema; nell'ipotesi* ex *art. 2028 c.c. l'ingerenza dell'estraneo tende a perdere i suoi connotati di illiceità per assumere una valenza positiva*». Pertanto, l'A. relega l'applicazione della *negotiorum gestio* alle sole ipotesi di gestore estraneo alla compagine societaria (o al suo controllo) che abbia operato in un regime di vera e propria vacanza dell'ufficio di amministratore.

94 Per tale definizione, cfr. G. CABRAS, *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino, 2002, p. 70.

95 Cfr. N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto nelle società di capitali*, cit., p. 267.

96 Così cfr. Cass., 14 settembre 1999, n. 9795, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 168 ss. e in *Soc.*, 2001, p. 807 ss.

97 Cfr. App. Milano, 26 settembre 2000, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 168, con nota di M. MOZZARELLI; Trib. Cuneo, 18 dicembre 2001 e App. Torino, 4 maggio 2001, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 1229; infine, Cass., 27 febbraio 2002, n. 2906, in *Giur. it.*, 2002, p. 1424, ove, pur confermando l'accoglimento del nuovo orientamento, la Corte si spinge a riesaminare in chiave critica gli elementi che avevano portato i giudici di merito ad escludere la qualifica di amministratore di fatto e a rivalutare, in tal modo, il materiale probatorio e testimoniale dedotto in giudizio, sul presupposto che l'individuazione della qualifica di amministratore di fatto è pur sempre questione di diritto e, in questo senso, di competenza del giudice di legittimità.

Secondo N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto nelle società di capitali*, cit., p. 263 ss., La teoria dell'amministratore di fatto, nella formula elaborata dalla dottrina e poi accolta dalla Cassazione, indubbiamente si presenta come tecnica più equilibrata rispetto a quella del superamento della responsabilità limitata comportante «*automatico ed indifferenziato supplemento di garanzia*»: essa, pur muovendo, come la teoria della induzione all'inadempimento, dall'esigenza di eliminare aree di impunità degli abusi gestori, consente di scongiurare il rischio di una traslazione dell'insuccesso economico dell'impresa in capo al socio, attraverso l'individuazione di una diversa sanzione (responsabilità risarcitoria) rispetto all'imputazione, presupposti (estensione soggettiva degli obblighi degli amministratori) e conseguenze (danni derivanti casualmente dall'inadempimento dei doveri tipici degli amministratori).

Se le teorie precedentemente delineate sono state elaborate con l'obiettivo di imputare al consociato una corresponsabilità verso i creditori e i terzi per danni riconducibili ad un'attività essenzialmente extraistituzionale di ingerenza gestionale, altri Autori, prima della riforma, avevano chi auspicato[98], chi proclamato[99] la possibilità di sperimentare, non senza obiezioni[100], l'applicazione del rimedio risarcitorio come forma di responsabilizzazione sia interna che esterna[101] del socio (non solo di quello portatore di una partecipazione qualificata), collegata all'esercizio dell'attività deliberativa assembleare[102].

La "responsabilità da voto" trovava, però, due obiezioni di fondo, da un lato, nel c.d. dogma della irrisarcibilità dei pregiudizi derivanti da atti di natura corporativa e, dall'altro, nell'affermazione della sussistenza di un rapporto di reciproca esclusione (esistente prima della riforma) tra la tutela

---

98 Aveva precedentemente esortato ad approfondire la questione del danno subito dalla società o dai soci di minoranza in conseguenza dei comportamenti dei soci di controllo contrastanti con l'interesse sociale o con quello degli altri soci (nella neutralità dell'interesse comune), P.G. JAEGER, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 338. Altro accenno, seppur per profili diversi (deliberazioni approvate o bocciate con il voto determinante del socio assoggettato a sospensione del diritto di voto), alla «*responsabilità verso la società dell'azionista che vota*» si ritrova in G. OPPO, *La sospensione legale del voto nelle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 13 ss.

99 Cfr. D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 3**, 1993, p. 74 ss.

100 Sulla dibattuta questione della configurabilità nel nostro ordinamento di una responsabilità del socio per l'esercizio del diritto di voto, per il passato, in senso positivo, cfr. P. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, p. 184; G. SENA, *Il voto nell'assemblea della società per azioni*, Torino, 1961, p. 404 ss.; F. CHIOMENTI, *La revoca delle delibere assembleari*, cit., p. 208 ss.; F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, cit., p. 420 ss.

Concordi, invece, in tema di esenzione del socio dal risarcimento del pregiudizio arrecato mediante determinazioni in assemblea, *ex multis*, P. ABBADESSA, *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 542 ss.; R. WEIGMANN, *Potere e responsabilità*, cit., p. 220.

101 La forma di responsabilizzazione esterna (verso i creditori sociali) in termini di illecito aquiliano trovava più facilmente una giustificazione sulla base del rilievo che «*le regole di funzionamento della società non possono ostacolare la reintegrazione degli interessi pregiudicati, l'applicazione della responsabilità contrattuale presentava risvolti più problematici in ragione della specialità del diritto societario*». Cfr. F. GUERRERA, *Abuso del voto e controllo di "correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, cit., p. 282; ID., *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 25.

102 Cfr. F. GUERRERA, *Abuso del voto e controllo di "correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, cit., p. 181. La cennata responsabilizzazione in termini risarcitori, in realtà, veniva enunciata nell'ambito di una più ampia trattazione della rilevanza dell'abuso di potere da parte della maggioranza – dannoso per la società e per i soci – quale vizio sostanziale della deliberazione suscettibile di invalidazione ai sensi dell'art. 2377 c.c. e veniva posta dall'A. in termini di "aspirazione del sistema" piuttosto che frutto di un'elaborazione compiuta: essa tuttavia conteneva riflessioni poi acclaratesi "profetiche" sulla configurabilità non marginale, nel sistema societario, del meccanismo risarcitorio come rimedio alternativo all'invalidazione per sanzionare deviazioni "assembleari" risultate dannose nei confronti della società, dei soci o dei terzi.

invalidativa e il rimedio risarcitorio[103].

In primo luogo, la maggior parte delle ricostruzioni dottrinali, collocandosi in una visione meramente procedimentale della delibera[104], affermava tanto il significato prevalentemente organizzativo e strumentale della condotta tenuta dal socio e dalla volontà espressa in assemblea[105] rispetto al risultato del procedimento assembleare, quanto il doveroso riferimento esclusivamente alla disciplina corporativa societaria per l'individuazione dei criteri di valutazione e dei rimedi sanzionatori appropriati. Ed appunto, senza escludere, in linea di principio, che un medesimo fatto potesse esser rilevante tanto sul piano dell'illegittimità che su quello della illiceità[106] (es. il conflitto di interessi *ex* art. 2391 c.c. rilevante sul piano della validità delle deliberazioni consiliari e su quello della responsabilità degli amministratori) che la speciale disciplina societaria, con l'art. 2377 c.c., risolvesse la questione in termini di esclusiva invalidità e inefficacia della delibera e che l'assetto così configurato corrispondesse ad una precisa scelta politica dell'ordinamento di non imporre al socio, oltre al rischio dell'invalidità del voto e della delibera, quello della responsabilità risarcitoria.

L'impostazione tradizionale[107] – per la quale le manifestazioni patologiche del processo decisionale trovavano rimedio soltanto nell'invalidazione dell'atto – era, in realtà, già entrata in crisi quando, con

---

103 Cfr. C. ANGELICI, *Le basi contrattuali della società*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1*, 2004, p. 129 ss., il quale sottolinea infatti che si tratta di stabilire «*se potrebbe essere corretto assumere una prospettiva secondo cui strumento per l'eliminazione dell'eventuale pregiudizio è essenzialmente l'annullamento della deliberazione sicché la sua mancata utilizzazione precluderebbe la tutela risarcitoria mentre per converso, la sua utilizzazione ne eliminerebbe il fondamento stesso: un rapporto, in sostanza, di reciproca esclusione tra l'una e l'altra tutela (e del resto non sarebbe forse azzardato leggere ora in tal senso la peculiare disposizione dell'art. 2404* quater *c.c., nel senso cioè che essa ammette uno spazio per la tutela risarcitoria in quanto preclusa quella dell'impugnativa*»).

104 Per tale concezione, cfr. P. FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all'atto costitutivo*, Milano, 1993, *passim*.

105 Cfr. così G. FERRI, *Le società*, cit., p. 650, laddove «*la volontà sociale non è la somma delle volontà dei singoli voti ma è la volontà che risulta attraverso un certo meccanismo;* […] *la volontà psicologica dei voti non rileva; rileva soltanto il senso in cui il voto è stato prestato*»; nello stesso senso cfr. A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni. Abuso di potere nel procedimento assembleare*, Milano, 1987, p. 325, per il quale «*le deliberazioni, pur illegittime, sono imputate legalmente alla società e non ai singoli votanti, non essendo prevista nella legge vigente a tal fine (cioè l'esperibilità di un'azione del socio nei confronti dell'altro socio) una rilevanza autonoma dei voti rispetto alla deliberazione*».

106 Cfr. C. ANGELICI, *Le basi contrattuali della società*, cit., p. 129 ss., il quale ribadisce, infatti, «*l'eventualità* […] *che la stessa regola assuma un duplice significato, per esempio, organizzativo ed intersoggettivo*».

107 Che appariva, tuttavia, agli autori della teoria della "responsabilità deliberativa" il frutto di una concezione organicistica della società e sembrava scontrarsi con il reale funzionamento dei meccanismi societari nei quali a momenti formali si innestano trame di relazioni e di collegamento fra gli attori sociali e tra questi e la società. Cfr. F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, cit., p. 408 ss.

l'acclamazione "contrattualistica" del fenomeno societario, una parte della dottrina aveva individuato dei limiti interni aspecifici (i c.d. "limiti mobili"[108]), fondati sulla causa societaria e sulle regole di correttezza[109], all'esercizio del diritto di voto, e la giurisprudenza di Cassazione, nel ribadire la persistenza del vincolo contrattuale della società anche dopo la sua costituzione, aveva affermato l'esistenza di un dovere di buona fede e correttezza a carico dei soci, nei confronti della società e nei loro reciproci rapporti[110].

Sulla base di tali presupposti, veniva individuata un'ampia gamma di abusi nei confronti della società e/o dei soci, variamente modulabili, in considerazione della tipologia reale della società e delle circostanze della deliberazione, suscettibili in primo luogo della sanzione invalidatoria. Sul punto, si confermava che nel congegno delineato dal legislatore del 1942 (con gli artt. 2373, 2377 e 2378) lo strumento tipico e prioritariamente indeclinabile di reazione alla violazione delle regole, anche sostanziali, governanti l'esercizio del potere deliberativo, fosse costituito dall'impugnazione[111], mentre residuale rimaneva il ruolo dello strumento obbligatorio.

Tuttavia, sottolineando i limiti giuridico-pratici delle pronunce di invalidazione degli atti societari (quali l'imposizione di un termine di

---

[108] La letteratura giuridica italiana, sulla stregua di quella tedesca, (cfr., per tutti, L. MENGONI, *Appunti per una revisione del conflitto di interessi nelle deliberazioni delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 434 ss., spec. p. 443; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 2001, p. 324) aveva individuato due tipologie di limitazioni al voto, i c.d. divieti di voto, originati da prescrizioni cogenti e puntuali, e i limiti intrinseci del potere di voto, discendenti da principi imperativi di portata generale, specificati e verificati nel caso concreto.

[109] Si ha presente che, diversamente dalle dottrine anglo-americane, volte ad una elaborazione organica di specifici doveri fiduciari (*fiduciary duties*) soprattutto incombenti sul socio di controllo, l'applicazione della buona fede e della correttezza in campo societario ha trovato soltanto alcuni spunti, peraltro già presenti nei contributi classici, cfr. T. ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune di voto*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 163; P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, p. 168 e, in tempi più recenti, in particolare, D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, cit., p. 76 ss.; M. STELLA RICHTER JR., "*Trasferimento del controllo" e rapporti tra soci*, Milano, 1996, p. 231. In chiave, mi pare critica, sulle imprevedibili conseguenze interpretative della regola della correttezza, cfr. A. BASSI, *Correttezza e contratto di società*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 297 ss.

[110] Cfr. Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329 ss., con nota di P.G. JAEGER-C. ANGELICI-A. GAMBINO-R. COSTI-F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, e in *Contr. e impr.*, 1996, p. 1 ss., con nota di F. GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*.

[111] Cfr. F. GUERRERA, *Abuso del voto e controllo di "correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, cit., p. 282, per il quale, con riferimento all'abuso del diritto di voto da parte della maggioranza assembleare, «*l'efficacia dell'atto è parte integrante della potenzialità lesiva degli interessi (della società, dei soci e, di riflesso, dei terzi) protetti dalla norma violata; di modo che non si potrebbe decidere della risarcibilità del pregiudizio – arrecato direttamente attraverso le delibere* self-executing *o indirettamente per il tramite dell'attività esecutiva susseguente posta in essere dagli amministratori – prescindendo dall'attitudine dell'atto ad eliminare gli effetti pratici delle deliberazioni*».

decadenza alla proposizione dell'azione, la limitazione soggettiva all'impugnazione e la diffusa irreversibilità di fatto o giuridica delle modificazioni, introdotte *medio tempore*, dalla deliberazione impugnata[112]), si sosteneva la possibilità di ricorrere allo strumento risarcitorio, almeno, in funzione "complementare ed integrativa" del rimedio invalidativo.

Come si avrà occasione di meglio argomentare nella parte finale del presente lavoro, i tempi sono probabilmente ormai maturi per una rimeditazione delle posizioni appena ricordate e, così, per una differente ricostruzione del sistema.

[112] Sui limiti del rimedio impugnativo già si erano soffermati G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, t. 2, III, Torino, 1993, p. 258 ss.; G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998.

PARTE II
LE FATTISPECIE TIPICHE DI ABUSO DEL POTERE NEL DIRITTO SOCIETARIO RIFORMATO.

Sezione 1 - Le ragioni della tutela dei creditori e la responsabilità del socio che abbia intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi. – 1.1. La responsabilità del socio che abbia intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi. – 1.2. Società e capitale sociale. Il sistema del netto quale vincolo all'agire degli amministratori e dei soci. – 1.3. L'ambito operativo della responsabilità del socio *ex* art. 2476, co. 7, c.c. – 1.4. Le diverse forme di concorso del socio negli atti posti in essere dagli amministratori: le decisioni, le autorizzazioni e le approvazioni. – 1.5. segue: i comportamenti extraistituzionali. – 1.6. Il fondamento della responsabilità. – 1.7. L'applicazione analogica dell'art. 2476, co. 7, c.c. agli azionisti di s.p.a. – **Sezione 2 - L'abuso del potere di gestione nell'attività di direzione e coordinamento di società.** – 2.1. L'attività di direzione e coordinamento prima e dopo la riforma del 2003. – 2.2. Il fenomeno dei gruppi di società nella disciplina dettata dagli artt. 2497 ss. c.c. – 2.3. L'attività di direzione e coordinamento quale manifestazione della libertà d'iniziativa economica. – 2.3.1. Ipotesi di controllo *ex* art. 2359, n. 3), c.c. ed attività di direzione e coordinamento. – 2.4. Il c.d. privilegio di gruppo – 2.5. Interesse di gruppo ed interesse sociale quali formule riassuntive di una disciplina. – 2.6. L'art. 2497, co. 3, c.c. e gli obblighi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. – 2.6.1. I doveri di corretta gestione societaria e imprenditoriale nei confronti dei creditori della società eterodiretta. – **Sezione 3 - L'abuso del finanziamento**. – 3.1. La *ratio* sottesa agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. – 3.2. "Sottocapitalizzazione nominale" e tutela dei creditori tra tecniche *ex ante* e rimedi *ex post*. – 3.3. Il metodo tipologico quale parametro per l'individuazione dell'ambito operativo della disciplina sui finanziamenti soci. – 3.4. L'applicazione della disciplina sul finanziamento soci alla s.p.a. monade. – **Sezione 4 - L'abuso dello schermo societario nell'art. 147, co. 5, l. fall.** – 4.1. Il dato normativo ed il "micro-sistema" del fallimento in estensione. – 4.2. Il diverso criterio di imputazione dell'attività alternativo alla spendita del nome. – 4.3. L'ambito applicativo dell'art. 147, co. 5, l. fall. – 4.4. Il rimedio della nullità del contratto di società. – 4.5. Conclusioni sulla super-società di fatto. – 4.6. Uno strumento anti-abuso atipico: la società apparente.

SEZIONE 1
Le ragioni della tutela dei creditori e la responsabilità del socio che abbia intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi.

1.1. *La responsabilità del socio che abbia intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi.*

Con la riforma del 2003, si diceva, il legislatore ha introdotto, per far fronte ad alcuni dei problemi di cui si è sin qui discorso, norme che in precedenza abbiamo chiamato "anti-abusive".

Una prima disposizione è quella dettata dall'art. 2476, co. 7, c.c. la quale, rappresentando, per la prima volta, il conclamato superamento del dogma della responsabilità limitata dei soci di società di capitali, ha imposto una

"particolare" responsabilità[113] sui soci di s.r.l. che abbiano «*intenzionalmente*

[113] L'affermazione positiva della responsabilità del socio che ha deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi appare il superamento, almeno nell'ambito della disciplina della s.r.l., del principio della (tendenziale) esclusività del rimedio invalidatorio quale strumento di reazione previsto dall'ordinamento per il caso della violazione delle regole organizzative della società e, così, anche il deciso superamento della scelta di politica legislativa volta ad escludere l'impiego del rimedio risarcitorio.

Come già accennato in precedenza, l'affermazione dell'esperibilità del rimedio risarcitorio assume un estremo rilievo rispetto al dibattito sviluppatosi in passato.

Ante riforma, «*nell'ordinamento societario, essenzialmente per una scelta politica di diritto positivo* (cfr. C. ANGELICI, *Le basi contrattuali della società*, cit., p. 128 ss.)*, le regole organizzative della società rilevano* […] *come regole di azione*», incidendo sul piano dell'invalidità piuttosto che sul piano dell'adempimento. Siffatta impostazione, in primo luogo, presupponeva una ricostruzione in termini meramente organizzativi della società di capitali, alla luce della quale la deliberazione perdeva il valore di dichiarazione (propria degli schemi contrattuali) e assumeva rilievo meramente procedimentale. In conseguenza di ciò, il singolo voto risultava annullato nel risultato finale e i comportamenti antigiuridici del votante venivano integralmente assorbiti nei vizi della deliberazione per i quali si escludeva un rimedio diverso dalla invalidità.

L'esclusività del rimedio invalidatorio veniva desunta da una serie di argomenti, di carattere storico e di diritto positivo. In primo luogo, si sosteneva che l'esclusività del rimedio invalidatorio era il frutto di una scelta consapevole, il segno della volontà negativa in merito all'esperibilità del rimedio risarcitorio del legislatore storico, atteso che, nonostante il Progetto D'Amelio del 1925 prevedesse la responsabilità personale dei votanti per le deliberazioni assunte dalla maggioranza in conflitto di interessi con la società, tale soluzione venne scartata nella formulazione finale dell'art. 2373 c.c. A ciò si replicava (cfr. D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, cit., p. 78) che l'argomento della volontà del legislatore storico, come desumibile dai lavori preparatori, non «*è mai decisivo, dovendo soccombere quando il sistema legislativo si è evoluto nel suo complesso sino ad essere governato da principi diversi da quelli originari*» e che (cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 10 ss.) «*plausibilmente è frutto di un atteggiamento di agnosticismo legislativo, ovvero dell'intenzione di non affrontare il problema e di rimetterne la soluzione alla elaborazione degli interpreti e alla sperimentazione del diritto vivente*». Inoltre, l'argomento *a contrario* desunto dall'art. 2391 c.c. (vecchio testo) nel quale si faceva riferimento sia al rimedio invalidatorio sia a quello risarcitorio, si spiegava individuando il significato della responsabilità degli amministratori per le perdite derivate alla società a causa del compimento di operazioni in conflitto di interessi. Se in base all'opinione prevalente, il precetto stabilito dall'art. 2391, co. 2, c.c. appariva un completamento poco significativo della disciplina della responsabilità gestoria, un'altra parte della dottrina ne coglieva le peculiarità coordinandolo con il rimedio invalidatorio. Infatti, mentre l'impugnazione della delibera consiliare potenzialmente dannosa era volta a prevenire il pregiudizio con riguardo alla programmazione dell'attività sociale, l'art. 2391, co. 2, c.c. sanciva, nelle ipotesi in cui l'operazione in conflitto di interessi fosse compiuta, la responsabilità dell'amministratore per il danno subito dalla società: pertanto, il secondo comma si poneva come criterio squisitamente oggettivo di collegamento della responsabilità per causazione del danno volto ad inasprire il trattamento in caso di infedeltà gestoria. Si sosteneva, pertanto che se l'art. 2391, co. 2, c.c. trovava un senso nell'ambito della problematica della responsabilità degli amministratori, l'art. 2373 c.c. da un lato indicava nel rimedio reale la sanzione fondamentale, dall'altra non escludeva l'interferenza del rimedio risarcitorio, opzione questa che non trovava secondo taluni interpreti una giustificazione congrua con gli interessi in gioco e con i principi desumibili dall'ordinamento. Sennonché, soprattutto con riferimento all'art. 2504-*quater* c.c., la stessa dottrina che negava la possibilità di una

deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi», apparendo ispirata dall'intento di impedire, «*tenuto conto delle caratteristiche del tipo societario in questione e della circostanza che nella concreta realtà in esso* [tipo]*, molto spesso, l'effettivo potere di amministrazione non corrisponde all'assunzione della relativa veste formale*», che la mancata assunzione della carica di amministratore «*diventi un facile strumento per eludere la responsabilità che deve incombere su chi la società effettivamente gestisce*»[114].

Orbene, si è desunto dal richiamo alla dicotomia fra veste – titolarità – formale e veste – titolarità – effettiva del potere di gestione il riconoscimento positivo della teoria dell'amministratore di fatto, particolarmente sviluppata dalla letteratura giuscommercialistica dell'ultimo ventennio[115].

Su un piano diverso si pongono coloro che, in ragione delle modificazioni subite in punto di organizzazione e di distribuzione di competenze decisionali in materia di gestione della nuova s.r.l.[116] o anche della considerazione

---

responsabilità risarcitoria ha parzialmente modificato la propria posizione ricostruendo il rapporto tra invalidazione e risarcimento in termini di reciproca esclusione.

114 Cfr. il § 11 della già più volte citata Relazione al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, recante la "*Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative*".

115 Cfr. C. PROTO, *Le azioni di responsabilità contro gli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Soc.*, 2003, p. 1135; E. SPANO, *Prime riflessioni sulla nuova s.r.l.*, in *Soc.*, 2003, p. 1194.

116 Cfr. P. SPADA, *L'amministrazione nella società a responsabilità limitata dopo la riforma organica del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, p. 11 ss.; ID., *Diritto commerciale. II. Elementi*, Padova, 2006, p. 73; G. ZANARONE, *Introduzione alla disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 80; S. AMBROSINI, *sub Art. 2476*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1603 ss.; O. CAGNASSO, *sub Art. 2476*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Padova, 2004, p. 1890 ss.; G. GIANNELLI, *Amministrazione e controllo nella s.r.l.*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di N. Di Cagno, Bari, 2004, p. 201 ss.; A. IRACE, *La responsabilità per atti di eterogestione*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di V. Santoro, Milano, 2003, p. 181 ss., spec. p. 190; EAD., *La responsabilità per atti di eterogestione*, in *Impresa e società. Studi dedicati a Federico Martorano* a cura di A. Bassi, U. Belviso, E. Bocchini, D. Buonomo, F. Di Sabato, G. Laurini, M. Sandulli, Napoli, 2006, p. 195; F. GALGANO-R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Trattato dir. comm. e dir. pubbl. economia* diretto da F. Galgano, Padova, 2006, p. 489; S. PATRIARCA, *La responsabilità del socio gestore di s.r.l.*, in *Soc.*, 2007, p. 1193 ss., spec. p. 1202; P.P. FERRARO, *Le situazioni soggettive del socio di società a responsabilità limitata*, Milano, 2012, p. 255; S. BONORA, *La responsabilità del socio gestore di società a responsabilità limitata*, Milano, 2013, pp. 77-79-181; F. TASSINARI, *sub Art. 2364*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, v. II, t. 1, Padova, 2010, p. 463 ss.; cfr. poi C. ANGELICI, *Note sulla responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 1223 ss.; U. TOMBARI, *La responsabilità dei soci*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe Portale*, Milano, 2011, p. 717 ss.; D.U. SANTOSUOSSO, *Responsabilità del socio di società a responsabilità limitata per gli atti di influenza amministrativa (art. 2476, 7° co., c.c.)*, in *Società, banche e crisi d'impresa.* Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, II, Torino, 2014, p. 1895 ss., spec. p. 1907, che «*il modello societario tipico da cui la norma ha origine, e viceversa ad un tempo che*

fenomenologica e reale della costante intromissione dei soci nella gestione[117], ritengono possa parlarsi di responsabilità del socio gestore.

Altri scrittori, distaccandosi da tale opinione per ultroneità di una norma che disciplini in generale la fattispecie dell'amministratore di fatto, hanno ritenuto di ravvisarne il *proprium* nello strumento risarcitorio – qualificabile, nei termini abbastanza noti, dell'induzione all'inadempimento – efficace per la repressione degli abusi della personalità giuridica da parte dei soci[118].

Altri[119] ancora, invece, pur tenendo conto delle particolari caratteristiche della nuova s.r.l., sono giunti ad affermare che l'art. 2476, co. 7, c.c. possa costituire il definitivo riconoscimento di un principio generale di propagazione della responsabilità risarcitoria ai soci che abbiano dato – con il voto in assemblea – un contributo causalmente adeguato all'attività dannosa (interna od esterna)[120] prodotta dalla società: tuttavia, siffatta responsabilità non troverebbe un'applicazione indifferenziata nei confronti di tutti i soci ma deriverebbe dall'esercizio "abusivo del potere di influenza", connesso alla detenzione di una partecipazione qualificata[121].

---

contribuisce a formare la fisionomia del modello, è radicalmente diverso, e la norma "fuori modello" non avrebbe ragione di esistere».

117 Cfr. M. RESCIGNO, *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, cit., p. 301; S. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina delle società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, p. 286 ss.; C. GRANELLI, *La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma delle società di capitali*, in *Soc.*, 2003, p. 1565 ss.; R. LENER-A. TUCCI, *Decisioni dei soci e responsabilità degli amministratori*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, Bologna, 2003, p. 287 ss.; F. PASQUARIELLO, *sub Art. 2476 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, III, 2005, p. 1976 ss., spec. p. 1978; S. ROSSI, *Deformazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 1060 ss.; F. FERRARA JR. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009, p. 982 ss.

118 Cfr. A. NIGRO, *Le società personali e fallimento*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 330 ss., spec. p. 339 ss.; un riferimento a tale ricostruzione anche in G. PICCININI, *Atti gestori dannosi: "i mobili confini della responsabilità del socio"*, in *Soc.*, 2005, p. 450 ss.

119 Cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 56, spec. nt. 22.

120 In questo senso cfr. Cfr. F. GUERRERA, *ivi*, p. 52. L'Autore individua, nell'ambito di una più ampia riflessione sulla responsabilità deliberativa nelle società di capitali, le tipologie rilevanti di pregiudizio, distinguendole in: *i*) lesione degli interessi esterni alla società, che fanno capo a terzi estranei, a creditori e a contraenti, ivi inclusi i soci quando rivestano tale posizione; *ii*) lesione degli interessi sociali, attinenti alla conservazione del patrimonio ed al perseguimento dello scopo lucrativo comune, riguardato, anche, sotto il profilo della massimizzazione del valore delle partecipazioni; e *iii*) lesione degli interessi individuali dei soci inerenti alla conservazione del valore intrinseco, della qualità giuridica e del peso corporativo delle partecipazioni, nonché alla fruizione dei benefici normalmente connessi alla titolarità delle medesime. Una diversificazione di lesioni siffatta appare essere anche alla base della norma oggetto di analisi come si avrà cura di spiegare nel corso dell'indagine.

121 In particolare, non si ritiene di poter aderire alla tesi di quanti collegano la *ratio* della norma alla rinnovata struttura del tipo s.r.l., in quanto, per quel che ora interessa, non è affatto certo che un'attenuazione dell'organizzazione corporativa effettivamente ricorra o che al socio effettivamente lo statuto riconosca "particolari" diritti di amministrazione. Di talché, se la *ratio* della responsabilità del socio dovesse identificarsi con una "deviazione" dell'assetto statutario dall'organizzazione corporativa, dovrebbe a rigore

Siffatta conclusione viene desunta anche attraverso un'indagine che valorizza la rilevanza dell'attività di direzione e coordinamento in tema di gruppi ai sensi dell'art. 2497 c.c., dalla quale, secondo tale dottrina, emergerebbe una speciale considerazione "qualitativa" della posizione del socio di comando da parte dell'ordinamento, caratterizzata da obblighi e doveri ulteriori rispetto a quelli normalmente riferibili alla qualità di socio[122].

È per tale motivo che si è ravvisata, anzitutto, l'opportunità di volgere lo sguardo alle diverse tecniche – elaborate già prima della riforma, in assenza di una norma esplicita in tal senso – di ampliamento della responsabilità del socio di società di capitali[123], richiamate dai primi commentatori, all'indomani della riforma, alla stregua di necessari punti di riferimento o di utili criteri di interpretazione della disciplina in esame. Tali schemi e le istanze di tutela ivi sottese erano, infatti, ben noti al legislatore quando, in una norma di chiusura, ne ha raccolto probabilmente le fila, facendovi implicito riferimento nella Relazione di accompagnamento.

E, purtuttavia, nessuna delle precedenti impostazioni sembra esser pienamente appagante.

1.2. *Società e capitale sociale. Il sistema del netto quale vincolo all'agire degli amministratori e dei soci.*

Le tendenze del passato mostrano ampiamente che l'affermazione di una responsabilità del socio per i danni cagionati da atti decisori e/o autorizzativi ha incontrato un fondamentale ostacolo nella concezione "corporativa" delle

---

ritenersi che, ove i soci scelgano di organizzare la s.r.l. e poi concretamente osservino un rigoroso assetto corporativo, l'art. 2476, co. 7, c.c. non potrebbe più essere applicato: conseguenza, come si è osservato, non desumibile dalla norma se solo si riflette che, da un lato, nel silenzio dello statuto, la s.r.l. conserva un'organizzazione di tipo corporativo e, dall'altro, riafferma e predilige il rito collegiale sia delle decisioni assembleari, sia di quelle consiliari. Detto in altri termini, non pare corretto dedurre il fondamento della responsabilità dall'eventualità di una scelta statutaria che incrementi le competenze decisionali della collettività dei soci o del singolo membro della collettività, giacché la responsabilità prescinde dal modello di ripartizione delle competenze decisionali concretamente adottato ed è indipendente dall'incremento effettivo di poteri gestori del socio.

Tanto più, se il presupposto della responsabilità del socio nella s.r.l. dovesse individuarsi nella possibile articolazione statutaria di poteri decisori supplementari rispetto a quelli spettanti all'assemblea della s.p.a., non potrebbe giustificarsi il diverso regime della responsabilità stabilita per le autorizzazioni dall'art. 2364, co.1, n. 5, c.c. Si vuole dire che, poiché la legge prevede per entrambi i tipi societari la possibilità che lo statuto richieda il rilascio da parte dei soci di autorizzazioni per il compimento di determinati atti spettanti agli amministratori, una diversità di trattamento tra le autorizzazioni concesse dai soci di s.p.a. e quelle rilasciate dai soci di s.r.l. non appare razionalmente giustificabile: non appare giustificabile cioè che rispondano esclusivamente gli amministratori nella s.p.a.; rispondano, invece, in solido con questi anche i soci nella s.r.l.

122 Cfr. M. RESCIGNO, *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, cit., p. 311.

123 Le tecniche elaborate risultavano fungibili sia alle società per azioni e sia alle società a responsabilità limitata; anzi, ancor più valide nella società a responsabilità limitata dove, vista la tendenziale ristrettezza della compagine sociale e il maggiore interesse dei soci agli affari sociali, più frequenti erano le ingerenze dei soci nella gestione della società.

società capitalistiche. A tale concezione si collegano, infatti, alcune delle principali obiezioni mosse alla configurabilità di un obbligo risarcitorio. Queste, come già discusso, sono identificabili, da un lato, nella rigida distribuzione di competenze tra i diversi organi sociali; dall'altro, nella particolare struttura del procedimento deliberativo e nell'esclusività dei relativi rimedi invalidatori. Tale impostazione, che probabilmente sottendeva l'obiettivo di favorire l'iniziativa economica in forma societaria, si è rivelata insufficiente a tutelare in maniera equilibrata gli interessi di quei soggetti coinvolti nell'attività di impresa ed estranei al gruppo di comando.

Le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali individuate in precedenza, avevano cercato di supplire alla mancanza di riferimenti normativi che disciplinassero tale aspetto, attraverso la predisposizione di strumenti che, per un verso, si sono rivelati angusti nell'indirizzarsi alle più gravi forme di abuso e inefficienti rispetto agli obiettivi da cui originavano; per altro, si sono dimostrati spesso contraddittori nella ricostruzione dei presupposti di applicazione e, infine, inefficaci sul piano processuale e, in specie, probatorio.

La riforma del diritto societario, invece, induce a considerare in una nuova luce i profili di responsabilità connessi al coinvolgimento del socio di società di capitali nei processi decisionali[124] concernenti la gestione e l'organizzazione dell'impresa, e ciò si potrebbe ipotizzare, a prescindere dal tipo societario prescelto[125].

Difatti, la scelta della forma organizzativa societaria (capitalistica, quanto personale) implica in ogni caso l'accettazione, da parte dei soci, della subordinazione del soddisfacimento dei propri interessi rispetto a quelli dei creditori sociali, in quanto, come sostenuto in dottrina, «*il capitale sociale costituisce insomma, sul piano tipologico, il presupposto formale, e proprio perciò ineliminabile, di quella specifica disciplina dello svolgimento e del finanziamento dell'impresa rappresentata dalla società*»[126]. Il riferimento è

---

[124] Parla di «*contributo interno del socio all'azione organica*» F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 3; cfr. anche C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità dei soci nella s.r.l.*, cit., p. 52 ss., il quale sostiene che la norma in analisi vada letta alla luce del valore del procedimento nella formazione degli atti dell'organizzazione. Così «*il carattere organizzativo impresso all'azione prodotta da enti associativi assume rilevanza sul piano dell'analisi delle regole concernenti la ripartizione delle competenze tra organi, e delle relazioni tra le rispettive sfere di competenza. Una prospettiva dalla quale leggere la fenomenologia giuridica è quella incentrata sul concetto di formazione procedimentale della volontà sociale. Nel procedimento è essenzialmente compenetrato un fenomeno organizzativo, nel quale si articola la rete di relazioni tra gli organi dell'ente*».

Sicché, secondo il pensiero dell'A., potrà configurarsi la responsabilità del socio che abbia deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi nei confronti della società, dei soci o dei terzi, quando questi apporti un contributo efficiente al procedimento di formazione dell'atto gestorio, occorrendo a tal fine, per l'appunto, un atto di chiusura del procedimento posto in essere dagli amministratori.

[125] Cfr. G. ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 58 ss., spec. p. 72.

[126] Sicché, prosegue G. FERRI JR., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale*, cit., p. 772, da cui si cita, «*proprio per tale ragione, alla sua abolizione conseguirebbe, necessariamente, il contestuale ed integrale superamento della attuale*

al concetto di capitale[127] inteso quale formula riassuntiva di una disciplina[128], quale, cioè, strumento per l'individuazione della posizione del socio all'interno della dinamica societaria e per la definizione stessa dello *status* di socio (*residual claimant*), rispetto ai creditori (*fixed claimants*). Il capitale individua, in altre parole, il limite oltre il quale il rischio d'impresa non viene

---

configurazione positiva della forma societaria di organizzazione dell'impresa».

Sulle funzioni del capitale e, in particolare, del minimo legale, cfr. G. NICCOLINI, *Il capitale sociale minimo*, Milano, 1981, p. 21 ss.

[127] Per la distinzione tra capitale nominale e reale cfr. G.B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 33 ss.; F. DI SABATO, *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, Milano, 1965 e ristampa del 2005, con presentazione di G. Ferri jr., p. 158 ss.

Secondo M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società per azioni*, cit., p. 48, poi, il capitale nominale è «*luogo concettuale su cui oggettivamente convergono l'interesse dei soci, dei terzi in genere, dei terzi creditori in particolare*», ed è con riferimento ad esso che, «*in ragione della sancita identità con il capitale sottoscritto, risultano unificate e coordinate una pluralità di istanze che altrimenti avrebbero dovuto fare riferimento a differenti realtà*». Prosegue poi l'A. affermando che «*quella cifra rappresenta a un tempo:* a*) la scelta operata dalle parti in ordine ai valori che dovevano essere mantenuti disponibili per il perseguimento degli scopi sociali;* b*) l'ammontare di disponibilità sulla cui esistenza i terzi in genere e i terzi creditori in particolare possono fare affidamento*». E ancora, «*il capitale nominale non può far conoscere nulla di diverso di quanto è capace di esprimere; e ciò che esprime, a ben vedere, non è già, rispetto alle vicende patrimoniali, un "essere", bensì "un dover essere"*», sottolineando nel corso del lavoro monografico come «*la funzione di dover essere del capitale non si esaurisce solo sul piano per così dire quantitativo (corrispondenza tra nominale e netto) ma si manifesta anche sul piano qualitativo (particolare impiego dei valori corrispondenti alla cifra del nominale*» (p. 92).

In vero, come noto, la riflessione della dottrina si è soffermata sull'iscrivibilità dei beni nel bilancio di esercizio e sull'individuazione delle utilità conferibili nelle società azionarie, individuando in un primo momento nel carattere della espropriabilità il parametro per la conferibilità (E. SIMONETTO, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959, p. 243 ss.). Il superamento di tale concezione è dovuta soprattutto a F. DI SABATO, *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, cit., p. 151 ss.; ID., *Il capitale sociale (problemi attuali)*, in *Riv. dir. impr.*, 1989, p. 240 ss.; G.B. PORTALE, *I «beni» iscrivibili nel bilancio di esercizio e la tutela dei creditori nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1969, p. 242 ss.; ID., *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, cit., p. 33 ss.; ID., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., p. 15 ss.; F. FENGHI, *Capitale e oggetto sociale*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 590 ss.; M. MIOLA, *I conferimenti in natura*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1***, Torino, 2004, p. 3 ss., spec. p. 46 ss.; AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, cit., pp. 3 ss. e 37 ss., in cui si evidenzia come il patrimonio dell'impresa sia nel contempo oggetto di gestione produttiva e strumento di garanzia dei creditori, con la peculiarità che i valori futuri prodotti dall'impresa acquistano un rilievo maggiore rispetto ai beni attualmente ricompresi nel patrimonio.

Cfr. poi, con riferimento al previgente assetto normativo e partendo dal presupposto che non fosse possibile rintracciare nel sistema un principio di congruità tra capitale e oggetto sociale, la trattazione monografica di G. NICCOLINI, *op. ult. cit.*, p. 31 ss., ove vengono affrontati i problemi della mancanza iniziale e del venir meno del capitale minimo.

[128] Cfr. G. GIANNELLI, *Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, «corretto» finanziamento della società e tutela dei creditori*, cit., p. 482.

più sopportato dai soci, ma dai creditori[129], fenomeno ricorrente e destinato ad aggravarsi soprattutto in prossimità dello stato di crisi od insolvenza[130].

Si consideri difatti come già l'art. 2740 c.c., nell'esprimere il principio generale di autoresponsabilità nel contrarre obbligazioni, comporti l'implicazione che il patrimonio del debitore (ossia la somma dei propri beni presenti e futuri) sia destinato a soddisfare i creditori, ossia che, in virtù di quella che viene chiamata funzione normativa del patrimonio[131], si verifichi una dissociazione tra titolarità e destinazione dei valori ad esso riferibili, sì da rendere il c.d. attivo funzionale in via prioritaria alla soddisfazione di una massa di debiti, il c.d. passivo[132]. Quando l'attivo superi il passivo, il titolare del patrimonio – il quale ha anche, come evidente, il potere di gestione dei valori che ne fanno parte – sarà incentivato ad operare con diligenza, al fine di appropriarsi di quanto avanzi (patrimonio netto) una volta soddisfatti i creditori[133]. Quando invece, al contrario, il passivo presenti un valore superiore rispetto all'attivo, il debitore/gestore sarà incentivato o a rimanere inerte, poiché il ricavato di tutto ciò che otterrebbe dalla gestione sarebbe non più a lui destinato, ma alla soddisfazione dei creditori; ovvero ad impiegare tutte le risorse residue – destinate, a quel punto, ai creditori – per porre in essere operazioni volte a produrre ricavi tali da riportare l'attivo ad un valore superiore a quello del passivo (cc.dd. *perverse incentives*[134]), con ciò ingenerandosi il pericolo della c.d. *gambling for resurrection*[135]. L'ingresso

---

129 Cfr. G. FERRI JR., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale*, cit., p. 741 ss.; AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, cit., p. 3 ss.

130 Cfr. gli importanti lavori di R. C. CLARK, *The duties of the corporate debtor to its creditors*, in *Harvard Law Review*, 1977, p. 505 ss.; R. KRAAKMAN, *Concluding remarks on creditor protection*, in *EBOR*, 2006, p. 465 ss.; A. ENGERT, *Die Ökonomische Begrundung der Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensfinanzierung*, in *ZGR*, 2004, p. 820 ss.

131 Così AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, cit., p. 3.

132 Cfr. AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, *ibidem*.

133 E quando l'attivo sia maggiore del passivo gli interessi del debitore e dei creditori, tanto come categoria, quanto *uti singuli*, tenderanno a convergere, il primo mirando ad ottenere il maggior valore possibile, i secondi, invece, ad evitare che il valore dell'attivo si riduca al di sotto di quello del passivo, altrimenti venendone intaccato il valore reale del loro credito. A ben vedere, dunque, tanto i creditori, quanto il debitore, avranno interesse a che il passivo non superi l'attivo, i primi, per quanto già si è detto, volendo mantenere inalterata la possibilità di ottenere la restituzione dell'intero loro credito, il secondo mirando a far proprio il disavanzo positivo tra attività e passività. Così ancora AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, *ibidem*.

134 Cfr. D.D. PRENTICE, *Creditor's interests and director's duties*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990, p. 265 s.; A. KEAY, *The director's duty to take into account the interests of company creditors: when is it triggered*, in *Melbourne Universty Law Review*, 2001, p. 315 ss.; P. DAVIES, *Director's creditor-regarding duties in respect of trading decisions taken in the vicinity of insolvency*, in *European Business Organization Law Review*, 2006, p. 301 ss.; G. HERTIG-H. KANDA, *Creditor protection*, in J. ARMOUR-H.B. HANSMANN-R. KRAAKMAN, in AA.VV., *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, cit., p. 71 ss., spec. p. 73 ss.

135 Cfr. G.W. DOWNS-D.M. ROCKE, *Conflict, agency, and gambling for resurrection: the principal-agent problem goes to war*, in *American journal of political science*, 1994, p. 362 ss.; M. MIOLA, *Capitale sociale e tecniche di tutela dei creditori*, cit., p. 365 s.; P.

nello, così come l'avvicinarsi dello, stato di crisi comporta, per qualsiasi impresa fallibile, il progressivo mutamento nella titolarità economica dell'impresa stessa, a causa della, a sua volta progressiva, traslazione del rischio dell'attività sui creditori all'aumentare dello sbilanciamento tra indebitamento ed *equity* del proprietario o proprietari in senso giuridico[136].

A ciò si aggiunga che, per l'impresa organizzata in forma societaria[137], nel c.d. "sistema del netto"[138], risolvendosi in poste ciascuna avente una

---

AGSTNER, *Gli azzardi morali dei soci nelle s.r.l. in crisi*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, 3, *Banche e mercati finanziari – Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Torino, 2014, p. 2477 ss.; C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 181 ss., spec. p. 190.

136 Cfr. L. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, *passim*; F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, p. 1027 ss.; A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum *Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 813 ss., spec. p. 826.

137 La sollecitazione a distinguere tra funzioni del capitale in relazione all'impresa in generale, ovvero all'impresa in forma societaria e, a sua volta, con riferimento alle sole società di capitali (capitale minimo) o a queste e a quelle di persone, è indicata da G. FERRI JR., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale*, cit., p. 741 ss.

138 Inteso secondo F. DENOZZA, *A che serve il capitale? (Piccole glosse a L. ENRIQUES – J.R. MACEY, Creditor versus Capital formation: the case against the European legal capital rules*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 582 ss., come sistema in cui vi deve essere un livello minimo di *surplus* sul passivo dell'attivo, che deve essere formato da cespiti con caratteristiche predeterminate, valutati secondo regole predeterminate.

Il patrimonio netto indica, dunque, il complesso di valori eccedenti quelli assoggettati alla disciplina riassunta dalle restanti voci del passivo dello stato patrimoniale e destinati ai terzi, ed aventi una funzione di produttività e di garanzia, nel senso di essere idonei a permettere lo svolgimento dell'attività d'impresa oltre che a garantire l'adempimento delle obbligazioni contratte.

Cfr. anche M. MIOLA, *Capitale sociale e tecniche di tutela dei creditori*, cit., p. 375, il quale scompone le tecniche di tutela dei creditori in *ex ante* ed *ex post*, le prime, a loro volta, consistono in rimedi reali (come le regole del capitale sociale) ed obbligatori (varie tipologie di doveri addossati agli organi gestori ovvero anche a tutti o ad alcuni soci, e da corrispondenti responsabilità). «*L'obiettivo dei rimedi preventivi consiste nel fissare delle regole e dei limiti, con riguardo alla composizione del patrimonio sociale ed al rapporto tra attività e passività di bilancio, che costituiscono nel loro insieme il c.d. "sistema del netto": la loro funzione è, in via di principio, quella di rinvenire un punto di equilibrio tra la tutela dei creditori e le esigenze di remunerazione dei soci mediante la distribuzione del patrimonio sociale*».

Allo stesso modo, cfr. A. MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, a cura di P. Balzarini-G. Carcano-M. Ventoruzzo, I, Milano, 2007, p. 511 ss., spec. p. 519 s., secondo cui «*le norme che assicurano, da un lato, libertà di scelta di una forma orgnanizzativa con limitazione della responsabilità e, dall'altro, libertà di determinazione del livello di capitalizzazione (mezzi propri) da immettere nella forma organizzativa prescelta hanno natura e funzione di regole* ex ante *di accesso al mercato*» e «*dalla constatazione, tuttavia, della insindacabilità della libertà garantita* ex ante *ai fini dell'accesso non discende affatto che vi sia un'altrettanto illmitata e insindacabile libertà di gestire irresponsabilmente l'impresa fallibile (*rectius*, di gestirla in modo azzardato dietro l'usbergo della responsabilità limitata o comunque della scarsa*

propria funzione e, dunque, una propria disciplina, assume rilievo centrale la posta del capitale sociale[139], la quale rappresenta – sempre, nelle società di capitali e, se non altro quando indicata nel contratto sociale, anche nelle società di persone[140] – alla luce di quanto sin qui detto, i mezzi vincolati dal debitore all'esercizio dell'attività d'impresa e che l'ordinamento impone di non alterare quando possa verificarsi un danno per i creditori, con la precisazione che, sebbene debitore principale sia la società, i mezzi apprestati provengono dai soci, sicché, conseguentemente, anche il valore del patrimonio netto sarà ad essi destinato[141].

In altre parole, la disciplina volta a proteggere l'integrità del patrimonio, quest'ultimo inteso quale garanzia per i creditori sociali, è strettamente correlata a, nonché, nelle società, intrinsecamente dipendente da, quella del capitale nominale, ossia della complessiva somma di valori programmaticamente investita dai soci nell'attività d'impresa[142], e che il

---

consistenza del patrimonio dell'imprenditore), prescindendo dai risultati, in ipotesi negativi, che tale impresa abbia conseguito alla prova dei fatti, cioè sul campo, a seguito dell'esercizio effettivo dell'attività». Una volta cominciata l'attività d'impresa, sarebbe del tutto incongruo per il legislatore non tener conto degli interessi di coloro che entrano in contatto con l'imprenditore, così dovendo bilanciare questi con l'interesse, costituzionalmente garantito (art. 41 Cost.) al libero svolgimento dell'attività imprenditoriale. «*Di questi interessi "altri" rispetto a quello del soggetto che vuole operare come imprenditore il legislatore deve tener conto, enunziando regole, per così dire, di convivenza nel mercato; e comprensibilmente queste regole obbediscono prevalentemente al paradigma del "dover fare" con prudenza e diligenza, che è fonte di responsabilità* ex post *in caso di inosservanza, anziché al paradigma della mera enunciazione dei criteri* ex ante*, grazie ai quali fissare le condizioni di accesso al mercato e quelle di imputazione del (e di esonero dal) rischio di impresa*».

139 Cfr. *supra*, nt.127.

140 Cfr. F. GUERRERA, *Società in nome collettivo*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 938 ss., spec. p. 955 s.; M.S. SPOLIDORO, *Capitale sociale*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 195 ss., spec. p. 212 ss.; ID., *Sul capitale delle società di persone*, in *Riv. soc.*, 2001, I, p. 790 ss.; G. FERRI JR., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale*, cit., p. 741 ss.; G. FAUCEGLIA, *Sulla composizione del capitale sociale e sulla sua funzione nelle società di persone*, in *Modernità e tradizione nel pensiero di Franco Di Sabato*, in *Riv. dir. impr.*, 2011, p. 621 ss.

141 Cfr. A. KEAY, *The director's duty to take into account the interests of company creditors: when is it triggered*, cit., p.313 e, in una prospettiva dinamica, M. CASSOTTANA, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nel fallimento delle società*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento, Trattato* diretto da G. Ragusa Maggiore e C. Costa, Torino, 1997, p. 793 ss., spec. p. 806, il quale osserva come «*quanto più il netto patrimoniale risulta elevato e/o congruo rispetto al volume d'affari, tanto più l'interesse dei creditori può ritenersi soddisfatto anche soltanto in via indiretta ed in misura coincidente con l'interesse dei soci e della società ad un'amministrazione rivolta soprattutto a salvaguardare la capacità di reddito dell'impresa sociale; in fase di contrazione del netto* […] *l'interesse dei creditori a conservare integro il valore residuo degli* assets *patrimoniali per un importo tendenzialmente superiore all'ammontare dei debiti (anche se non ancora liquidi ed esigibili) sembra prevalere sulla garanzia indiretta che per essi potrebbe ancora essere rappresentata nel perseguimento di nuove opportunità di reddito*».

142 Cfr. S. FORTUNATO, *Capitale e bilanci nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 125 ss., spec. p. 134 ss.; M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società*

sistema mostra[143], nonostante la progressiva erosione – ma sarebbe forse meglio parlare di metamorfosi – dell'istituto del capitale, di continuare a riconoscere come vincolo di destinazione idoneo ad impedire una traslazione del rischio d'impresa in capo ai creditori[144].

Se così è, sembra congruo ritenere che nel nostro ordinamento emerga un obbligo, tanto per gli amministratori nella gestione della società – e si veda quanto si dirà nel prosieguo del lavoro sulle clausole generali volte ad imporre *standard* di condotta[145] –, quanto per i soci nel finanziamento dell'impresa, al rispetto dei vincoli imposti dalla disciplina del capitale, ed in particolare alla conservazione dei valori destinati a fungere da garanzia per i creditori sociali, prima che essi possano essere distribuiti o restituiti ai soci stessi[146]. Tali norme

---

per azioni, cit., p. 72 ss., sicché – e ciò sarebbe ricavabile, a tacer d'altro, dalla portata sistematica dell'art. 2353, co. 2, c.c. – è corretto affermare che la determinazione dell'importo del capitale precede la quantità dei conferimenti necessaria; sono i conferimenti a dipendere dal capitale e non viceversa, in quanto il capitale rappresenta il valore in termini monetari dei conferimenti dei soci. Così anche G. GIANNELLI, *Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, «corretto» finanziamento della società e tutela dei creditori*, cit., p. 482, ma cfr. anche V. BUONOCORE, *La società a responsabilità limitata*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, p. 152; P. SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla "nuova" società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 489 ss., spec. p. 496; R. ROSAPEPE, *Appunti su alcuni aspetti della nuova disciplina della partecipazione sociale nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 479 ss., spec. p. 482; M. STELLA RICHTER JR., *Di alcune implicazioni sistematiche nella introduzione di una nuova disciplina per le società a responsabilità limitata*, in *Giust. civ.*, 2004, II, p. 11 ss., spec. p. 14; ID., *La società a responsabilità limitata. Disposizioni generali. Conferimenti. Quote*, in Aa.Vv., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2012, p. 287 ss.; E. GINEVRA, *Conferimenti e formazione del capitale sociale nella costituzione delle s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 102 ss., spec. p. 111.

143 Cfr. G. DELL'ATTI, *Brevi note sull'applicabilità "in quanto compatibile" della disciplina della riduzione del capitale nella s.r.l. alla s.r.l. a capitale ridotto e alla s.r.l. semplificata*, in *Il ruolo del capitale tra regole bancarie e disciplina societaria*, a cura di A. Dell'Atti, G. Giannelli, Milano, 2012, p. 93 ss.; G. GIANNELLI, *Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, «corretto» finanziamento della società e tutela dei creditori*, cit., p. 481.

144 Cfr. C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 177 ss.; F. D'ALESSANDRO, *L'inutil precauzione? (Ovvero: dell'insolvenza come esternalità e della funzione profilattica del capitale)*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, p. 343 ss.;

145 Può al momento esser sufficiente richiamare il pensiero di P. MONTALENTI, *Operazioni straordinarie e* business purpose *tra diritto interno e profili comparatistici*, intervento al Convegno *L'abuso del diritto in materia tributaria e gli istituti del diritto civile e commerciale* tenutosi a Roma il 4 novembre 2016, il quale riconosce quale tendenza sistematicamente rilevante nel diritto dell'impresa il ricorso del legislatore a clausole generali "speciali", quali l'adeguatezza (art. 2381, co. 5, c.c.) corretta amministrazione (art. 2403 c.c.), conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale (art. 2486), ragionevolezza del conferimento (art. 2467 c.c.), corretta gestione societaria ed imprenditoriale (art. 2497 c.c.), sostenibilità dell'operazione di MLBO (art. 2501-*bis* c.c.), fattibilità del piano oggetto della proposta concordataria o dell'accordo di ristrutturazione (artt. 162 e 182-bis l. fall.), imperniate sul concetto di ragionevolezza economica dell'atto o dell'operazione.

146 Cfr. G. FERRI JR., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale*, cit., p. 765 s.; S. SERAFINI, *L'azione sociale di responsabilità e la responsabilità verso i*

assumerebbero, così, la funzione di vere e proprie *Schutznormen*[147], tese ad orientare, in uno con le clausole generali di cui più oltre si dirà, l'operato di chi (anche di fatto o indirettamente) gestisce l'attività d'impresa anche nei rapporti con i terzi, segnando il confine tra responsabilità patrimoniale e responsabilità gestoria[148], così solo, inoltre, assolvendo alla funzione loro assegnata dal diritto comunitario di tutela (e di garanzia) dei creditori[149].

Con particolare riferimento alla disciplina dettata dall'art. 2476, co. 7, c.c., propendendo per un metodo ermeneutico che guardi, come detto, ai concetti tipologici della realtà piuttosto che fermarsi al rigido dato formale (e strutturale), ci si sente di poter affermare che, nell'affannato tentativo di segnare il confine tra "autonomia d'impresa" e tutela dei terzi, il legislatore si sia ispirato all'idea che, nelle società di modeste dimensioni e a ristretta compagine sociale (qual è, nella mente del nomoteta, la s.r.l., con ciò però non escludendosi che simili caratteristiche possano ricorrere anche per la s.p.a.), vi siano soci – tendenzialmente soci imprenditori – in grado di autotutelarsi come anche creditori[150] "finanziari", capaci di trovare tutela

---

creditori, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 849 ss., spec. p. 887 ss.; EAD., *Responsabilità degli amministratori e interessi protetti*, Milano, 2013, p. 78 ss.; F. VESSIA, *La responsabilità per la gestione nelle società di persone*, cit., pp. 72 ss. e 83 ss.

147 Così C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 175 ss.

148 Distinzione, in vero, non sempre correttamente valorizzata in dottrina (G. AULETTA, *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, 2001, p. 45 ss.; F. GALGANO, *Degli amministratori di società personali*, Padova, 1963, p. 49 ss.; V. BUONOCORE, *Fallimento e impresa*, Napoli, s. d. ma 1969, p. 69 ss.; F. DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973, p. 54 ss.; A. BORGIOLI, *I direttori generali di società per azioni*, cit., p. 344 s.; ID., *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, p. 284; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., p. 77), ma oggi, ad avviso di chi scrive, non più revocabile in dubbio. Cfr. A. MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, cit., p. 522 ss.; ID., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., p. 823 ss.; F. VESSIA, *La responsabilità per la gestione nelle società di persone*, cit., p. 13 ss.

149 Non bisogna dimenticare come i Considerando nn. 3 e 5 della Direttiva 2012/30/UE, che ha sostituito la Seconda direttiva comunitaria in materia di società (Dir. 77/91/CEE), attribuiscano al capitale una funzione di garanzia per i creditori e richiedano, «*per assicurare l'equivalenza minima della protezione degli azionisti e dei creditori delle società*», il coordinamento delle disposizioni nazionali riguardanti la loro costituzione nonché la salvaguardia, l'aumento e la riduzione del capitale delle società per azioni, oltre a norme che vietino indebite distribuzioni di utili agli azionisti e che limitino la possibilità di una società di acquistare azioni proprie.

150 Tale circostanza è soprattutto oggi riconducibile al fenomeno che è stato efficacemente definito come la parabola "discendente" del capitale sociale, tanto nella s.r.l., quanto nella s.p.a. (ove l'art. 20 del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito in legge dalla L. 11 agosto 2014, n. 116, ha modificato l'art. 2327 c.c. riducendo il valore minimo del capitale sociale nella s.p.a. dai precedenti centoventimila agli odierni cinquantamila euro). Cfr., per il momento, G. GIANNELLI, *Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, «corretto» finanziamento della società e tutela dei creditori*, cit., p. 479 ss.; G.B. PORTALE, *La parabola del capitale sociale nella s.r.l. (dall'«importancia cuasi sacramental» al ruolo «di ferro vecchio»?)*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 815 ss.; F. BRIOLINI, *Capitale sociale e metamorfosi della tutela dei creditori nel diritto societario più recente*, cit., p. 144 ss.

Si consideri difatti che, sebbene le regole sul capitale e sui conferimenti non abbiano

nelle specifiche garanzie reali offerte dalla società, o maggiormente nelle garanzie reali o personali prestate dai soci e di verificare il mantenimento di tali garanzie attraverso un continuo monitoraggio anche sulla gestione dell'impresa: analogo discorso, certo, non vale per i cc.dd. creditori deboli o involontari.

Assumendo quale parametro di riferimento il concetto tipologico del socio c.d. imprenditore, si è persuasi del fatto che la norma in analisi, specialmente se letta in combinato disposto con le altre norme antiabusive, faccia derivare una responsabilità del socio dal suo intenzionale apporto ad

---

mai rappresentato per i creditori una tutela effettiva, ma solo residuale (e ciò tanto per le s.r.l., quanto per le s.p.a.), esse hanno purtuttavia storicamente rappresentato un freno all'abuso, sempre pregiudizievole per i creditori sociali, del beneficio della responsabilità limitata. Tali regole, per vero, contribuiscono non tanto direttamente all'attuazione del diritto di credito, ma soprattutto quale strumento capace di indurre i soci ad iniziative imprenditoriali "ragionate", ad una gestione corretta che, evitando la distruzione degli elementi investiti, favorisca la redditività e tuteli indirettamente i creditori sociali. Per i termini del dibattito si rinvia a M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società per azioni*, cit., *passim*; G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate*, cit., p. 3, ove ulteriori riferimenti.

Con particolare riferimento alla s.r.l., si è osservato (cfr. G.B. PORTALE, *Profili dei conferimenti in natura nel nuovo diritto italiano delle società di capitali*, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 1664) che anche le norme c.d. imperative della s.r.l. poste vieppiù a protezione dei terzi (e s'intende qui far riferimento, ad esempio, alla disciplina dei conferimenti) sono scevre da critiche da parte della dottrina, atteso che nell'opera compiuta dal legislatore delegato, in un'ottica di semplificazione dei procedimenti e di eliminazione degli orpelli normativi incongrui e dei vincoli comunitari non obbligatori per tale tipo di modello societario (diversamente per la società per azioni, con riferimento particolare alla disciplina del capitale sociale, peraltro, la nota polemica in tema di capitale sociale, iniziata da L. ENRIQUES – J.R. MACEY, *Creditor versus Capital formation: the case against the European legal capital rules*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 78; le critiche di F. DENOZZA, *A che serve il capitale? (Piccole glosse a L. ENRIQUES – J.R. MACEY, Creditor versus Capital formation: the case against the European legal capital rules*, cit., p. 585; e le repliche di L. ENRIQUES, *Capitale sociale, informazione contabile e sistema del netto: una risposta a Francesco Denozza*, in *Giur. comm.*, I, 2005, p. 607 ss.), risulta dimenticata la condizione di garanzia dell'effettiva formazione del capitale sociale (art. 3, commi 2 e 4, L. 3 ottobre 2001, n. 366) laddove non sia stato previsto, ad esempio, un procedimento di revisione della relazione giurata di stima, rilievo ancora più problematico se il conferimento in natura non avviene al momento della costituzione della società (dove è assai improbabile che l'esperto venga nominato autonomamente dal socio conferente senza l'accordo degli altri soci) ma in esecuzione di un successivo aumento di capitale, adottabile con la sola maggioranza dei soci. Analogo atteggiamento critico in G.B. PORTALE, *I conferimenti nella società a responsabilità limitata*, in *Parere collettaneo allo schema del decreto delegato di riforma*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 1505 ss.

Con più generale riferimento alla conciliazione poi tra l'ampliamento dell'autonomia statutaria e la riduzione del grado di imperatività della disciplina della s.r.l., da un lato, e regole «*in tema di formazione e conservazione del capitale*», dall'altro, cfr. M. MIOLA, *Capitale sociale e conferimenti nella "nuova" società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 658; C. AMATUCCI, *Ancora un capitale per la s.r.l.? Sincerità del legislatore tra tutela dei creditori e «rarefazione» dei conferimenti*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1427, il quale conclude per l'inefficacia e l'incoerenza della innovativa disciplina dei conferimenti nella s.r.l. con la complessa impalcatura normativa, rimasta pressoché inalterata, del capitale sociale (posto anche a tutela dei creditori sociali).

un abuso gestorio commesso dagli amministratori. Sicché, la disciplina dettata dall'art. 2476, co. 7, c.c. risulterà estesa tanto a tutte le ipotesi in cui i soci siano chiamati a decidere o autorizzare il compimento di atti dannosi, senza alcuna distinzione tra le deliberazioni a contenuto immediatamente gestorio e le deliberazioni di stampo organizzativo[151] o modificative del contratto sociale, quanto nel caso in cui l'ampliamento delle competenze della collettività dei soci abbia natura meramente eventuale (*i.e.* tipologicamente inessenziale).

1.3. *L'ambito operativo della responsabilità del socio* ex *art. 2476, co. 7, c.c.*

Si diceva in precedenza che parte della dottrina ha individuato il presupposto applicativo della disposizione in analisi nella particolare conformazione del tipo societario prescelto dal legislatore come *corpus* normativo destinato ad ospitarla[152].

---

[151] La tendenza diffusa tra gli interpreti è quella di applicare l'art. 2476, co. 7, c.c. anche alle delibere che tradizionalmente sono qualificate come funzionali, oltre che di estendere l'applicazione della norma anche alla s.p.a. «*in quanto non dipendente dall'identità tipologica della s.r.l. ma dal principio generale di responsabilità per fatto proprio*». Così cfr. M.S. SPOLIDORO, *Fusioni pericolose (merger leveraged buy out*), in *Riv. soc.*, 2004, p. 229 ss., in particolare pp. 272-273, per il quale tale norma è applicabile, se l'acquirente del controllo è una s.r.l., nei confronti dei soci che hanno organizzato il *leveraged buy out*, soprattutto del socio di controllo che ha votato per l'operazione, consapevole dell'insincerità, falsità, erroneità del piano dell'operazione.

Oppure cfr. M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, p. 308 ss. L'utilizzo da parte dell'A. della norma in discussione si inquadra nella particolare ricostruzione da questi prospettata sulla necessità ed obbligatorietà in capo agli amministratori di creare in ogni società di capitali, ivi compresa la s.r.l., assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alle dimensioni ed alla natura della singola società. Se nella s.p.a. la valutazione e l'approvazione in merito a tali assetti sono rimesse al C.d.a. in base all'art. 2381 c.c., nella s.r.l., anche quando non si ritenga applicabile analogicamente la delega di funzioni, la cura sugli assetti è rimessa agli amministratori in "attività di carattere tecnico", la valutazione dell'adeguatezza può essere rimessa alla collettività dei soci: «*in tal caso, peraltro, scatterà a loro carico il meccanismo della responsabilità sancito dall'art. 2476, comma 7, c.c.*».

[152] Cfr. gli Autori citati *supra* alle ntt. 116 e 117, cui *adde* M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, in AA. VV., *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibba e G. Marasà, *Le decisioni dei soci. Le modificazioni dell'atto costitutivo*, vol. IV, Padova, 2009, p. 5; N. ABRIANI-M. MALTONI, *Elasticità organizzativa e riparto di competenze nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata e diritto dei soci di avocare decisioni gestorie: sulla derogabilità dell'art. 2479, 1° comma, cod. civ.*, in *Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 6005/I*, 2006, p. 2 ss.; G. ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, cit., p. 76; F. MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, in AA.VV., *La riforma della società a responsabilità limitata*, a cura di C. Caccavale-F. Magliulo-F. Tassinari, Milano, 2004, p. 254; F. TASSINARI, *sub Art. 2364*, cit., p. 463; P.P. FERRARO, *Le situazioni soggettive del socio di società a responsabilità limitata*, cit., pp. 123 s., 255; N. ABRIANI, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano, 2012, p. 332, secondo i quali, a fronte del riconoscimento di una maggiore autonomia organizzativa, che si concretizza specialmente nell'assenza di limiti

Va *in limine* osservato come il modello organizzativo della s.r.l. possa essere studiato, in una prospettiva epistemologica, riconducendolo a due distinti piani: quello legale[153] e quello convenzionale. Quanto al primo, la

invalicabili nella distribuzione di competenze tra assemblea ed amministratori, si sarebbe ricercata una tutela (e dunque, un contrappeso) nella responsabilità dei soci.

Secondo un'impostazione più radicale (cfr. S. BONORA, *La responsabilità del socio gestore di società a responsabilità limitata*, cit., pp. 77, 79, 181), per il tramite dell'art. 2476, co. 7, c.c. si sarebbe addirittura inteso legittimare ed istituzionalizzare, nelle imprese di minori dimensioni, un potere di eterodirezione in capo ai soci, il quale si tradurrebbe nella costante partecipazione degli stessi alla gestione della società.

153 Oltre alle materie riservate alla competenza dei soci dall'art. 2479, co. 2, c.c., ve ne sono, secondo R. VIGO, *Decisioni dei soci: competenze*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, pp. 455, 463 ss., cinque riservate loro in base ad altre disposizioni di legge – *i*) autorizzazione agli acquisti pericolosi ex art. 2465, co. 2, c.c.; *ii*) revoca dei sindaci la cui nomina sia obbligatoria per legge ed esercizio dell'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 2477, u.c., c.c.; *iii*) rinunzia e transazione dell'azione di responsabilità contro gli amministratori ai sensi dell'art. 2476, co. 5, c.c.; *iv*) decisione sul veto posto dal singolo amministratore in caso di amministrazione disgiuntiva sulla base del combinato disposto degli artt. 2475 e 2257 c.c.; *v*) provvedimenti relativi alla liquidazione – ed otto riservate loro implicitamente – *i*) la revoca degli amministratori; *ii*) la revoca dei sindaci e del revisore la cui nomina è obbligatoria per legge; *iii*) l'esercizio dell'azione di responsabilità sociale contro gli amministratori; *iv*) l'esercizio dell'azione contro i soci *ex* art. 2476, co. 7, c.c.; *v*) decisione sulla vendita della quota sottoposta ad espropriazione; *vi*) impugnativa dei contratti stipulati dal rappresentante in conflitto di interessi; *vii*) l'azione di annullamento dei contratti conclusi dagli amministratori in conflitto di interessi; *viii*) l'autorizzazione all'acquisto di azioni della società controllante.

È discusso poi se, in mancanza di indicazioni statutarie, siano rimesse alla competenza dei soci: *i*) la decisione di esclusione ai sensi dell'art. 2473-*bis* c.c. (per la tesi affermativa, cfr. N. SALANITRO, *Profili sistematici della società a responsabilità limitata*, Milano, 2005, p. 64; P. PISCITELLO, *Recesso ed esclusione nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, p. 715 ss., spec. p. 739; M. CIAN, *L'esclusione del socio*, in *S.r.l. Commentario. Dedicato a Giuseppe Portale*, Milano, 2011, p. 498 ss., spec. p. 507; G. M. MICELI-G.A.M. TRIMARCHI, *Limiti all'autonomia statutaria nella s.r.l. in tema di esclusione per giusta causa e di obblighi dei soci tra silenzio ed ermetismo legislativo*, in *Riv. not.*, 2007, II, p. 459 ss., spec. p. 464. *Contra*, cfr. O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. V, Padova, 2007, p. 173); *ii*) la valutazione del gradimento sull'aspirante cessionario della quota, quando il trasferimento sia limitato ai sensi dell'art. 2469 c.c. dalla previsione di una clausola di gradimento (per il caso in cui, in seguito all'esercizio del diritto di recesso di cui all'art. 2473 c.c. la quota del socio receduto venga collocata presso un terzo, il gradimento deve essere concordemente espresso dai soci, così M. PERRINO, *La rilevanza del socio nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 810 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Il recesso del socio di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 291 ss.; P. PISCITELLO, *Riflessioni sulla nuova disciplina del recesso nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 518 ss.; ID., *Recesso ed esclusione nella s.r.l.*, cit., p. 734); *iii*) la decisione di emettere titoli di debito, quando ne sia prevista la possibilità da parte dello statuto ma senza che sia stato indicato a chi spetti la competenza decisionale (così cfr. O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., p. 356; *contra* cfr. M. STELLA RICHTER JR., *Titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 987 ss., spec. p. 991 s.; propende invece per una competenza concorrente ed alternativa I. DEMURO, *Alcune osservazioni sui titoli di debito nelle società a responsabilità limitata*, in *Giur. civ.*, 2004, II, p. 519 ss., spec. p. 523, nt. 19; secondo

disciplina legale della s.r.l. è connotata dalla presenza di norme in prevalenza suppletive o dispositive, oltre che dalla funzione residuale della competenza degli amministratori – profilo, quest'ultimo, che caratterizza anche la s.p.a. (art. 2380-*bis* c.c.) –; quanto al secondo, l'autonomia statutaria trova ampio spazio nella conformazione di modelli convenzionali[154], così potendosi significativamente spostare il baricentro del potere decisionale a favore dei soci attraverso il riconoscimento di particolari diritti ad amministrare (art. 2468, co. 3, c.c.), ovvero tramite l'introduzione di clausole statutarie che rimettano alla decisione di singoli, ovvero della collettività dei soci, un ventaglio (più o meno ampio) di competenze gestorie (art. 2479, co. 1, c.c.). A ciò si aggiunga che, ai sensi dell'art. 2479, co. 1, c.c., sarà sempre possibile per tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale, o per uno o più amministratori, sottoporre all'approvazione dei soci argomenti attinenti alla gestione dell'attività d'impresa.

Il tema diviene, dunque, quello di comprendere in relazione a quali ipotesi possa operare la responsabilità dei soci disposta dall'art. 2476, co. 7, c.c., se solo per atti di gestione ed organizzativi[155] rimessi alla loro competenza per mezzo degli strumenti appena richiamati, ovvero se anche per ipotesi diverse

---

N. SALANITRO, *ivi*, p. 41 s., ove manchi l'indicazione nello statuto di chi sia competente a decidere sull'emissione, questa non potrebbe avvenire).

154 Il medesimo processo di ampliamento dell'autonomia negoziale dei soci è stato, come noto, da tempo avviato, con riferimento a tipi societari corrispondenti o assimilabili alla nostra società a responsabilità limitata, in tutti i principali Paesi europei e non, come la Germania, con la *Gesellschaft mit beschrankter Haftung* (secondo il § 45 del *GmbH* tedesco, i poteri dei soci nella sfera della società, con particolare riferimento alla gestione dell'impresa, sono stabiliti dall'atto costitutivo, salvo diversa disposizione di legge, con una radicale inversione della contrapposta regola di rigidità valida per la società azionaria dove le disposizioni di legge sono statutariamente derogabili solo se espressamente consentito secondo il § 23 *AgtG*); la Gran Bretagna già con la *private company* (la s. 115 del *Company Act* del 1989 consente che una *elective resolution* approvata da tutti i soci di una *private company* dispensi quest'ultima dall'osservanza di importanti oneri), e poi con la *limited liability partnership*, nata come società tra professionisti (il *Limited Liability Partnership Act* del 2000 e le relative *Regulations* del 2001 prevedono, tra le disposizioni di *default*, la diretta spettanza ai soci del potere di amministrare); la Francia con la *sociètè par action simplifièe* (aperta, dopo la *loi* 12.7.1999, n. 99-596, alla partecipazione di qualsiasi persona, fisica o giuridica, ed affidata in materia di gestione e di procedimenti gestionali pressoché totalmente all'autonomia statutaria, ai sensi degli artt. L. 227-8 e L. 227-10 *Code de commerce*); gli Stati Uniti con la *close corporation* (il cui atto costitutivo è autorizzato dalle ss. 351 e 354 del *General Corporation Law* del *Delaware* ad affidare direttamente l'amministrazione ai soci e a regolare l'organizzazione interna come se si trattasse di una *partnership*) e, pur con le peculiarità del caso – in quanto trattasi di ente non personificato a responsabilità limitata – con la *Limited liability company* (l'*Uniform Limited Liability Company Act*, al § 301, consente ai soci di scegliere se adottare un sistema di amministrazione accentrata affidata al *management* (composto anche da non soci) od uno di amministrazione decentrata che delega disgiuntamente il potere gestorio e rappresentativo a tutti i soci.

Sull'evoluzione della disciplina statunitense, si veda, in particolare, G. PERONE, *"Limited liability companies" e "Limited liability partenerships" negli USA*, in *Anal. Giur. Econ.*, cit., p. 461 ss.

155 Cfr. *supra*, nt. 124.

e, si potrebbe dire, atipiche, di modo, in un secondo momento, da poter valutare se sia possibile un'estensione analogica della norma anche agli azionisti di s.p.a.

Per far ciò, bisogna però preliminarmente sciogliere alcuni nodi interpretativi.

Il punto di partenza è rappresentato dal dato letterale, ove vien detto, da un lato, che quella dei soci è una responsabilità solidale[156] (*idem debitum*) rispetto a quella gestoria («*ai sensi dei precedenti commi*», ossia per *mala gestio*) degli amministratori (*eadem causa obligandi*)[157]; dall'altro che la responsabilità sussiste in relazione ad "atti" compiuti dagli amministratori e "decisi" od "autorizzati" dai soci.

La sollecitazione che ne deriva è che la disposizione assuma quale sostrato implicito una concezione dell'*iter* decisorio in termini di "procedimento"[158], e che l'apporto del socio rilevante ai fini dell'attribuzione di responsabilità si traduca nell'apporto, in qualsiasi forma manifestatosi, ma pur sempre "intenzionale"[159], alla fase di programmazione (o pianificazione)

---

156 L'applicazione della disciplina delle obbligazioni solidali comporta, quindi, in estrema sintesi, da un lato, che il danneggiato possa pretendere l'adempimento dell'obbligazione risarcitoria per la totalità da ciascuno dei coobbligati e ottenere la riparazione dell'intero danno subito; dall'altro, che l'adempimento di uno ha effetto liberatorio verso gli altri, salvo il diritto di regresso nei rapporti interni del soggetto costretto ad adempiere secondo i criteri indicati dall'art. 2055 c.c.

157 Tuttavia, mentre nelle ipotesi di responsabilità aquiliana il danno è pacificamente fonte di responsabilità, tant'è che, in sua assenza, seguono altre forme di tutela (inibitoria), in ambito contrattuale è discusso se l'inadempimento determini una nuova obbligazione (risarcitoria), ormai estintasi quella originaria, ovvero – ed è la tesi prevalente – un mutamento dell'oggetto del rapporto: dalla prestazione iniziale a quella succedanea risarcitoria, atteso che il vincolo si estingue solo di fronte ad una impossibilità non imputabile (art. 1256 c.c.).

158 Ma a monte, secondo C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 378, «*guardando alla realtà dell'impresa, al modo in cui concretamente si svolge la sua "gestione", diviene possibile distinguerla concettualmente in tre momenti: quelli che potremmo convenzionalmente denominare di* programmazione e indirizzo*, di* amministrazione *in senso stretto e di* controllo*; con l'eventualità che, a seconda della sua forma organizzativa e delle sue esigenze concrete, tali momenti assumano una diversa rilevanza formale ed un differente significato*».

Secondo A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni. Abuso di potere nel procedimento assembleare*, cit., p. 140 ss., la tecnica di formazione dell'azione giuridica è sempre strumentale all'attuazione di un principio generale di correttezza, e le regole che orientano la sequenza nella quale si estrinseca il risultato dell'autonomia privata – secondo SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 28 ss. – ricavano la loro giustificazione dalla normativa dedicata al vincolo di correttezza.

159 Con riferimento all'elemento psicologico, il problema giuridico che si pone all'interprete consiste nel mettere a sistema l'intenzionalità richiesta ai fini dell'applicazione dell'art. 2476, co 7, c.c. con altre norme in cui sia altresì indicato l'elemento intenzionale (artt. 1993, 2384, 2475-*bis* c.c.), al fine comprendere se essa debba essere intesa come semplice consapevolezza, o come conoscenza e volontà (*animus nocendi*). Una prima opinione, seguendo l'ordine letterale delle parole scandito dall'art. 2476, co. 7, c.c. (sono responsabili *i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi*), ha affermato che

dell'atto che sarà poi posto in essere dagli amministratori.

Inoltre, per quanto detto in precedenza sulla figura dell'amministratore di fatto, l'ingerenza rilevante ai sensi dell'art. 2476, co. 7, c.c. non potrà che essere un'ingerenza sporadica, nel singolo (o in più singoli) atto(i) gestori(o)[160] – in analogia, a ben vedere, con quanto accade per il socio accomandante che, ai sensi dell'art. 2320 c.c., abbia violato il divieto di immistione[161] –, altrimenti dovendosi applicare la disciplina disposta dal

---

l'intenzionalmente, poiché riferito alla decisione o all'autorizzazione, finisce per essere pleonastico ed inutile ai fini dell'interpretazione dell'ambito di applicazione della fattispecie, poiché, tranne per l'incapace, ogni decisione o autorizzazione deve ritenersi sempre intenzionale. Se un significato – si sostiene ancora – volesse attribuirsi, sarebbe l'invito all'interprete qualificato a valutare rigorosamente la reale condivisione dell'atto, nel senso che «*non basterà una pacca sulla spalla ma la consapevole partecipazione alla scelta decisionale o autorizzativa*». Cfr. in tal senso M. RESCIGNO, *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, cit., p. 306 ss.; S. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 305; A. PICCIAU, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, in F. FARINA-C. IBBA-G. RACUGNO-A. SERRA, *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretativa*, Milano, 2004, p. 229 ss., spec. p. 275; S. ROSSI, *Deformazione delle funzioni gestorie e perimetro delle responsabilità della s.r.l.*, cit., 1069.

Secondo altra – preferibile – tesi, l'elemento soggettivo dell'illecito assumerà almeno la forma del dolo generico o eventuale, richiedendo la mera consapevolezza o l'accettazione del rischio, in capo al socio che decide o autorizza, delle possibili conseguenze pregiudizievoli della propria azione nei confronti della società, degli altri soci, dei creditori e dei terzi. Così Cfr. A. IRACE, *La responsabilità per atti di eterogestione*, cit., p. 190; F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 365-366, 376, per il quale in questo caso «*la violazione del dovere di correttezza nei confronti dei soci che inficia la validità dell'atto societario, deriva, infatti, nella specie, dal perseguimento deliberato dell'obiettivo pregiudizievole per quanti si oppongono al gruppo di comando*», senza richiedere il requisito dell'unica finalità fraudolenta; S. ROSSI, *Deformazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, cit., p. 1069, per la quale l'intenzionalità verrebbe in rilievo soprattutto nelle ipotesi di comportamenti tipici e diversi dall'assunzione diretta della decisione o dalla sua espressa autorizzazione, sostanziandosi «*nella consapevolezza e nella piena informazione circa le caratteristiche dell'atto e in una conferma di tutto ciò che il compimento dell'atto comporta*»; F. SANTONASTASO, *La responsabilità patrimoniale dei soci*, in *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, a cura di A. Nigro, 2006, p. 182; V. MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, p. 667 ss., spec. p. 694; M. MOZZARELLI, *Decisioni dei soci e profili di responsabilità degli amministratori nei confronti della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 409 ss., spec. p. 438, secondo il quale «*l'atto dannoso non è il fine che motiva la condotta (il voto dell'agente), ma costituisce lo strumento necessario perché l'agente realizzi lo scopo perseguito*»; C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità dei soci nella s.r.l.*, cit., p. 120 ss.

[160] Cfr. V. CARIELLO, *La s.r.l. di gruppo*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe Portale*, Milano, 2011, p. 1054 ss., spec. p. 1064, ove ulteriori riferimenti; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Codice civile. Commentario*, t. I, Milano, 2010, p. 1129, secondo cui, mentre la responsabilità ex artt. 2497, co. 1, si applica al ricorrere di una «*immistione reiterata e continuativa ("attività")*», quella ex art. 2476, co. 7, c.c. scatta anche in presenza di un solo «*atto di ingerenza* […] *di un occasionale intervento*».

[161] Cfr. W. BIGIAVI, *Ingerenza dell'accomandante, accomandante occulto, accomandita occulta*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, II, p. 145 ss.; A. GRAZIANI, *Diritto delle*

primo, piuttosto che dal settimo comma dell'art. 2476 c.c. (poiché amministratore di fatto), fermo restando quanto si dirà nel prosieguo del lavoro sul principio di carattere generale sancito dall'art. 2497 c.c.[162]. Tale

società, cit., p. 159; G. FERRI, *Delle società*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 486 ss.; F. GALGANO, *Le società in generale. Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 1982, p. 465 ss.; P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, Milano, 1985, p. 162 ss.; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., p. 298 s.; G. COTTINO-R. WEIGMANN, *La società in accomandita semplice*, in *Trattato Cottino*, Padova, 2004, p. 211; F. FERRARA JR.-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 332 s.; G. GRIPPO-C. BOLOGNESI, *La società in accomandita semplice*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 2010, p. 104 ss.; L. PISANI, *La società in accomandita semplice. La società semplice*, in *Diritto commerciale*, a cura di M. Cian, II, Torino, 2013, p. 148 s.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 2015, p. 126 ss.

Secondo l'orientamento oggi prevalente, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, la *ratio* della disposizione risiederebbe nel preservare la simmetria tra potere e responsabilità, nella sua declinazione quale conservazione di un carattere tipologico della società in accomandita (la presenza di due categorie di soci, accomandanti ed accomandatari), in sintonia con quanto disposto dall'art. 2249 c.c. Cfr. in tal senso F. VASSALLI, *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973, p. 267 ss.; P. SPADA, *La tipicità delle società*, Milano, 1974, p. 443; G. DI CHIO, *L'art. 2320[l] c.c.: una norma quasi istituzionalistica*, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 191 ss., spec. p. 197; G. FERRI, *ivi*, p. 489; F. GALGANO, *ivi*, p. 477; P. MONTALENTI, *ivi*, p. 325; M. BUSSOLETTI, *Società in accomandita semplice*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 961 ss., spec. p. 968, il quale evidenzia però la molteplicità di interessi tutelati dalla norma, come ad esempio quello dei terzi alla tutela dell'interesse dell'impresa a trovare credito sul mercato; E. BERTACCHINI, *La "responsabilità illimitata" nel fallimento per estensione*, Milano, 1991, p. 72 ss.; F. TASSINARI, *La rappresentanza nelle società di persone*, Milano, 1993, p. 129; G. COTTINO-R. WEIGMANN, *ibidem*; M. GARCEA, *I gruppi di società di persone*, Napoli, 2008, p. 170 s.; C. BOLOGNESI, *Società di capitali amministratrici di società di persone*, Padova, 2012, p. 114 ss.; *contra*, cfr. F. DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società di persone*, Milano, 1973, p. 224 ss., il quale si mostra permissivo in relazione alla possibilità (già prevista nel sistema tedesco) per una società a responsabilità limitata di rivestire il ruolo di unico socio accomandatario di una società in accomandita di cui soci accomandanti siano i soci stessi della società accomandataria; G. FERRI JR., *sub Art. 2452*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini-A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, p. 1334 s.; U. TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo «modello di organizzazione dell'attività d'impresa»*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 185 ss., spec. p. 193. In giurisprudenza, cfr. Cass., 19 dicembre 1978, n. 6085, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 782 s., secondo cui il divieto di immistione sarebbe funzionale non solo alla responsabile amministrazione dell'impresa collettiva, ma inoltre ad evitare, ove l'ingerenza del socio accomandante fosse consentita in misura più o meno ampia e, dunque, a seguito della perdita di un carattere differenziale (tipologico), che la società in accomandita semplice si trasformi in una società in nome collettivo.

[162] Basti per il momento citare A. MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, cit., p. 521 ss.; ID., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., p. 830, in cui si afferma che «*è evidente la natura di clausola generale che la norma assegna ai principi di cui si tratta: come la buona fede o la diligenza, questi principi sono criteri di valutazione* in concreto *del modo in cui si comportano i destinatari dei principi stessi: non sono, invece, regole specifiche a contenuto precisato* ex ante*, che identificano singoli atti da compiere (o da non compiere) o singole formalità da assolvere*».

incursione nella competenza gestoria che, ai sensi della disposizione, deve pur sempre rimanere in capo agli amministratori perché l'azione resti imputabile all'organizzazione[163] (ossia alla società)[164], potrebbe qualificarsi giuridicamente come concorso (secondo alcuni autori, come si diceva, nella forma dell'induzione)[165] del socio all'inadempimento dell'organo amministrativo.

È, allora, a ben vedere necessario, affinché sussista una responsabilità del socio, non solo che l'atto gestorio sia comunque riconducibile all'operato degli amministratori, ma che lo stesso sia frutto di *mala gestio* da parte di

---

163 La regola sancita dall'art. 2476, co. 7, c.c. rappresenterebbe allora una tappa fondamentale nel superamento dell'endiadi soggetto-atto, dal momento che – secondo C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 345 ss.; ma già in ID., *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 1, Torino, 2007, p. 3 ss., spec. p. 8 ss.; G. FERRI JR., *Brevi osservazioni in tema di impresa e società*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, p. I, p. 543 ss.; P. SPADA-M. SCIUTO, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, *Tipo – Costituzione – Nullità*, 1*, Torino, 2004, p. 1 ss., spec. p. 91 – elemento che si è dipanato quale *fil rouge* dell'intera riforma delle società di capitali è stato la considerazione della società non solo (e non tanto) come soggetto-ente collettivo, quanto piuttosto come codice organizzativo dell'impresa, fenomeno destinato a riprodurre processi decisionali più o meno complessi per il suo naturale esercizio. Potranno così essere individuati nel fenomeno organizzativo due livelli di responsabilità, uno collettivo ed uno individuale: il primo conseguirà all'imputazione degli effetti prodotti dal procedimento formativo della volontà, il quale a sua volta sarà scomponibile in diversi momenti, frutto, appunto, della disarticolazione tra produzione dell'azione e sua imputazione, sì da poter coinvolgere in responsabilità le singole fonti di produzione della volontà interna all'organizzazione.

164 È perciò da escludere che possano essere ricompresi nella disciplina in esame anche atti direttamente posti in essere dai soci, senza l'intervento esecutivo degli amministratori, salvo che, come notato da V. MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, cit., p. 679 s., non ricorrano le condizioni che legittimino la gestione d'affari si sensi dell'art. 2028 ss. c.c.

In tali ipotesi, perciò, dal momento che l'illecito può essere riferito direttamente ed originariamente al socio agente, la qualificazione giuridica da preferire è quella della lesione esterna del credito, sicché rimarrà inoperativo il vincolo di solidarietà tra soci ed amministratori ai fini dell'imputazione dell'obbligo risarcitorio, trovando piuttosto applicazione la normativa generale sull'illecito aquiliano, compresa la regola sull'imputazione colposa.

165 Cfr. in tal senso, già prima della riforma, F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, cit., *passim*; N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, cit., p. 3 ss. Dopo la riforma, cfr. R. LENER-A. TUCCI, *Decisioni dei soci e responsabilità degli amministratori*, cit., p. 293; A. ZOPPINI, *Intestazione fiduciaria e responsabilità per gli atti di eterodirezione (art. 2476, comma 7°, c.c.)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, p. 573 ss., spec. p. 582 ss.; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., p. 268 s.; V. MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, cit., p. 687 s.; M. MOZZARELLI, *Decisioni dei soci e profili di responsabilità degli amministratori nei confronti della s.r.l.*, cit., p. 409; E. RICCIARDIELLO, *Il socio amministratore di s.r.l.*, Milano, 2008, p. 206; L. SALAMONE, *Le verifiche della valutazione semplificata del conferimento «non in contanti»*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 47 ss., spec. p. 51, nt. 6; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 1131; M. DI RIENZO, *I poteri gestori dell'assemblea nella società a responsabilità limitata*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, vol. I, p. 451 ss., spec. p. 457.

questi[166].

1.4. ***Le diverse forme di concorso del socio negli atti posti in essere dagli amministratori: le decisioni, le autorizzazioni e le approvazioni.***

Se si condividono le conclusioni sin qui raggiunte, e cioè che intanto può essere invocata la responsabilità di un socio ai sensi dell'art. 2476, co. 7, c.c., in quanto *a*) gli amministratori abbiano posto in essere un atto di loro competenza violando i principi di corretta gestione, oltre che le norme poste a tutela del patrimonio sociale, e *b*) il socio abbia intenzionalmente preso parte al fatto lesivo intromettendosi in una fase del procedimento decisorio, è possibile proseguire l'indagine, come si accennava in precedenza, concentrandosi sull'individuazione del rilievo giuridico, ai fini dell'applicazione della disciplina in analisi, delle diverse forme attraverso cui il consociato possa esercitare un'influenza sull'organo gestorio. Ed infatti, non ogni "direttiva" del socio potrà ritenersi "vincolante" per gli amministratori, tanto sul piano oggettivo, quanto sul piano subiettivo – nel senso che, non tutti i soci saranno in grado di indurre l'amministratore a porre in essere determinate operazioni, ma solo quelli dotati di una posizione di forza all'interno della società –.

Quanto al piano oggettivo, si ricorderà la lettera della disposizione, la quale fa riferimento alle "decisioni" ed alle "autorizzazioni" espresse dal socio, sicché si tratta di comprendere quando egli abbia un potere decisorio od autorizzatorio; quando, in altre parole, la sua competenza possa estrinsecarsi in tali atti. Quanto alle "decisioni", si è visto come sia ormai pacifica la possibilità di attrarre materie aventi rilievo gestorio nella competenza dei soci, vuoi attraverso lo strumento dei diritti particolari (art.

[166] Cfr. F. ZICCARDI, *L'induzione all'inadempimento*, Milano, 1979, pp. 176 ss., 198 ss., il quale evidenzia come l'istituto dell'induzione presupponga che il debitore, l'unico soggetto tenuto per contratto ad eseguire la prestazione ivi dedotta, conservi il dominio dell'azione e dunque il potere-dovere di dare esecuzione al programma negoziale, potendo valutare la fondatezza dei suggerimenti, delle informazioni e delle direttive provenienti dal terzo.

2468, co. 3, c.c.)[167] [168], vuoi tramite la previsione di clausole inserite nell'atto costitutivo o ricorrendo alla *provocatio ad populum* di cui all'art. 2479, co. 1, c.c.[169]. Fra i diritti particolari riguardanti l'amministrazione della società, di

[167] L'espressione «*diritti particolari riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione di utili*» è stata da alcuni interpretata in senso letterale e restrittivo (cfr. P. REVIGLIONO, *sub Art. 2468 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti, II, Bologna, 2004, p. 1812 ss.); da altri (cfr. M. NOTARI, *Diritti "particolari dei soci" e categorie "speciali" di partecipazioni*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2003, p. 331 ss.; ed esplicitamente per la configurabilità di quote a voto plurimo, F. GALGANO, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, v. III, t. 2°, Padova, 2004, p. 528; M. MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1483 ss., spec. p. 1503; D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, p. 203) in senso estensivo, ritenendo di potervi ricomprendere fra i primi, tutti i diritti amministrativi, in quanto «*diritti concernenti i poteri nella società*» e, tra i secondi, tutti i diritti patrimoniali, alla luce della *summa divisio* dei diritti del socio che il legislatore sembra aver accolto (ad esempio nell'art. 2349, co. 2, c.c.).

Sarebbero, pertanto, configurabili statutariamente un potere di *nomina* degli amministratori (in deroga alla competenza decisoria dei soci *ex* art. 2475, co. 1, c.c.), di *designazione* delle persone nell'ambito delle quali i soci devono scegliere gli amministratori o alcuni di essi, di esercitare, in occasione di determinati atti gestori, un diritto di istruzione, di autorizzazione o di veto – più incisivo di un diritto di opposizione *ex* art. 2257 c.c. – spettante al socio, indipendentemente dalla qualifica di amministratore, o addirittura l'attribuzione di competenze di tipo decisorio in materia di gestione.

[168] Un'ulteriore problema è poi quello notissimo dell'assemblea amministratrice, ossia se si possa attribuire la totalità delle funzioni gestorie all'assemblea, così eliminando l'organo amministrativo e creando, per il tramite dell'autonomia statutaria, una s.r.l. in cui le competenze gestorie proprie di tale organo siano del tutto assorbite dalle competenze attribuite alla collettività dei soci. Per la tesi positiva, cfr. M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, cit., p. 43 ss.; G. GUIZZI, *L'assemblea: ovvero, delle competenze dei soci e del modo di esercitarle nella società a responsabilità limitata riformata (Due esperienze a confronto)*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, p. 27 ss., spec. p. 34; G. PETROBONI, *Le competenze gestorie dei soci nella società a responsabilità limitata. Regime legale e modelli statutari*, Padova, 2011, p. 319 ss.; F. MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, in AA.VV., *La riforma della società a responsabilità limitata*, a cura di C. Caccavale-F. Magliulo-M. Maltoni-F. Tassinari, Milano, 2004, p. 254.

Per l'avversa, preferibile e dominante tesi, cfr. *ex multis* O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., p. 289; G.C.M. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, p. 517 ss., spec. p. 524; M. DI RIENZO, *I poteri gestori dell'assemblea nella società a responsabilità limitata*, cit., p. 458.

[169] Una lettura diversa è, in realtà, stata prospettata da C. IBBA, *La gestione dell'impresa sociale fra amministratori e non amministratori*, in *Studium iuris*, 2005, p. 423 ss., spec. p. 427, il quale ha sostenuto che alle decisioni gestorie, prese per il tramite della sollecitazione ad opera della minoranza o in seguito all'esercizio del particolare diritto di amministrazione, «*dovrebbe attribuirsi valore semplicemente autorizzatorio, tale cioè da non menomare l'iniziativa e l'autonomia degli amministratori relativamente al compimento di qualsivoglia operazione*».

Tale ricostruzione, tuttavia, non risolverebbe il problema della corresponsabilità degli amministratori nelle ipotesi di decisioni che i soci compiono sulla base delle attribuzioni inderogabilmente affidate dall'art. 2479, co. 2, c.c.: come si è più volte ribadito, la norma non pare distinguere tra le due fattispecie, nella consapevolezza della medesima portata potenzialmente lesiva per la società, i soci o i terzi delle une come delle

particolare interesse ai fini della presente indagine è il «*diritto del socio ad amministrare*»[170] – il quale si declina negli stessi termini del diritto ad amministrare spettante al socio di società di persone – senza alcun meccanismo di nomina, il cui effetto consisterebbe nella irrevocabilità della posizione gestoria ad opera degli altri soci, eccezion fatta nell'ipotesi di giusta

altre decisioni.

In vero, l'interpretazione sopra richiamata rinviene una matrice comune alle diverse teorie elaborate prima della riforma, volte a ridimensionare l'efficacia delle decisioni dell'assemblea, richieste per statuto o per sollecitazione degli amministratori ai sensi dell'art. 2364, n. 4, c.c., nella precedente formulazione: secondo una parte della dottrina (F. GALGANO, *Degli amministratori di società personali*, cit., p. 39, nt. 91; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 5 ss.; attribuiva valore autorizzatorio a tali delibere con il medesimo effetto preclusivo, F. CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milano, 1974, p. 280. Ma sull'esonero di responsabilità, si vedano le critiche di V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985, p. 153 ss., in merito al valore dei pareri non vincolanti, identiche a quelle riportate nel testo con riferimento alle autorizzazioni), in tali ipotesi le delibere assembleari avrebbero avuto la natura di semplici pareri non vincolanti o di mere autorizzazioni, che tali da lasciare impregiudicata l'autonomia degli amministratori e con l'unico effetto di esonerare dall'eventuale responsabilità nei confronti della società gli amministratori che ad essa si fossero uniformati. L'affermazione si giustificava in ragione del fatto che il complesso sistema di obblighi relativi alla conservazione dell'integrità patrimoniale a tutela dei creditori sociali, sanzionata sia civilmente (art. 2394 c.c.), sia in sede penale (es. le norme sulla bancarotta), posto in capo agli amministratori, «*presupponeva l'esistenza di una competenza esclusiva degli stessi ad esercitare l'impresa sociale e, quindi, a provvedere alla conservazione del patrimonio della società*». Di talché, non potendo l'assemblea sottrarre gli amministratori da responsabilità verso i creditori sociali, deliberando operazioni lesive di quegli interessi protetti e «*dovendosi, infatti, escludere che l'art. 2394 c.c. chiami gli amministratori a rispondere di atti dannosi senza colpa e imputabili unicamente alla volontà dei soci di cui i primi siano stati meri esecutori*», tale dottrina affermava che «*si deve necessariamente ammettere che gli amministratori sono liberi di valutare l'opportunità di ciascuna operazione e di disattendere le istruzioni dell'assemblea da loro giudicate pericolose per l'integrità del patrimonio sociale e, perciò, fonte di loro responsabilità*».

[170] Sul punto, cfr. G. ZANARONE, *Introduzione alla disciplina della società a responsabilità limitata*, cit., p. 87.

È evidente che per configurare un diritto particolare ad amministrare (che è regola di funzionamento dell'organizzazione sociale e come tale entra a far parte del contratto sociale) non pare sufficiente l'indicazione nominativa del singolo socio tra le persone cui è affidata l'amministrazione, ai sensi dell'art. 2463, co. 2, n. 8, c.c. (che fa parte del contenuto storico e documentale dell'atto costitutivo) posto che tendenzialmente nella s.r.l. gli amministratori sono soci. Per la distinzione tra contenuto storico e contenuto documentale dell'atto costitutivo prima della riforma, cfr. G. MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in T*rattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, t. 6*, Torino, 1993, p. 12.

Contra, cfr. V. BUONOCORE, *L'organizzazione interna della società a responsabilità limitata riformata*, in *Riv. not.*, 2004, p. 599 ss.; e G. CAPO, *Il governo dell'impresa e la nuova era della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 501 ss., spec. p. 506, per i quali l'individuazione degli amministratori può avvenire o tramite la nomina affidata alla collettività dei soci *ex* art. 2479 c.c., ovvero prevedendo nello statuto che la carica sia direttamente connessa alla qualità di socio.

causa[171]. È evidente che, in quest'ultimo caso, la responsabilità del socio titolare di siffatto diritto si inquadra a pieno titolo nella responsabilità propria degli amministratori, essendo essi investiti di una piena competenza amministrativa, esulando dall'ambito di applicazione previsto dall'art. 2476, co. 7, c.c.

Con riferimento invece alle "autorizzazioni", la questione evoca con tutta evidenza il problema, già dibattuto prima della riforma, dei rapporti tra la collettività dei soci ed amministratori nelle ipotesi di intervento gestorio della prima, ai sensi dell'art. 2364, n. 4, c.c. (precedente formulazione). A tale proposito, si era soliti distinguere l'ipotesi in cui l'assemblea veniva chiamata a rilasciare una semplice autorizzazione al compimento di un atto, da quella in cui era coinvolta nella decisione: ciò, comunque, non ai fini di una responsabilità dell'azionista o del quotista[172], in ragione della unanime convinzione della sua irresponsabilità, ma con esclusivo riferimento ai profili di responsabilità degli amministratori[173].

---

171 Cfr. V. BUONOCORE, *ibidem*; R. ROSAPEPE, *Appunti su alcuni aspetti della nuova disciplina della partecipazione nella s.r.l.*, cit., p. 482, il quale ritiene possibile anche la legittimazione di ciascun socio a chiedere la revoca giudiziale; A. NIGRO, *La società a responsabilità limitata nel nuovo diritto societario: profili generali*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di V. Santoro, Milano, 2003, p. 3 ss., spec. p. 17; (favorevole alla libera revocabilità *ex* art. 2383 c.c., salvo risarcimento dei danni in mancanza di giusta causa a favore dell'amministratore che è tale in forza di un diritto particolare); *contra*, cfr. N. SALANITRO, *Profili sistematici della società a responsabilità limitata*, cit., p. 114.

172 Cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 50, per il quale l'irresponsabilità del socio assumeva i caratteri di un vero e proprio postulato; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, cit., p. 152 e p. 190 ss., per il quale è fuori discussione la non esperibilità di un'azione per danni nei confronti del socio e le ragioni di questa anomalia si fondano sul principio della irresponsabilità dell'assemblea in ragione della «*difficoltà a ricostruire a posteriori le singole manifestazioni di voto e forse nello stesso principio di limitazione della responsabilità che tende ad estendersi anche al di fuori della responsabilità patrimoniale*».

173 Pone la questione in tal senso G. GIANNELLI, *Amministrazione e controllo nella s.r.l.*, cit., p. 201 ss.

Peraltro, se si pone lo sguardo ad altre esperienze europee in cui si sono prospettati analoghi interrogativi e si sono formulate talune soluzioni interpretative in merito alla responsabilità dell'organo amministrativo soprattutto nei confronti della società, emerge un'anomalia tutta italiana nella formula della chiamata in responsabilità del socio per l'autorizzazione e/o decisione. Un esempio potrebbe essere ricavato dall'ordinamento tedesco con riferimento alla *GmbH*, come noto per taluni aspetti molto simile alla s.r.l. riformata. In tale tipo di società, spetta alla collettività dei soci un potere decisionale originario inerente la conduzione degli affari sociali, esercitato tramite il procedimento assembleare o la formalizzazione della volontà concorde degli interessati in cui l'intervento dei soci non si manifesta soltanto con l'indicazione di carattere generale sulla conduzione dell'impresa, ma anche tramite direttive dettagliate che obbligano gli amministratori a compiere certi atti di impresa. Tuttavia, non essendovi una norma che preveda espressamente l'estensione della responsabilità risarcitoria in capo ai soci per decisioni illegittime o illecite, l'organo amministrativo, nonostante la sovraordinazione dei soci, non si ritiene possa pienamente dirsi esautorato e ha l'obbligo di astenersi dall'esecuzione di delibere illegittime o comunque pregiudizievoli per la società, i soci o

Si riteneva, infatti, che quando l'assemblea (ma il medesimo discorso può valere ora per il socio) si limitasse ad autorizzare, gli amministratori non avessero l'obbligo di eseguire la deliberazione, rimanendo pienamente liberi di valutare l'opportunità di compiere l'atto autorizzato e, soltanto quando avessero optato per l'esecuzione, sarebbero stati vincolati al rispetto del contenuto dello stesso[174]. Tale assunto veniva evinto sia dai principi elaborati

---

i terzi.

Sotto il profilo della responsabilità, per pacifica interpretazione, gli amministratori godono dell'esenzione dall'obbligo di risarcire alla società i danni eventualmente causati dall'attuazione delle direttive emanate dai soci, a meno che abbiano disatteso il dovere di segnalare tempestivamente ai soci dubbi sulla legittimità e/o opportunità della decisione adottata ovvero abbiano dato esecuzione a delibere annullabili, nonostante la loro prevedibile impugnazione. È evidente, quindi, che, nell'esperienza tedesca, le incisive interferenze decisionali dei soci nella gestione dell'impresa non attenuano la responsabilità in capo agli amministratori.

174 Cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, cit., p. 172.

La predetta impostazione rinviava alla ricostruzione propria del concetto di autorizzazione (per il quale cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, p. 638 ss.; ma si vedano anche D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Scritti di diritto pubblico*, 1966, p. 1996; M. ORTOLANI, *Autorizzazione ed approvazione*, in *Studi in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, II, p. 249 ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, 2016, p. 1374): esso, infatti, sia inteso in senso amministrativistico come rimozione di un ostacolo giuridico all'esercizio di un diritto o di un potere di cui il destinatario è titolare, sia se percepito dalla dottrina civilistica che ne individua l'effetto fondamentale «*nella nascita di un potere giuridico di disporre o di una legittimazione ad agire sul patrimonio altrui*» (A. AURICCHIO, *Autorizzazione (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, IV, Milano, 1959, p. 506; L. CARRARO, *Autorizzazione (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1968, p. 1577, anche se la nozione privatistica di autorizzazione è alquanto dibattuta) avrebbe attribuito una facoltà, cioè una libertà del destinatario di compiere l'atto autorizzato, di modo che, si sosteneva, «*una obbligatorietà di comportamento (in questo caso* per l'amministratore*) ad eseguire è inconciliabile con l'essenza stessa dell'autorizzazione, da cui derivano facoltà e non obblighi a chi è autorizzato*» (in questo coglieva la distinzione tra mandato e autorizzazione L. CARRARO, *ivi*, p. 1578).

La conclusione a cui giungeva, pertanto, tale dottrina era che, poiché l'autorizzazione non comportava alcun obbligo di esecuzione né implicava un vincolo alla discrezionalità decisionale degli amministratori in ordine all'*an*, questi ultimi erano comunque tenuti all'osservanza dei doveri verso la società, oltre che dei creditori sociali e dei terzi, nella valutazione del compimento dell'atto, che quindi rimaneva, in primo luogo, attribuibile ad essi amministratori. La conseguenza connessa a tale premessa consisteva nel non ritenerli esonerati dalle conseguenze derivanti da una scelta che rimaneva propria ed autonoma, nonostante l'autorizzazione, neanche nei confronti della società. Secondo V. CALANDRA BUONAURA, *ibidem*, cadeva in contraddizione di F. CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, cit., p. 281, per il quale le decisioni sollecitate dagli amministratori o previste dallo statuto, ai sensi del precedente art. 2364, n. 4, c.c., pur avendo natura meramente autorizzatoria, avevano un effetto preclusivo all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità in base al principio che vieta di *venire contra factum proprium*. Si deve però sottolineare che la soluzione accolta nel testo non trovava particolare riscontro nella giurisprudenza, la quale riteneva che la preventiva deliberazione assembleare che autorizzasse o disponesse il compimento di un atto valesse ad esonerare gli amministratori dalla responsabilità nei confronti della società ai sensi dell'art. 2393. Cfr. *ex multis* Cass., 6 dicembre 2000, n. 15487, in *Le soc.*, 2001,

nell'ordinamento pubblicistico, in quanto l'autorizzazione consisteva in mero atto di controllo, sia dal fatto che, in questo caso, non poteva operare l'effetto preclusivo all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità per il divieto di *venire contra factum proprium*[175].

La soluzione sopra richiamata, applicata alla norma in discussione, sembrerebbe dunque spiegare, almeno per quanto riguarda le autorizzazioni, la regola della corresponsabilità degli amministratori prevista dall'art. 2476, co. 7, c.c. e l'inoperatività del principio del *venire contra factum proprium*, anche con riguardo alla società[176]. Ed infatti, gli amministratori sarebbero responsabili, in questa prospettiva, se ed in quanto nella valutazione discrezionale che li determina al compimento dell'atto poi rivelatosi dannoso, non abbiano osservato, colposamente, «*i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società*» (art. 2476, co. 1, c.c.).

Peraltro, se questa fosse davvero la *ratio* che giustifica la responsabilità degli amministratori, non sarebbe affatto agevole conciliare la compresenza della responsabilità del socio autorizzante. E, infatti, se si seguisse, in modo coerente, la premessa secondo cui l'amministratore risponde in quanto la decisione in ordine al compimento dell'atto rimane libera e caratterizzata da piena autonomia, non si comprenderebbe la responsabilità dei soci «*per le conseguenze pregiudizievoli degli atti autorizzati in quanto atti che sono e restano degli amministratori*»[177].

In verità, si deve ritenere che il legislatore abbia introdotto la responsabilità del socio anche per la mera autorizzazione nella consapevolezza che il suddetto intervento non sia del tutto irrilevante rispetto

---

p. 287.

[175] Al riguardo, la dottrina civilistica (in particolare P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 220 ss.) rappresentava, come si è detto, il divieto di *venire contra factum proprium* come una manifestazione dell'idea logica di non contraddizione che, nel nostro ordinamento, troverebbe collocazione e riconoscimento giuridico nell'ambito del principio generale di buona fede o correttezza nell'esecuzione del contratto, come regola diretta ad evitare quella particolare forma di abuso del diritto che si realizza attraverso una condotta incoerente, ponendosi come un limite all'esercizio del diritto o di una facoltà quando l'esercizio risulti incompatibile con un comportamente precedentemente tenuto dal medesimo soggetto.

In applicazione di tali principi, parte della dottrina (cfr. per tutti G. OPPO, *Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 225 ss. con riferimento alle delibere invalide) riteneva precluso l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità in quanto incoerente perché consistente in una «*reazione contro l'operato degli amministratori che si sono conformati alla decisione dei soci, quando a fondamento delle conseguenze dannose derivanti dall'esecuzione sta il fatto dei soci e della società stessa*». In sostanza, l'incompatibilità logica tra il fatto di aver voluto ed imposto una certa operazione e il successivo rifiutarne le conseguenze, secondo tale dottrina, avrebbe precluso l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità.

[176] D'altronde, anche per la s.p.a., vi è un esplicito riconoscimento, in tal senso, nell'art. 2364, n. 5, c.c., per cui la responsabilità degli amministratori permane nonostante l'autorizzazione dell'assemblea.

[177] F. CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, cit., p. 280.

all'agire discrezionale degli amministratori. Se si presta attenzione alle dinamiche intercorrenti tra gli attori sociali, è evidente che l'autorizzazione non può essere considerata una monade nel procedimento che conduce alla decisione sul compimento dell'atto dannoso[178].

Quanto finora detto va, infine, coniugato con la lettura dell'art. 2479, co. 1, c.c. il quale, con riferimento alla c.d. *provocatio ad populum*, anziché riferirsi, come invece fa l'art. 2476, co. 7, c.c., ad un'"autorizzazione"[179], parla di "approvazione"[180], così ponendo all'interprete il problema di

---

178 E ciò, ancora una volta, sotto un duplice profilo: soggettivo ed oggettivo.

Con riferimento al primo, l'autorizzazione, nel conferire una situazione soggettiva attiva (in termini di legittimazione o di facoltà) agli amministratori altrimenti inesistente, si pone come primo anello nella sequenza causale che porta alla realizzazione del danno alla società, ai soci o ai terzi. Così, l'autonoma valenza causale dell'autorizzazione si avrebbe non soltanto se i soci abbiano modificato il contenuto dell'atto da autorizzare rispetto al progetto presentato dagli amministratori, ipotesi che, tra l'altro, la maggior parte della dottrina, prima della riforma, escludeva ritenendo «*impossibile che venga autorizzato dall'assemblea un atto diverso da quello proposto dagli amministratori*» (F. CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, cit., p. 278), ma anche nell'ipotesi più tradizionale della mera adesione allo schema di atto proposto dagli amministratori. Ed una analoga valutazione si rinviene nelle elaborazioni pubblicistiche, laddove, infatti, si ricostruisce il procedimento scandito dalla fase della autorizzazione e della successiva decisione (provenienti da organi diversi) come un procedimento c.d. a formazione progressiva in cui la mancanza di un passaggio prescritto determina l'invalidità o l'inefficacia dell'atto finale compiuto.

Ma, di nuovo, determinante ai fini della comprensione della responsabilità per la mera autorizzazione, è la considerazione dello stato soggettivo relativo a chi autorizza, atteso che l'ordinamento non può tollerare che risulti immune da responsabilità il socio che, di fronte ad un progetto proposto dagli amministratori, consapevole non solo del suo contenuto ma, soprattutto, degli effetti dannosi che questo, una volta compiuto, possa produrre a società, soci o terzi, accordi l'autorizzazione.

179 Alcuni Autori hanno ritenuto di poter ricondurre la nozione di "approvazione" nell'alveo della "autorizzazione". Così F. CORSI, *Le nuove società di capitali*, cit., p. 241, secondo il quale l'espressione "autorizzato" di cui all'art. 2476, co. 7, c.c. è utilizzata «*in alternativa ad "approvato"*»; A.M. LEOZAPPA, *Il socio risparmiatore nella società a responsabilità limitata: diritti particolari e decisioni ex art. 2479 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 281 ss., spec. p. 289, secondo cui i soci esercitano una potestà decisoria in presenza di una competenza legale (art. 2479, co. 2, c.c.) o statutaria, mentre si limiterebbero a dare o negare l'assenso ad atti altrui (già decisi) in caso di avocazione o devoluzione ex art. 2479, co. 1, c.c.; P. ABBADESSA-A. MIRONE, *L'assemblea. Sezione I. Le competenze*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da O. Cagnasso-L. Panzani, Bologna, 2010, p. 588, nt. 77.

180 Il termine "approvazione" ricorre numerose volte nel campo del diritto societario: si pensi all'approvazione delle operazioni compiute prima dell'iscrizione della società nel registro delle imprese (art. 2331, co. 3, c.c.), all'approvazione, ad esempio, del bilancio d'esercizio (artt. 2364, n. 1, 2409-*terdecies*, lett. *b*), 2479, n. 1 c.c.), all'approvazione nelle assemblee speciali delle deliberazioni che pregiudicano i diritti della categoria rappresentata, o ancora all'approvazione delle operazioni strategiche e dei piani industriali e finanziari (art. 2409-terdecis, lett. f-bis) c.c.), per i quali invero il disposto normativo parla di deliberazione del consiglio di sorveglianza, ma che la dottrina tende a qualificare come approvazione (cfr. P. MONTALENTI, *Il sistema dualistico: il consiglio di sorveglianza tra funzioni di controllo e funzioni di alta amministrazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2007, p. 269 ss., sepc. p. 276 s.; ID., *Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative*, in

comprendere se il socio possa esser ritenuto responsabile anche in queste ipotesi.

Probabilmente la risposta da preferire è quella positiva, in quanto l'atto di approvazione si porrebbe a metà strada tra la semplice autorizzazione e la decisione, sicché, se il più comprende il meno, *a fortiori* si potrà ritenere che tale atto, implicando una cooperazione del socio nell'illecito degli amministratori, dovrà esser pur esso fonte di responsabilità[181].

1.5. *segue: i comportamenti extraistituzionali.*

I risultati raggiunti portano ora a chiedersi, come anticipato, se il socio possa dirsi responsabile ai sensi dell'art. 2476, co. 7, c.c. anche quando la sua ingerenza nella sfera decisionale degli amministratori non rivesta le forme tipiche di cui si è detto, ma si manifesti attraverso comportamenti extraistituzionali ed informali[182].

La riposta può essere ricercata sul piano ermeneutico non solo attraverso l'utilizzo *i*) dell'argomento sistematico, quanto anche di quello *ii*) apagogico[183]: *i*) si è già detto di come, ad avviso di scrive, non sia corretto

---

Banca borsa tit. cred., 2008, I, p. 689 ss., sepc. p. 698 s.; G.B. PORTALE, *Il sistema dualistico: dall'*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch *(1861) alla riforma italiana della società per azioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, p. 673 ss.; P. ABBADESSA, *Il sistema dualistico in Italia: l'evoluzione del modello*, in AA. VV., *Sistema dualistico e* governance *bancaria*, a cura di P. Abbadessa e F. Cesarini, Torino, 2009, p. 1 ss., spec. p. 11 ss.). L'eterogenesi dei fini che ne caratterizza l'utilizzo da parte del legislatore non permette di operare una sintesi che possa dar vita ad un concetto unitario, così dovendosi dubitare sul se il ricorso a tale procedimento sia strumentale alla formazione di una volontà prodotta e riferibile alla collettività dei soci, ovvero all'organo amministrativo.

Cfr. poi P. ABBADESSA-A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea delle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 269 ss., spec. p. 296 e nt. 77, i quali ritengono che la definizione dell'approvazione risulti essere una questione non particolarmente approfondita dalla dottrina occupatasi specificamente dell'interpretazione dell'art. 2479, co. 1, c.c.

[181] Si potrà così inoltre evitare l'inconveniente che gli amministratori, per tale via, cerchino di sottrarsi ad una responsabilità loro propria, così arrecando un danno, in ultima istanza, anche a terzi.

Conformi I. DEMURO, *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione nella s.r.l.*, Milano, 2008, p. 151 ss., nt. 78; L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva"* ex *art. 2497, 2° co., c.c.*, Milano, 2012, p. 130, nt. 272; S. BONORA, *La responsabilità del socio gestore di società a responsabilità limitata*, cit., p. 200 s.

[182] Sono orientati in senso positivo M. RESCIGNO, *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, cit., pp. 302, 306; M. RANIELI, *La responsabilità gestoria dei soci di s.r.l.*, in *Vita not.*, 2006, p. 999 ss., sepc. p. 1015; V. MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, cit., p. 681 s.; A. ZANARDO, *L'estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. per* mala gestio *ai soci cogestori: luci e ombre della disciplina dell'art. 2476, comma 7, c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 498 ss., spec. p. 502 s.

Contra, cfr. A. IRACE, *La responsabilità per atti di eterogestione*, cit., p. 188 s.; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., p. 268; L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva"* ex *art. 2497, 2° co., c.c.*, cit., p. 111; S. BONORA, *La responsabilità del socio gestore di società a responsabilità limitata*, cit., pp. 163 s., 211 ss.

[183] Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, Milano, 1980, vol. I, t. 2, p.

ritenere che la norma affondi le proprie radici nella particolare conformazione che la s.r.l. possa in potenza assumere a seguito di opzioni statutarie particolarmente flessibili adottate dai consociati. Sicché, sarebbe incongruo ipotizzare l'utilizzabilità dello strumento apprestato dall'art. 2476, co. 7, c.c. solo a fronte di una scelta statutaria volta a modificare l'equilibrio dettato dalla legge tra competenze dei soci e competenze degli amministratori, viepiù ove si consideri che tale norma è altresì dettata a tutela di interessi anche diversi rispetto a quelli dei soci (è quanto si desume dal capoverso dell'art. 2476, co. 7, c.c., «*atti dannosi per la società, i soci o i terzi*»); *ii*) a voler ritenere, difatti, che la norma non trovi applicazione nel caso di, ad esempio, rapporti confidenziali tra soci ed amministratori, ovvero nel caso anche uno solo dei primi sia in grado di esercitare una pressione particolarmente intensa sui secondi a causa di una garanzia prestata a favore della società per un finanziamento fondamentale per il mantenimento in vita della stessa, si giungerebbe al risultato – per vero paradossale – di rendere inapplicabile la disposizione in ipotesi del tutto analoghe a quelle previste dal dato letterale, con l'aggravante che ciò avverrebbe attraverso canali informali e certo poco trasparenti.

1.6. *Il fondamento della responsabilità.*

Le osservazioni sin qui condotte permettono di meglio definire la *ratio* della norma, la quale può essere individuata, come già si anticipava, nella volontà di sanzionare il socio che, esercitando il proprio potere di incidenza sulla sfera gestoria, violi un dovere[184], di natura contrattuale ed organizzativa,

369 ss.

[184] Dal momento che la generica nozione di responsabilità ha generalmente riguardo alla mancata o difettosa osservanza di un dovere giuridico, fonte di un danno, anche la responsabilità del socio non può, infatti, che essere conseguenza della violazione di un dovere. Orbene, il dovere, la cui violazione determina il sorgere della responsabilità, sulla base delle tradizionali classificazioni della dottrina privatistica può consistere nel dovere generico di non ledere l'altrui sfera giuridica oppure in un dovere specifico verso soggetti determinati (c.d. obbligo). Nel primo caso, la responsabilità ricorre senza che sia ravvisabile alcuna relazione preesistente tra il soggetto obbligato al risarcimento e il soggetto destinatario dello stesso. Nel secondo, al contrario, la responsabilità presuppone l'esistenza di una relazione qualificata tra soggetti determinati o determinabili ed è diretta a far conseguire alla parte le utilità che, instaurando quella relazione, essa si proponeva di realizzare.

Cfr. sul punto R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, p. 127, il quale distingue il concetto di dovere da quello di obbligo definendo quest'ultimo come un dovere «*imposto a uno o più soggetti determinati (o determinabili)* a priori *e non alla genericità, come per il dovere in senso stretto […] di un determinato comportamento (che può a sua volta essere positivo o negativo) ma che, comunque, importa il sacrificio di un particolare interesse e non va mai confuso con il dovere generico di astensione proprio della situazione passiva del diritto assoluto il cui adempimento è necessario perché l'interesse dell'altro soggetto venga soddisfatto*»; S. PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 289 ss.; G. LAZZARO, *Rapporto giuridico*, in *Noviss. dig. It.*, XIV, 1967, p. 787 ss.

Per la constatazione che, tuttavia, la stessa lingua del codice civile, nel parlare di "obbligo" e di "dovere" (oltre che di "obbligazione" e "onere") «*non presenta assoluto*

di astenersi dal (decidere il o concorrere nel) compimento di atti dannosi per la società, gli altri soci o i terzi[185], così rendendosi compartecipe dell'abuso gestorio posto in essere dagli amministratori.

Secondo alcuni autori, nella disciplina della s.r.l. vi sarebbe un implicito riconoscimento della rilevanza dei rapporti intersoggettivi tra i soci[186] e tra i

---

rigore e coerenza», cfr. P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 138 ss.

Se si ha riguardo a questa distinzione e a questa terminologia, non può non affermarsi, però, che la responsabilità del socio verso la società e gli altri soci prefigurata dall'art. 2476, co. 7, c.c. derivi non dalla violazione di un dovere generico di *neminem laedere*, quanto piuttosto dalla violazione degli interessi dedotti in una relazione particolare tra parti determinate.

185 Cfr. M. RESCIGNO, *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, cit., p. 305, il quale equipara l'esercizio da parte del socio «*di un potere legittimamente riconosciutogli dalla legge o dallo statuto*», l'esercizio di fatto del potere di condizionare l'operato degli amministratori, «*fruendo del suo ruolo di socio e della sua influenza sugli organi a cui è legislativamente o statutariamente affidata la gestione della società*». Secondo ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, Bologna, 2003, p. 342, la responsabilità del socio *ex* art. 2476, co. 7, c.c. sarebbe espressione di un «*dovere fiduciario del socio verso la società quanto alla gestione*».

186 Cfr. G. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, p. 41.

Parte della dottrina, prima della riforma, escludeva il riconoscimento di relazioni intersoggettive tra i soci sulla base del rilievo esclusivamente organizzativo del fenomeno societario capitalistico per effetto dell'iscrizione nel Registro delle imprese: si riteneva, infatti, che fosse una precisa scelta di politica legislativa escludere una qualsiasi rilevanza ai rapporti diretti tra soci in ragione della prevalente considerazione della tutela dei terzi che entrano in contatto con la società. Cfr. in tal senso Cfr. C. ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975, p. 101; A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni. Abuso di potere nel procedimento assembleare*, cit., p. 118 ss.

«*Dopo l'iscrizione della società nel registro delle imprese, le vicende generali del rapporto contrattuale (risoluzione del contratto, ad esempio) e quelle previste per i contratti con comunione di scopo (art. 1466 c.c.) sono sostituite dalla disciplina speciale* […] *poiché prevalgono le esigenze di tutela dei terzi rispetto alle esigenze dei soci nei rapporti tra essi* […]. *Di conseguenza, l'ordinamento societario ha bensì natura contrattuale in quanto nascente dal contratto ma non è sottoposto alla disciplina generale dell'esecuzione del contratto e può caratterizzarsi per la carenza di qualsiasi anche astratta possibilità di rapporto intersoggettivo tra i componenti del gruppo, rapporto invece necessario perché si possa applicare la disciplina generale tipica del contratto*».

A ben vedere, l'A. non esclude che vi possano essere rapporti intersoggettivi tra i soci, dato che nel fenomeno societario possono mancare (non necessariamente mancano) relazioni intersoggettive.

Peraltro, un ostacolo persistente all'esistenza e alla possibile rilevanza di relazioni intersoggettive dirette tra i soci sembrava essere la c.d. personalità giuridica delle società di capitali. Una lettura siffatta delle società personificate e della disciplina relativa ha certamente condizionato e, tuttora, condiziona le interpretazioni di taluni fenomeni societari in cui possono risultare pregiudicate le posizioni dei singoli soci e non solo della società. Per osservare quanto esse teorie siano radicate nel pensiero dei giuristi, basti ricordare quella soluzione dottrinale che, nell'individuare forme di tutela essenzialmente rivolte ai soci di minoranza in occasione del trasferimento della partecipazione di controllo, ha fatto ricorso alla teoria degli obblighi di protezione nei confronti dei soggetti terzi rispetto al rapporto obbligatorio: si è infatti, sostenuto, sul presupposto che «*per il singolo socio di società di capitali un rapporto sociale esiste in linea di principio solo con la società e non con gli altri consoci*» che sia possibile considerare «*i soci come una*

soci e la società[187], e quindi, un temperamento della regola della irresponsabilità del socio per i danni cagionati nell'esercizio dei poteri corporativi connessi alla partecipazione sociale[188]. L'impostazione di fondo sarebbe quella per cui le prerogative riconosciute ai soci e, in particolare, il potere di partecipare e influenzare i processi decisionali della società, pur essendo attribuite nell'interesse individuale di ciascun socio e, pur definendo un'area di libertà di azione del socio in quanto membro della collettività organizzata, siano pur sempre strumentali all'attuazione degli interessi tutelati dal contratto di società ed incontrino un limite nella necessaria conformità e adeguatezza agli interessi per realizzare i quali sono conferite.

Si prosegue poi affermando che, sebbene i rapporti tra soci non

---

categoria di soggetti protetti e tuttavia terzi al rapporto sociale». Così M. STELLA RICHTER JR., *"Trasferimento del controllo" e rapporti tra soci*, cit., p. 299 ss. Preme quindi sottolineare che l'A. considera, sul presupposto che il contratto di società possa essere considerato un contratto con effetti protettivi, il socio come terzo protetto negli stessi termini di un creditore.

187 Una posizione divergente si rivela in A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni. Abuso di potere nel procedimento assembleare*, cit., p. 123 (sulla scia di D. CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971, p. 251 ss.), il quale, pur aderendo all'orientamento organizzativo, esclude un rapporto, non solo contrattuale ma anche di tipo giuridico, tra socio e società. «*Nè potrebbe designarsi come rapporto contrattuale l'assunta relazione tra il socio e l'ente, se è vero che la società non è parte del contratto ma è sorta in conseguenza di esso e la qualificazione del contratto di società come contratto a favore di terzi è da tempo pacificamente respinta. Di qui, con nota sistemazione concettuale, la constatazione che vi è solo il socio in duplice qualità cioè un rapporto unisoggettivo ovvero, secondo una concezione che consente di superare l'esigenza di individuare due termini soggettivi astrattamente contrapposti, la configurazione di una posizione giuridica riflessa dall'ordinamento societario*».

188 Le tesi riportate nelle precedenti ntt. 186 e 187, pur diffuse tra gli interpreti, non sono andate esenti da critiche da parte della dottrina e poi della giurisprudenza: sono state, infatti, mosse diverse obiezioni, basate peraltro su presupposti differenti, ma tutte volte ad affermare, in senso ormai prevalente, l'esistenza e la rilevanza di una relazione qualificata tra i soci di società di capitali. Cfr. per tale osservazione D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, cit., p. 77 ss., in particolare nt. 7, il quale sostiene che i fautori della teoria dell'organizzazione hanno utilizzato il c.d. metodo dogmatico per cui quando «*constatano che una serie di norme positive (alcune societarie) non si spiegano agevolmente con i principi che essi ritengono ispirare un certo insieme di fattispecie (i contratti), con un procedimento di astrazione desumono dalle fattispecie descritte da tali norme nuove fattispecie astratte (per esempio, l'organizzazione o l'attività) e nuovi principi, valori e gerarchie di interessi. In seguito, utilizzano questi nuovi principi per interpretare innovativamente tutta la serie di norme che sembrano anomale (le norme societarie) e che al termine dell'operazione ricostruttiva appaiono, invece, riconducibili ad un nuovo autonomo sistema (quello della disciplina dell'organizzazione)*». Con tale ricostruzione, infatti, si giustificano norme come quelle sulla nullità, sulla scelta di sanzionare la condotta della maggioranza con l'invalidità della delibera e non con il risarcimento dei danni.

Senonché, a prescindere dalla critica di un metodo di interpretazione induttivo, si rilevava sul punto, che la stessa dottrina dell'organizzazione sottolineava come si trattasse di una mera scelta di diritto positivo, non necessitata da una particolare natura del diritto societario e che poteva trovare applicazione solo per taluni profili e che poteva essere smentita in altre norme (cfr. C. ANGELICI, *La società nulla*, cit., p. 81).

necessariamente rispecchino lo schema del rapporto obbligatorio nell'accezione tradizionale e restrittiva di questo termine, poiché le posizioni soggettive ad esso inerenti «*non sono paritetiche, né speculari, né definibili contenutisticamente in termini di diritti ed obblighi*»[189], non sembrerebbe revocabile in dubbio, almeno per la s.r.l. – ma ciò è a dirsi, probabilmente, anche per la s.p.a.[190] –, la rilevanza delle relazioni intersoggettive che, a seguito e per effetto della costituzione della società, si instaurano tra questa e i soci e tra gli stessi soci, con la rilevante conseguenza che la responsabilità per i danni derivanti dalla violazione degli obblighi nascenti da tali rapporti dovrebbe qualificarsi come contrattuale ed essere assoggettata alla relativa disciplina[191].

---

189 F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 229.

190 Il fatto che la rilevanza dei rapporti contrattuali tra soci sia espressamente affermata in sede di principi generali di s.r.l., non deve, per vero, condurre ad affermare, *a contrario*, che la mancanza di una simile indicazione nei principi ispiratori della riforma della s.p.a. sia argomento sufficiente a negare la contrattualità dei rapporti derivanti dalla costituzione di questo tipo di società. Sembra, piuttosto, che possa valere l'insegnamento secondo cui l'esistenza di rapporti giuridici direttamente intercorrenti tra i soci non debba essere giudicata soltanto sulla base dei tipi sociali astratti, quanto piuttosto in base alla concreta struttura della società. Cfr. C. ANGELICI, *Rapporti sociali e regole della correttezza*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 1013 ss.; ID., *Sulle lacune nel diritto delle società*, in *Soc.*, 2015, p. 1251 ss.; M. STELLA RICHTER JR., "*Trasferimento del controllo" e rapporti tra soci*, cit., p. 315 ss.

191 In verità, se la dottrina contrattualistica ha trovato prevalente accoglimento, non vanno sottaciuti i tentativi di chi, considerando impossibile configurarsi un vero e proprio rapporto contrattuale e richiamando una nota elaborazione civilistica, ha osservato di poter ravvisare comunque un rapporto "qualificato" tra i soci di società di capitali che traesse origine non dal contratto ma dal contatto sociale, costituendo questo un fatto cui l'ordinamento giuridico ricollega una serie di doveri specifici di comportamento. Si sta qui evidentemente facendo riferimento alla nota teoria del contatto sociale, sorta per ampliare le ipotesi di responsabilità contrattuale, intesa come sanzione per l'inosservanza di un obbligo specifico. Alla luce del principio di atipicità delle fonti delle obbligazioni (art. 1173 c.c.), infatti, si è affermato che la responsabilità contrattuale sanzioni anche violazioni di doveri specifici che trovano fonte non già nel contratto, ma direttamente nell'ordinamento giuridico in forza di un contatto sociale qualificato.

L'espressione "contatto sociale" allude ad un rapporto socialmente tipico che ingenera nei soggetti coinvolti un obiettivo affidamento, in ragione del fatto che si tratta di un rapporto qualificato dall'ordinamento giuridico il quale vi ricollega una serie di doveri specifici di comportamento attivo. Tale relazione costituirebbe "un fatto idoneo" – ai sensi dell'art. 1173 c.c. – a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico. Paradigmatica è la relazione che si instaura tra il paziente e il medico dipendente di una casa di cura a carico del quale, secondo la giurisprudenza, graverebbe, a prescindere dalla sussistenza di un contratto, un obbligo specifico di cura che tende alla tutela del diritto fondamentale alla salute.

Ma la responsabilità da contatto sociale è stata affermata anche in tema di responsabilità per false informazioni e di responsabilità di P. A. per i danni cagionati nell'attività provvedimentale. È evidente che non può assolutamente ritenersi qualificata la relazione sociale che produca doveri di mera astensione, occorrendo che ingeneri l'obbligo di tenere precisi comportamenti attivi nei confronti di un determinato soggetto, volti a tutelare il bene giuridico dalla stessa perseguito.

Cfr. C. ANGELICI, *Responsabilità precontrattuale e protezione dei terzi in una recente sentenza del* Bundesgerichtshof, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 23 ss., spec. pp.

Inoltre, tale impostazione individua quale parametro utilizzabile per la valutazione della condotta dei soci[192], la clausola generale di buona fede e

28-29; C. W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 793 ss., spec. p. 825; P. RESCIGNO, *Contratto (in generale)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, IX, p. 8; V. ROPPO, *Il «contatto sociale» e i rapporti contrattuali di fatto*, in M. BESSONE, *Casi e questioni di diritto privato*, V, Milano, 1993, p. 1 ss.; C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 ss., spec., p. 230; ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 457; A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 3 ss., spec. p. 26; E. GUERINONI, *"Contatto sociale" e nesso causale nella responsabilità del medico dipendente*, in *Contratti*, 2003, p. 23 ss., spec. p. 28, nota ad App. Milano, 6 febbraio 2002; S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, *passim*.

192 Sul punto, due tesi, principalmente, si sono contese il campo: un primo orientamento dottrinale, sul rilievo di una tendenziale equiparazione legislativa tra la responsabilità del socio e quella dell'amministratore, la quale, come visto, trarrebbe giustificazione dall'accresciuto potere gestorio dei soci della s.r.l., ha ritenuto che l'inadempimento imputabile al socio derivi «*dall'inosservanza dei doveri imposti dalla legge e dallo statuto agli amministratori, e così, in particolare, dalla negligenza nella decisione o nella autorizzazione*»; cfr. in tal senso M. RESCIGNO, *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, cit., p. 308 e sulla sua scia, sembrerebbe, S. ROSSI, *Deformazione delle funzioni gestorie*, cit., p. 1065, secondo la quale «*la responsabilità prevista in capo ai soci gestori di s.r.l. si manifesta* […] *come conseguenza naturale della assunzione di potere gestorio per i danni che l'uso scorretto di tale potere possa provocare*»; S. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità*, cit., *passim*, il quale afferma che si dovrebbe valorizzare il dato della responsabilità solidale per affermare l'assimilazione dei soci gestori agli amministratori e la soggezione dei primi agli stessi doveri previsti per i secondi, e che nelle s.r.l. la decisione dei soci assume rilievo, ai fini della responsabilità, proprio per il connotato personalistico della società e per la tendenziale assenza di un management distinto dai soci.

Secondo un diverso orientamento, invece, mentre l'amministratore risponderebbe «*per la colposa inosservanza dei doveri che gli sono imposti dalla legge o dall'atto costitutivo o quando, seppure esente da colpa nel compimento dell'atto, non abbia manifestato il suo dissenso*[192] *avendo conoscenza di ciò che stava succedendo*», il socio risponderebbe invece solo ove avesse deciso o autorizzato l'atto pregiudizievole con consapevolezza dei suoi effetti anche se non propriamente del danno che andava a determinare alla società, ai soci (o ai terzi). Cfr. così B. LIBONATI, *Diritto commerciale. Impresa e società*, Milano, 2005, p. 476, il quale, proseguendo, aggiunge che, in questa differenza di disciplina, si riflette «*la differenza tra chi agisce nell'esercizio di un ufficio, l'amministratore, e chi invece non deve farsi carico, in principio, di diligenza e competenza professionali*».

Il legislatore, tuttavia, nulla dice in ordine alla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze (art. 2392, co. 1, c.c.), con la sostituzione della formula contenuta nel testo originario del codice che prevedeva la diligenza del mandatario. La mancata menzione della diligenza non deve fondare un'interpretazione meno rigorosa dei doveri degli amministratori e un conseguente ridimensionamento dell'area della loro responsabilità: gli amministratori di s.r.l. sono tenuti ad una diligenza professionale che meglio possa consentire la realizzazione del risultato economico positivo per la società che è la finalità del loro incarico (sottolineava il pericolo di una possibile interpretazione in sede di discussione del progetto già M. RESCIGNO, *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P. Benazzo-S. Patriarca-G. Presti, Milano, 2003, p. 43 ss. Gli interpreti (S. AMBROSINI, *sub Art. 2476*, cit., p. 1590; O. CAGNASSO, *sub Art. 2476*, cit., p. 1880)

correttezza[193], intesa, insieme a specifici divieti normativi, quale limite che,

ritengono che il medesimo parametro possa configurarsi in capo agli amministratori di s.r.l., trattandosi di regola generale che trova applicazione in tutti i modelli societari. Ma anche quando si debba ritenere (C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 124) che manchi nella s.r.l. «la dialettica centrale per la s.p.a. tra chi effettua l'investimento e chi professionalmente svolge funzioni di gestione […] sicché un problema può esaurirsi in quello consueto di ogni attività gestoria nell'interesse altrui e, quindi, con riferimento, pur se non espresso nel dato legislativo, al paradigma del mandatario», un dovere di diligenza rafforzato può ravvisarsi in capo agli amministratori di s.r.l. facendo riferimento al concetto di diligenza professionale di cui all'art. 2476, co. 2, c.c. (N. ABRIANI, in *Diritto delle società. Manuale Breve*, cit., p. 328 ss.; A. DE ANGELIS, *Amministrazione e controlli nella s.r.l.*, cit., p. 480; G. CAPO, *Il governo dell'impresa e la nuova era della società a responsabilità limitata*, cit., p. 514).

[193] Come sottolinea D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, cit., p. 76, dopo aver affermato l'irrilevanza della qualificazione del voto come diritto o come dovere (p. 58), «*non vi è dubbio che anche l'adempimento di doveri e prestazioni e non solo l'esercizio dei diritti o dei poteri nell'esecuzione del contratto può nel nostro ordinamento essere sottoposta al vincolo oggettivo della buona fede o della correttezza. La dottrina civilistica è concorde nel riconoscere l'applicabilità degli artt. 1375 e 1175 c.c. a posizioni soggettive sia attive che passive* […]. *Analogamente la natura di prestazione, dovere o diritto, non muta il contenuto dell'obbligo di buona fede e correttezza*».

Come è noto, l'applicazione generalizzata dei principi di buona fede e correttezza nei rapporti societari, confermata peraltro dalla nota sentenza della Cassazione, 26 ottobre 1995, n. 11151 è stata più volte messa in discussione nella consapevolezza delle peculiarità del contratto di società quale contratto con comunione di scopo, dove le prestazioni di ciascuna parte non si rivolgono al soddisfacimento dell'altra, che caratterizzano i rapporti obbligatori e contrattuali. Si vedano sul punto A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., *passim*; C. ANGELICI, *Rapporti sociali e regole della correttezza*, cit., p. 397, il quale sottolinea come l'eventuale previsione di una norma scritta potrebbe evidenziare, al pari di ciò che accade nell'ordinamento tedesco, «*la peculiarità del contesto sociale ed in particolare la irriducibilità a quello schema di debito-credito considerato dall'art. 1175 c.c.*»; ID., *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 79 ss. A tale proposito, la dottrina propone soluzioni articolate e la rilevanza del problema risulta evidenziata dalle proposte di legge in cui si faceva un esplicito inserimento della correttezza nell'ambito dell'ordinamento societario.

Una prima proposta, presentata nel progetto di Riforma elaborato dalla Commissione Di Sabato (AA.VV., *Il ruolo attuale delle società di persone e le prospettive di riforma della disciplina codicistica*, a cura di F. Di Sabato, Napoli, 1993), al fine di predisporre un disegno di legge di riforma delle società in generale e delle società di persone, prevedeva di inserire nel testo dell'art. 2247 c.c. un secondo comma in base al quale «*nei rapporti sociali devono essere osservate le regole della correttezza*». A tale formulazione sono stati posti due ordini di obiezioni da parte della dottrina. In primo luogo, la genericità della norma rendeva impossibile individuare i comportamenti da tenere. Sul punto si veda E. CESARO, *Il principio di correttezza nell'esercizio dell'attività sociale*, in *Il ruolo attuale delle società di persone e le prospettive di riforma della disciplina codicistica*, op. cit., p. 59 ss. il quale, oltre a ritenere che «*l'introduzione del nuovo comma non apporti una novità in quanto la regola possa dirsi già esistente nell'ordinamento, considera che l'utilizzo del termine correttezza poteva essere sostituito o integrato con quello della buona fede, più adatta ad individuare i criteri di comportamento che i soci devono tenere in sede di esecuzione del contratto*». Dall'altro, si riteneva impossibile determinare i soggetti realmente coinvolti nel rapporto stesso al fine di stabilire i destinatari delle eventuali sanzioni. Sul punto, cfr. C. ANGELICI, *Rapporti sociali e regole della correttezza*, cit., p. 394, il quale – in una prospettiva poi

traducendosi in un mezzo generale di controllo delle modalità di esercizio dei poteri di autonomia nell'ambito delle relazioni interindividuali, diviene tanto più importante individuare quanto più sono accentuate le prerogative discrezionali che consentono di incidere *anche* sulle aspettative e sulla integrità di sfere giuridiche diverse da quella del titolare[194] e quanto più rilevante diviene il pericolo di esplicazioni dannose dei poteri di autonomia a

ribadita in ID., *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 79 ss., spec. p. 120 ss. – sottolinea come «*il riferimento a "rapporti sociali", se è opinabile che possa esaurirsi in un rinvio al contratto di società, pone, comunque, un'esigenza di circoscrivere le vicende per le quali divengono utilizzabili le regole di correttezza di cui stiamo discutendo*». Di modo che l'illustre Scrittore individuava tre soluzioni prospettabili per delimitare i rapporti sociali rilevanti: «*a) una soluzione di tipo formale che circoscrive quei rapporti sociali alle ipotesi in cui si tratta di situazioni giuridiche soggettive, attive e passive, direttamente riconducibili all'organizzazione della società; b) una soluzione che ritiene invece necessario considerare in concreto la funzione della singola vicenda e verificare* […] *la possibile rilevanza di una* causa societatis *per rapporti contrattuali tra essi instaurati*» (e si vedrà più oltre quanto disciplinato oggi dall'art. 2467 c.c., con riferimento ai prestiti dei soci nella s.r.l. dove la posizione di socio condiziona il trattamento normativo rispetto alla diversa ipotesi in cui il finanziatore sia un terzo, atteso che il socio, attraverso la concessione di un finanziamento alla società, intende soddisfare un proprio interesse sociale, di modo che la stessa causa del finanziamento è da ricercare nel rapporto sociale, ovvero nella *causa societatis*); «*c) una soluzione, infine, ancora più ampia direi fino ai limiti estremi, la quale voglia riconoscere quei rapporti sociali ogni qualvolta si presentano vicende che sono in grado di incidere su interessi di tipo sociale degli altri partecipanti al gruppo: come soprattutto può verificarsi in ipotesi di negoziazione della partecipazione*».

In seguito a tali critiche, ai lavori della Commissione Di Sabato ha fatto seguito l'opera di una ulteriore Commissione presieduta da Rovelli (pubblicato in *Soc.*, 2001, p. 347 ss.) secondo la quale il nuovo art. 2249 c.c. rubricato «*Comportamento secondo correttezza*», doveva prevedere che «*nei rapporti relativi alla società devono essere osservate le regole della correttezza*». La formulazione "rapporti relativi alla società", secondo le intenzioni della Commissione Rovelli, consentiva, infatti, di ampliare la portata anche alle ipotesi di rapporto tra chi è in società e chi non è (o non ancora) socio, atteso che nella Relazione allo schema di legge (*Soc.*, cit., p. 1378 ss.) si legge che «*si riferisce al problema* […] *della cessione di partecipazioni, in cui la situazione patrimoniale della società dichiarata è diversa da quella effettiva, a meno che non si sia assunta contrattualmente una garanzia* ad hoc».

Probabilmente, a parere di chi scrive, la scelta di non inserire esplicitamente il richiamo alla regola di correttezza e di buona fede, neanche in occasione della riforma organica delle società di capitali, è dovuta alla considerazione, comune a molti interpreti, del rischio di un appiattimento delle posizioni dei soci, considerandoli tutti, per i diversi tipi di società, ugualmente legati da un obbligo di siffatta natura sia nel momento genetico dato dal contratto o dal "contatto", sia nel momento dell'esercizio del potere sociale.

194 In questo senso appariva opportuna la scelta della Commissione Di Sabato, la quale con il riferimento, pur generico, ai rapporti sociali, prendeva atto della peculiarità di questi, considerando accanto a rapporti tipicamente obbligatori anche quelli che presentano «*elementi organizzativi e programmatici, addirittura prevalenti su quelli obbligatori*» e giustificava l'applicazione della correttezza proprio in ragione della peculiarità. Si legge, infatti, nella Relazione al disegno di legge: «*Questa fisionomia del contenuto del rapporto di società, lungi dal giustificare disapplicazioni del valore della correttezza, esige che l'attuazione del programma e il funzionamento dell'organizzazione ne siano costantemente governati*».

carico delle altre parti del rapporto giuridico[195].

La suesposta tesi è, probabilmente, congrua rispetto alla responsabilità insorta nei confronti della società e degli altri soci, non invece nei rapporti con i terzi. A tal fine, convince maggiormente l'idea per cui l'obbligo gravante sul socio nei confronti dei creditori non derivi da generali obblighi di protezione scaturenti dalle clausole generali di buona fede e correttezza, quanto piuttosto, come per gli amministratori, dalle norme poste a presidio dell'integrità del patrimonio, o meglio, tese ad evitare che il rischio d'impresa venga fatto ricadere sui creditori.

In primo luogo, occorre sottolineare che la c.d. responsabilità esterna del socio interviene qualora la decisione o l'autorizzazione dell'atto sia risultata eziologicamente – oltre che intenzionalmente – efficiente alla produzione del danno nei confronti dei terzi e dei creditori sociali, affiancandosi alla concorrente responsabilità degli amministratori: si pensi, ad esempio, ad una decisione assunta dal socio in conflitto di interessi che minacci l'integrità del patrimonio sociale per i creditori o che aggravi il dissesto della società, ovvero all'approvazione di un bilancio falso e non veritiero consapevolmente preordinato ad indurre la sottoscrizione di quote da parte di terzi.

In vero, laddove si affermi che il socio risponda in quanto portatore dei medesimi obblighi previsti per i soggetti preposti allo svolgimento delle funzioni gestorie, si porranno gli stessi dubbi sul regime e sul fondamento giuridico della responsabilità esterna, a tutt'oggi dibattuti per quanto riguarda la posizione degli amministratori (regolata dall'art. 2476, co. 6, c.c.), oltre che sulla possibilità di esperire, per il creditore di s.r.l., un'azione analoga a quella prevista dall'art. 2394 c.c.[196], questione quest'ultima nemmeno risolta dalla riforma delle procedure concorsuali del 2006-2007, ma oggi riconsiderata dal legislatore all'art. 13 dello Schema di disegno di legge recante "*Delega al Governo per la Riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*" elaborato dalla Commissione presieduta dal Presidente Rordorf[197]. Inoltre, anche quando se ne ammetta l'esperibilità[198] – come ci

---

195 Cfr. per questa impostazione A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 679 ss., spec. p. 685 ss. (il quale trae spunti dall'importante decisione della Cass., 22 luglio 1999, n. 500); G. OPPO, *Novità e interrogativi in tema di tutela di interessi legittimi*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 391 ss., spec. p. 397, il quale rimarca che il campo in cui è stato maggiormente studiato è quello dei rapporti interni a gruppi associativi, in particolare a quelli che hanno fondamento contrattuale.

196 Un'azione di responsabilità dei creditori sociali è però prevista per la s.r.l. in liquidazione (art. 2485, co. 1, 2486, co. 1, 2491, u.c., c.c.) e per quelle soggette ad attività di direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.).

197 Legge delega pubblicata nella G.U. del 30 ottobre 2017.

198 Cfr. N. ABRIANI, *Diritto delle società. Manuale breve*, cit., p. 331, indipendentemente dalla qualificazione aquiliana per lesione dell'aspettativa di credito o surrogatoria; O. CAGNASSO, *sub Art. 2476 c.c.*, cit., il quale propende per l'attribuzione di un'azione surrogatoria; S. AMBROSINI, *sub Art. 2476 c.c.*, cit., p. 1604 ss. per il quale, si tratta di azione di responsabilità da lesione di aspettativa di credito; *contra* S. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità*, cit., pp. 305-306, per il quale, tenuto conto della non univocità del dato normativo e «*pur in presenza di un'immanente esigenza di tutela dei*

sembra di poter fare –, la qualificazione della natura dell'azione nella direzione aquiliana o in quella contrattuale dipenderà poi dalla possibilità o meno di ravvisare l'esistenza di un obbligo giuridico preesistente degli amministratori (e quindi anche dei soci, se si ritenga di dover assimilare la posizione del socio a quella dell'amministratore) verso i creditori.

Se così è, non si ritiene qui di poter aderire alla tesi sulla responsabilità esterna del socio che, pur muovendo dagli esiti interpretativi in tema di responsabilità degli amministratori derivante dallo svolgimento della funzione gestoria, configura un generale obbligo di protezione nei confronti dei terzi in capo ai consociati[199].

In particolare, parte della dottrina era giunta ad affermare che «*gli amministratori, nello svolgimento dell'attività di gestione e di attuazione del rapporto con la società, possono interferire con interessi estranei a questo rapporto, interessi che, in considerazione appunto della tipicità di tale interferenza (non semplice accidentalità), non possono essere ignorati nel suo svolgimento*»[200].

Ripercorrendo le pregresse elaborazioni in materia di doveri di

*creditori sociali, il silenzio altrimenti inspiegabile del legislatore (*ubi noluit tacuit*) e l'assenza di decisive argomentazioni contrarie inducono a concludere che, salvo il caso di danno diretto (art. 2476, co. 6, c.c.) e non per il tramite dell'insufficienza del patrimonio sociale, il creditore non ha azione nei confronti degli amministratori*»; G. RACUGNO, *L'amministratore*, cit., p. 16; F. PARRELLA, *sub Art. 2476 c.c.*, cit., p. 127, nt. 23; C. AMATUCCI, *Ancora un capitale per la s.r.l.? Sincerità del legislatore tra tutela dei creditori e «rarefazione» dei conferimento*, cit., p. 1474.

199 Cfr. *supra* nt. 192.

200 A.R. ADIUTORI, *Funzione amministrativa e azione individuale di responsabilità*, Milano, 2000, p. 67 ss. (cogliendo uno spunto di C. ANGELICI, *La società per azioni*, cit., p. 1010 ss.) la quale ha configurato la responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali e i terzi come avente natura contrattuale e derivante dalla violazione dei doveri di protezione, inserita nell'ambito del sistema integrato di responsabilità degli amministratori per l'attività di gestione da essi svolta. In particolare, l'A. parte dal presupposto che suddetta responsabilità derivi dalla violazione di obblighi preesistenti *ex lege* o in base allo statuto per assicurare il corretto esercizio delle funzioni gestorie e che non sia possibile individuare un autonomo rapporto contrattuale tra creditori sociali (o terzi) e amministratori ma solo tra questi ultimi e la società.

protezione[201] nei confronti dei terzi[202], tale dottrina era pervenuta alla

[201] La dottrina italiana (C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 4), sulla scia dell'elaborazione tedesca, ha individuato una categoria particolare, afferente i rapporti giuridici, quella dei cc.dd. doveri di protezione ed obblighi di conservazione, al fine di tutelare una serie di interessi preesistenti al rapporto obbligatorio che aspirano ad essere protetti in maniera più rafforzata rispetto al generico principio del *neminem laedere*, ovvero di interessi la cui esigenza di protezione possa semplicemente essere occasionata dalla presenza di un rapporto obbligatorio.

È stato, in primo luogo, individuato un concetto di obbligazione, quale rapporto complesso in cui, accanto all'obbligo di prestazione, si pongono una serie di obblighi accessori tra i quali rientrano i doveri di protezione che, a differenza del primo, graverebbero su ciascuna delle due parti del rapporto obbligatorio, al fine di tutelare la persona o il patrimonio dell'altra: secondo tale impostazione, quindi, il debitore o il creditore che nell'attuazione del rapporto obbligatorio abbia recato danno all'altra parte, rispondono anche se l'obbligo di prestazione viene esattamente adempiuto.

Tale concezione non è stata esente da critiche, in merito alla sua superfluità e, in particolare, alla sua incongruenza, «*perché posta a tutela di interessi che invece non sono dedotti nel rapporto obbligatorio*» (A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al c.c.*, a cura di A. Scialoja – G. Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 122 ss.).

Anche la fonte degli obblighi di protezione, tra l'altro, sarebbe discussa atteso che essa, per taluni, si ravvisa nell'obbligo di diligenza (cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 2000, p. 505), per altri, nell'art. 1175 (cfr. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 123; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 3).

[202] La dottrina, infatti, ha individuato talune ipotesi in cui obblighi di protezione sussistono anche a favore di terzi estranei al rapporto obbligatorio, al fine di configurare una responsabilità di natura contrattuale per i danni da essi eventualmente subiti. La sussistenza di obblighi di protezione nei confronti di terzi presupporrebbe tuttavia il verificarsi di due condizioni. Innanzitutto, l'individuazione del fondamento giuridico dell'estensione dei doveri di protezione del terzo, non potendo questi essere considerati una semplice variante degli obblighi di protezione riguardanti le parti del rapporto. Tale fondamento, per taluni, è stato individuato nella buona fede integrativa, consentendo questa non solo di integrare il contenuto contrattuale sul piano oggettivo delle prestazioni dovute, ma anche di ampliare la sfera dei soggetti protetti dal rapporto.

La suddetta impostazione ha subito notevoli obiezioni.

Da un lato, si contesta che si possa parlare di integrazione contrattuale presupponendo una lacuna del regolamento contrattuale che nella fattispecie non può sussistere con riguardo alla sfera dei terzi e a interessi eterogenei rispetto a quelli perseguiti attraverso l'operazione. Peraltro, l'art. 1375 c.c. assegna alla buona fede il ruolo di integrazione in sede di attuazione ed esecuzione del rapporto obbligatorio, nell'assunto che siano precedentemente ed altrimenti risolti i problemi relativi all'individuazione dei soggetti tra i quali il rapporto corre: in questo caso, invece, l'inserimento del terzo nel rapporto obbligatorio atterrebbe al momento della fonte del rapporto e non a quello del suo attuarsi.

La tesi più accreditata è quella secondo cui la protezione del terzo richieda un'esplicazione in tal senso dell'autonomia privata delle parti, non più però intesa come autoregolamento egoistico dei propri interessi, ma anche come regolamento funzionale alla tutela della sfera e degli interessi dei terzi ai quali si è variamente legati.

E dunque, e questa è la seconda condizione, è necessario rinvenire un criterio formale idoneo a distinguere i terzi protetti *ex contractu* dalla generalità dei terzi estranei al rapporto obbligatorio. Al criterio meramente soggettivo (che tiene conto della volontà anche implicita delle parti), si è preferito un criterio oggettivo ragguagliato ai fattori di rischio cui sarebbe esposto il terzo, anche alla luce della destinazione della prestazione. Un ulteriore passaggio effettuato dalla dottrina rispetto alla configurazione di doveri di protezione nei confronti delle parti e dei terzi comunque legati ad una pregressa

conclusione che la responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali e i terzi trovasse fondamento nella violazione da parte dell'organo gestorio di doveri di protezione posti a tutela di interessi (interesse del creditore alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, interesse del terzo a non subire danni al proprio patrimonio) «*che diventerebbero rilevanti in ragione della connaturale interferenza dell'attività gestoria, posta a causa ed in occasione dell'esecuzione del rapporto che intercorre tra la società e gli amministratori stessi*»[203].

In verità, però, sarebbero per tale via protetti soltanto i portatori di quegli interessi che abbiano trovato una specifica forma di tutela nella disciplina delle società o in quella dell'impresa commerciale[204]: così il creditore sociale, alla cui tutela sono anche predisposte le norme in materia di redazione del bilancio di esercizio, di effettività del capitale sociale, ecc.; così il terzo tratto in inganno dalla falsità del bilancio e delle comunicazioni sociali, ai sensi degli artt. 2621 e seguenti c.c.

Individuato, pertanto, il fondamento della responsabilità nei doveri di protezione verso i creditori e i terzi che l'amministratore è tenuto a rispettare nell'esercizio dell'attività gestoria, si è da più parti affermato che sia possibile configurare una responsabilità di tipo contrattuale del socio, basata «*sulla violazione degli obblighi accessori destinati a controbilanciare anche verso l'esterno la posizione di dominio*» connessa alla titolarità di una partecipazione qualificata[205]. In particolare, per questa dottrina, la rilevanza

---

stipulazione del contratto, consiste nella prospettazione di doveri di protezione orfani di quelli di prestazione, generati da altre vicende o contatti sociali presi in considerazione dall'ordinamento giuridico come fonti di obblighi di protezione. Viene in rilievo un rapporto obbligatorio *ex lege* che genererebbe un'esigenza di protezione del terzo non dissimile da quella che si riscontra per i rapporti obbligatori contrattuali, ovvero un puro rapporto di protezione senza obblighi di prestazione di matrice contrattuale o legale. Una medesima esigenza di protezione si porrebbe nella responsabilità precontrattuale, ricostruita spesso come un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione.

203 A.R. ADIUTORI, *Funzione amministrativa e azione individuale di responsabilità*, cit., p. 72 ss.

204 Per tale rilievo, cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 250 ss. Una operazione analoga – e cioè l'individuazione di interessi rilevanti per l'ordinamento in base alla disciplina societaria – già era compiuta, come si osservava in precedenza, dal Nigro al fine di affermare una responsabilità però extracontrattuale nelle ipotesi di abuso della personalità giuridica.

205 Cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 250 ss., per il quale «*appare ragionevole ritenere che la "rilevanza" della posizione di dominio societario si proietti nella sfera di quei soggetti estranei che, però, in ragione del loro rapporto con la società, sono parimenti esposti al rischio di abusi e violazioni, come è del resto confermato dalla nuova disciplina della responsabilità da abuso da attività di direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.)*». In verità, l'affermazione secondo cui al socio (in particolare, al socio qualificato) afferiscono doveri di protezione nei confronti dei terzi era diffusa in dottrina (cfr. M. STELLA RICHTER JR., "*Trasferimento del controllo" e rapporti tra soci*, cit., sulla scia dell'esperienza tedesca), in ragione della più volte affermata efficacia reale del contratto di società (*ex multis*, cfr. P. FERRO - LUZZI, *I contratti associativi*, cit., *passim*), nel tentativo di attrarre nella disciplina più agevole della responsabilità contrattuale ipotesi che altrimenti ricadrebbero nella responsabilità aquiliana.

esterna della posizione di dominio imporrebbe al socio l'astensione «*da condotte idonee a determinare l'approvazione* […] *di decisioni societarie lesive di interessi esterni; o viceversa, ad ostacolare l'adozione di delibere necessarie a realizzare la protezione di questi stessi interessi*»[206].

E così, dal momento che, come detto in precedenza, si deve tener conto della diversa posizione ricoperta rispettivamente dagli amministratori e dai soci nel processo di preparazione, formazione ed esecuzione delle decisioni sociali, la responsabilità del socio conseguirebbe ad una forma qualificata di cooperazione intenzionale[207] – un'ipotesi tipica di induzione all'inadempimento di obblighi di pertinenza esclusiva degli amministratori[208], o comunque di concorso nel fatto illecito degli amministratori, produttivo di un danno ingiusto nei confronti dei creditori o dei terzi[209] – dello stesso nei comportamenti illeciti (in quanto difformi dai contegni prescritti ad es. per assicurare la conservazione del patrimonio sociale o la correttezza dell'informativa societaria) imputabili, pur sempre, all'organo amministrativo.

Sebbene si possano qui condividere – evidentemente solo in parte – gli esiti interpretativi a cui l'impostazione appena esposta conduce, non può invece condividersi il percorso argomentativo seguito, e ciò, da un lato a causa della sua farraginosità, dall'altro, a causa delle difficoltà applicative che ne derivano.

Si preferisce, piuttosto, ricondurre la responsabilità dei soci *ex* art. 2476, co. 7, c.c. al più specifico divieto di abusare dello strumento societario a danno dei creditori, ossia, alla violazione delle norme poste a tutela del patrimonio sociale, vincolanti tanto per gli amministratori quanto per i soci[210]. Il sistema del netto opera dunque come una *rule* destinata a facilitare l'applicazione di *standards* con essa interdipendenti, sì da permettere, ferma l'operatività in via autonoma degli obblighi posti a carico degli amministratori (e dei soci), di poter fare riferimento ad indici più attendibili per l'individuazione della loro violazione e l'elaborazione delle valutazioni previsionali che sono richieste ai gestori in ordine alla conservazione dell'adeguatezza patrimoniale della società, precisando il contenuto degli *standards* legali di condotta in modo da ridurre il grado di discrezionalità in

206 F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 250.

207 Sull'elemento psicologico dell'illecito, cfr. quanto scritto *supra*, alla nt. 159.

208 E ciò se si qualifica la responsabilità degli amministratori come contrattuale. In tal caso poi, la compartecipazione del socio (terzo) all'inadempimento degli obblighi degli amministratori potrebbe venire attratta dalla disciplina della responsabilità contrattuale nei termini già descritti nella nota elaborazione di Castronovo.

209 E ciò laddove si configuri la responsabilità degli amministratori come extracontrattuale.

210 Valutazioni in parte simili possono leggersi in M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e patrimonio nelle società di capitali*, Milano, 2005, p. 275 ss., spec. p. 288; A. VICARI, *L'assistenza finanziaria per l'acquisto del controllo delle società di capitali*, Milano, 2006, p. 229 s.; V. MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, cit., p. 665 ss. In relazione alle società di persone, cfr. F. VESSIA, *La responsabilità per la gestione nelle società di persone*, cit., Cap. I, par. 6, p. 72 ss. e par. 15, p. 156 ss., Cap. II, par. 7, spec. p. 214.

essi insito[211].

1.7. *L'applicazione analogica dell'art. 2476, co. 7, c.c. agli azionisti di s.p.a.*

Se come sostenuto in precedenza, la *ratio* della disposizione in analisi non è ad essere rintracciata nella particolare conformazione del tipo s.r.l., quanto piuttosto nella particolare posizione assunta da uno o più soci all'interno dell'organizzazione societaria, tale da permettergli di incidere sull'azione degli amministratori e rendersi intenzionalmente compartecipi nella produzione di atti gestori violando principi generali del diritto societario, oltre che immanenti alle organizzazioni collettive[212], si potrebbe agevolmente inferire che, ove una medesima posizione venga assunta da un socio di società azionaria, allo stesso modo dovrà egli esser assoggettato alla disciplina dell'art. 2476, co. 7, c.c.[213].

Le competenze previste per l'assemblea ordinaria di s.p.a. (art. 2364 c.c.) non divergono nella sostanza da quelle attribuite al medesimo organo (tenendo conto del venir meno della distinzione tra assemblea ordinaria e straordinaria) nella s.r.l. (art. 2479 c.c.), se non per quanto previsto dall'art. 2479, co. 2, n. 5, c.c. in punto di competenza a decidere operazioni che possano di fatto sostanzialmente modificare l'oggetto sociale ovvero i diritti dei soci[214] (con contestuale previsione, all'art. 2473 c.c., del potere di *exit*).

---

211 Così M. MIOLA, *Capitale sociale e tecniche di tutela dei creditori*, cit., p. 436.

212 Tale conclusione è, peraltro, ricavabile, ma con diverse sfumature, dai lavori monografici di F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, cit., *passim*; ID., *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., *passim*. Cfr. inoltre C. MONTAGNANI, *Informazione e controlli nelle nuove società a responsabilità limitata*, Padova, 2008, p. 168, «*pur dovendosi apprezzare l'enunciazione espressa, in mancanza dell'art. 2476, comma 7, cod. civ., si sarebbe potuti egualmente pervenire, sulla base dei principi di diritto comune*»; cfr. poi P. SPADA, *L'amministrazione «arbitrata»*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, I, Torino, 2006, p. 257 ss., spec. p. 264, nt. 9.

213 In senso favorevole all'applicabilità dell'art. 2476, co. 7, c.c. anche al socio azionista, cfr. A. NIGRO, *La società a responsabilità limitata nel nuovo diritto societario: profili generali*, cit., p. 22; M. RESCIGNO, *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, cit., p. 310 s.; ID., *Rapporti e interferenze tra riforma societaria e fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2007, p. 2120 ss., spec. p. 2136; V. MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, cit., p. 683 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Fusioni pericolose (merger leveraged buy out)*, cit., p. 229 ss.; S. ROSSI, *Deformazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, cit., p. 1060 ss.; F. PASQUARIELLO, *sub Art. 2476*, cit., p. 1978; C. MONTAGNANI, *Informazione e controlli nelle nuove società a responsabilità limitata*, cit., p. 168; F. GUERRERA, "*Compiti" e responsabilità del socio di controllo*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, I, p. 506 ss., spec. p. 509; M. MIOLA, *Atti estranei all'oggetto sociale e autorizzazioni e ratifiche assembleari dal vecchio al nuovo diritto societario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, p. 275 ss., spec. p. 304; U. TOMBARI, *La responsabilità dei soci*, cit., p. 725 s.; E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione delle società di capitali: tra "atti" e "attività". Profili in tema di responsabilità*, cit., p. 182 ss.; M. AIELLO, *La responsabilità degli amministratori e dei soci delle s.r.l.*, Bologna, 2013, p. 234 s.

214 Secondo alcuni autori, i quali propongono un'interpretazione non tradizionale dell'oggetto sociale, la disposizione si applicherebbe alle delibere concernenti operazioni

che comportano una «*modificazione strutturale ed organizzativa tale da incidere sulle condizioni di rischio dell'investimento in misura rilevante*». Così M.S. SPOLIDORO, *La tutela dei soci di minoranza e dei creditori della* holding *nella nuova disciplina delle società di capitali*, in *Diritto commerciale. Società. Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, 3, Milano, 2005, p. 3897ss., spec. p. 3912 s.; ma cfr. anche A. DACCÒ-G.B. PORTALE, *Accentramento di funzioni e di servizi nel gruppo e ruolo dell'assemblea della società controllata*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 470 ss.; P. ABBADESSA-A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 269 ss., spec. p. 308. Tra tali ipotesi, secondo I. DEMURO, *Distribuzione e spostamento di competenze tra amministratori e (decisioni dei) soci nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 856 ss., vi rientrerebbe tanto il compimento di atti gestori destinati a modificare le basi essenziali del contratto sociale, compreso il passaggio della società da operativa ad *holding* con trasferimento dell'azienda a società controllate, quanto la vendita o l'acquisto dell'azienda o di un suo ramo quando capace di alterare la natura dell'oggetto sociale, ovvero ancora l'assoggettamento all'altrui attività di direzione e coordinamento e la sua cessazione, o, in ultimo l'acquisto di partecipazioni che comportano l'assunzione di responsabilità illimitata.

Con particolare riferimento a quest'ultima ipotesi, ci si è chiesti se il combinato disposto degli artt. 2361, co. 2, c.c. e 111-*duodecies* disp. att. c.c. – applicabile, ad avviso di chi scrive, anche alle s.r.l. – implichi l'attribuzione di una vera e propria competenza gestoria in capo ai soci, o se, al contrario, e come ci sembra più corretto, si risolva nella rimozione di un limite ad un potere proprio dell'organo gestorio e sia pertanto riconducibile nell'alveo dell'art. 2364, co. 1, n. 5, c.c. poiché atto di alta amministrazione. La dottrina prevalente propende per la seconda tesi: cfr. V. DONATIVI, *sub Artt. 2361 e 111*-duodecies, in *La riforma delle società di capitali*, a cura di M. Sandulli – V. Santoro, Torino, 2003, I, p. 227 ss.; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, Bologna, 2004, p. 118; M. CAVANNA, *sub Art. 2361, 2° comma*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino – G. Bonfante – O. Cagnasso – P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 450 ss., spec. p. 456; F. TOSCHI VESPASIANI, *La partecipazione della s.p.a. in altre imprese comportante responsabilità illimitata*, in *Soc.*, 2004, p. 1076 ss., spec. p. 1078; A. AUDINO, *Art. 2361*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, I, p. 414 ss.; F. DAGNINO, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 269 ss., spec. p. 293; E. BARCELLONA, *sub Art. 2361* c.c., in *Codice commentato delle* s.p.a., diretto da G. Fauceglia-G. Schiano di Pepe, Torino, 2006, I, p. 305 ss., spec. p. 329; U. TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo «modello di organizzazione dell'attività d'impresa»*, cit., p. 195; L. AUTUORI, *sub Art. 2361 c.c.*, in *Commento alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2008, p. 739 ss., spec. p. 747; F. FERRARA JR.-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., pp. 545 e 825; F. VESSIA, *Società in nome collettivo partecipate da persone giuridiche*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, p. 547 ss., spec. p. 574.

Contra, ritengono che si tratti di competenza propria dell'assemblea, cfr. A. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa-Portale, Torino, 2007, I, p. 110 ss.; G. PRESTI-M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2009, p. 466; F. BRIOLINI, *Gli strumenti di controllo degli azionisti di minoranza sulla gestione*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società.* Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, p. 16 ss., spec. p. 20; M. IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali*, in *Giur. it.*, 2010, p. 471 ss., spec. p. 474; ID., *La società di fatto tra società di capitali: un tema controverso*, in Aa. Vv., *Le nuove società di persone*, diretto da G. Cottino - O. Cagnasso, Bologna, 2014, p. 55 ss.; F. GUERRERA, *Note critiche sulla c.d. super-società e sull'estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*, in *Dir. fall.*, 2014, II, p. 63 ss., spec. pp. 66-67.

Tuttavia, ciò non basterebbe a far inferire che la ragione fondante della responsabilità in analisi risieda precipuamente nell'attribuzione delle competenze gestorie contemplate dall'art. 2479, co. 2, n. 5, c.c., per un triplice ordine di motivi: *i*) tale impostazione avrebbe come logica conseguenza quella di rendere applicabile l'art. 2476, co. 7, c.c. – comprimendo oltremodo il principio di responsabilità del socio – alle sole ipotesi ivi contemplate; *ii*) la lettera della disposizione da ultimo menzionata fa riferimento alle decisioni ed alle autorizzazioni, a differenza dell'art. 2479, co. 2, n. 5, c.c. il quale prevede una competenza a "deliberare" il compimento di operazioni, sicché, se il più comprende il meno, le delibere possono essere qualificate come *species* del *genus* "decisioni", e pertanto essere in esse ricomprese, con ciò non implicando un esaurimento della portata delle seconde; *iii*) infine, a voler ritenere che la responsabilità del socio operi solo in occasione delle operazioni gestorie riconducibili al n. 5 dell'art. 2479, co. 2, c.c., vi sarebbe un'evidente disparità di trattamento rispetto a fattispecie analoghe del pari dannose, ma riconducibili ad un medesimo concorso, tramite ad esempio decisioni od autorizzazioni, ad un diverso atto gestorio[215].

La tesi che qui si sostiene potrebbe essere avversata dalla lettura dell'art.

Secondo alcuni Autori, il principio oggi contenuto nell'art. 2361, co. 2, c.c., sarebbe espressione di un più generale principio di devoluzione di competenza all'assemblea dei soci per alcune "*decisioni di interesse primordiale*", in virtù del principio di buona fede nell'esecuzione del rapporto di amministrazione. Così prima della riforma del diritto societario P. ABBADESSA, *Competenza dell'assemblea: casistica e principi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 3*, Torino, 1994, p. 21 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *ivi*, 1991, IV, p. 105 ss.; nonché successivamente P. ABBADESSA, *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, cit., p. 543; G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2006, p. 4 ss., spec. p. 25; G.B. PORTALE-A. DACCÒ, *Accentramento di funzioni e di servizi nel gruppo e ruolo dell'assemblea della società controllata*, *ivi*, p. 477; E. GINEVRA, *sub Art. 2361 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di D.U. Santosuosso, Torino, 2014, p. 1345 ss. Precisa poi P. ABBADESSA, *La competenza assembleare in materia di gestione nella s.p.a.: dal codice alla riforma*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società.* Liber amicorum Antonio Piras, 2010, p. 3 ss., ma spec. p. 13 ss., nel criticare la tesi delle competenze legali implicite sostenuta da G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, *ivi*, p. 1 ss., che gli amministratori sono comunque tenuti, quando si trovino a dover adottare decisioni di interesse primordiale, a dover informare l'organo assembleare, il quale potrà esprimere pareri o raccomandazioni, notando «*che è, poi, quanto gli amministratori farebbero in ogni caso nei confronti del socio o della coalizione di controllo: la legge solamente impone che l'informazione non resti riservata ad alcuni interlocutori privilegiati, ma sia estesa a tutti gli azionisti*».

Secondo un'Autrice, poi, la previsione di una competenza assembleare in materia gestoria, dopo la riforma del 2003 e con il conseguente irrigidimento del modello corporativo da essa attuato, rappresenta senz'altro una previsione "eccentrica" ed "asistematica" nell'ambito della nuova disciplina della s.p.a., cfr. A. PAOLINI, *Le modificazioni di fatto dell'oggetto sociale*, Milano, 2014, p. 76.

215 Cfr. così C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità dei soci nella s.r.l.*, cit., p. 218 s.

2380-*bis* c.c. il quale, è noto, attribuisce la competenza gestoria esclusivamente agli amministratori, così imputandone loro ogni ripercussione in punto di responsabilità per *mala gestio*. Tuttavia, volendo dare rilievo al combinato disposto del predetto art. 2380-*bis* c.c. con l'art. 2364, n. 5, c.c., è pur sempre possibile che lo statuto demandi all'assemblea una competenza – mai piena ed esclusiva – ad autorizzare singoli atti, dettagliatamente descritti e in ogni caso estranei alla sfera operativa della gestione corrente[216], o che gli amministratori richiedano all'assemblea un parere[217] od un'autorizzazione per il compimento di un atto gestorio[218], o ancora che venga conferito ad un singolo socio – sottoscrittore di azioni speciali o strumenti finanziari partecipativi, ex artt. 2351, co. 5, c.c. e 2449 c.c. – un potere di nomina dei membri degli organi di amministrazione o di controllo.

---

[216] Con riferimento alla s.r.l., il problema della devoluzione all'assemblea dei soci di atti di gestione c.d. corrente veniva risolto in senso negativo da P. ABBADESSA, *Competenza dell'assemblea: casistica e principi*, cit., p. 42 s., sulla base di pregiudicare il fluido e corrente esercizio dell'attività a causa della macchinosità del procedimento assembleare; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, cit., p. 312 ss.

Con riferimento alla nuova disciplina della s.r.l., la tesi liberale è sostenuta da F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 71, nt. 63; P. ABBADESSA, *La* voice *dei soci nella gestione della s.r.l.*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, p. 186 ss., spec. p. 194; G. GUIZZI, *L'assemblea: ovvero, delle competenze dei soci e del modo di esercitarle nella società a responsabilità limitata riformata (Due esperienze a confronto)*, cit., p. 29; G. PETROBONI, *Le competenze gestorie dei soci nella società a responsabilità limitata. Regime legale e modelli statutari*, cit., p. 194 ss. *Contra*, cfr. I. DEMURO, *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione nella s.r.l.*, cit., p. 49; M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, cit., p. 23.

[217] Non può escludersi che anche un "parere" espresso dai soci possa avere un impatto eziologico effettivo sulle scelte degli amministratori, sì da esigere una corrispondente traslazione di responsabilità in capo ai primi. Così cfr. L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva"* ex *art. 2497, 2° co., c.c.*, cit., p. 129; ritengono invece che tali determinazioni assumerebbero un valore ridotto, P. ABBADESSA-A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea delle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 288 ss.; F. TASSINARI, *sub Art. 2364*, cit., p. 465; A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008, p. 277; R. LENER-A. TUCCI, *Società per azioni. L'assemblea*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da V. Buonocore, diretto da R. Costi, Torino, 2012, p. 44.

[218] In senso favorevole al riconoscimento della legittimazione degli amministratori a richiedere l'autorizzazione dell'assemblea, pur se non prevista dallo statuto, cfr., *ex multis*, V. CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 535 ss.; F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 57, nt. 24; C. MONTAGNANI, *sub Artt. 2364-2464*-bis, in AA.VV., *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 455; M. MIOLA, *L'oggetto sociale tra autonomia statutaria ed autonomia gestoria*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 703 ss., spec. p. 748 s.; A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 270.

Ritengono invece incompatibile il nuovo art. 2364, co. 2, n. 5, c.c. con la possibilità per gli amministratori di sottoporre spontaneamente decisioni su materie gestorie alla preventiva autorizzazione dell'assemblea degli azionisti B. LIBONATI, *Assemblea e patti parasociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 463 ss., spec. p. 468; M. SANDULLI, *sub Art. 2380*-bis, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, I, Torino, 2003, p. 396 ss., spec. p. 398; F. GALGANO-R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative*, cit., p. 350.

È in alcune ipotesi, poi, la legge stessa a riservare all'assemblea singole competenze gestorie[219], ovvero a subordinare l'adozione di singoli atti di gestione ad una sua preventiva autorizzazione[220].

In tutti questi casi, l'intervento dei soci di s.p.a. non si pone – e, stante il chiaro disposto dell'art. 2380-*bis* c.c., non potrebbe comunque porsi – quale condizione per l'esclusione della responsabilità degli amministratori per atti di loro competenza, implicando piuttosto, in applicazione analogica dell'art. 2476, co. 7, c.c., una loro responsabilità per concorso nel fatto dannoso, nel pieno rispetto delle dinamiche tracciate con riferimento ai soci di s.r.l.[221]

Infine, l'operatività della norma anche nel sistema delle s.p.a. potrebbe trovare fondamento nella considerazione – già rilevata *supra*, al §1 di questa sezione – per cui il medesimo principio ispiratore di repressione degli abusi

---

219 Si pensi: *i*) agli opportuni provvedimenti contemplati dall'art. 2446, co. 2, c.c., ai quali spesso si è attribuita una natura gestoria. Tali potrebbero essere, oltre alle operazioni di modifica del capitale sociale, l'eventuale sollecitazione ai soci di versamenti spontanei a copertura delle perdite o vere e proprie decisioni aziendali, tra cui quella di chiudere gli stabilimenti, di ridurre il personale, di modificare l'indirizzo produttivo o di politica commerciale (cfr. P. ABBADESSA, *Competenza dell'assemblea: casistica e principi*, cit., p. 9, nt. 15; R. NOBILI-M.S. SPOLIDORO, *La riduzione del capitale sociale*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 6*, Torino, 1993, p. 351 ss.; R. TETI, *Il capitale nominale e l'ordinamento delle società azionarie*, Napoli, 1986, p. 178; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, cit., p. 117 s., nt. 64; C. MONTAGNANI, *Deliberazioni assembleari e procedure liquidatorie*, Milano, 1999, p. 45 s.; G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, cit., p. 27 s.; R. NOBILI, *La riduzione del capitale*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa-G.B. Portale, 3, Torino, 2007, p. 298 ss., spec. p. 331); *ii*) agli artt. 2406 e 2409 c.c., ai sensi dei quali, rispettivamente, i sindaci che ravvisino fatti censurabili di rilevante gravità devono convocare l'assemblea quando vi sia urgente necessità di provvedere, ed il tribunale, nel disporre gli opportuni provvedimenti, deve convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni; *iii*) all'art. 2361, co. 2, c.c. di cui si è già detto diffusamente *supra*, nt. 213; *iv*) all'art. 2487, c.c., il quale attribuisce all'assemblea dei soci un penetrante potere di controllo nella fase di liquidazione della società.

220 E così, l'assemblea interviene: *i*) ai sensi dell'art. 2331, co. 3, c.c., per ratificare gli atti compiuti in nome della società prima dell'iscrizione nel Registro delle imprese; *ii*) ai sensi dell'art. 2343-*bis* c.c., per autorizzare gli acquisti pericolosi; *iii*) *ex* art. 2390, co. 1, c.c., per autorizzare ad assumere la qualità di soci illimitatamente responsabili in società concorrenti ovvero ad esercitare un'attività d'impresa concorrente per conto proprio o di terzi; *iv*) ai sensi degli artt. 2357, co. 2 e 2357-*ter*, co. 1, c.c., per autorizzare l'acquisto e la vendita di azioni proprie o di azioni della controllante (artt. 2359-*bis*, co. 2 e 2359-*ter*, co. 1, c.c.); *v*) *ex* art. 104 TUF, per autorizzare l'adozione di tecniche difensive in pendenza di un'offerta pubblica di acquisto.

221 Cfr. M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, cit., p. 27; M. MIOLA, *Atti estranei all'oggetto sociale e autorizzazioni e ratifiche assembleari dal vecchio al nuovo diritto societario*, cit., p. 304.

A tal proposito, si può notare come, mentre prima della riforma del 2003, un intervento da parte dell'assemblea avrebbe avuto la funzione di esonerare gli amministratori da responsabilità, per lo meno nei confronti della società, a seguito delle modifiche apportate all'art. 2364 c.c. ed all'introduzione dell'art. 2380-*bis* c.c., la prospettiva risulti oggi rovesciata, potendo la cooperazione dolosa del socio comportare l'estensione a questi della responsabilità legata al compimento dell'atto dannoso e non, invece, un esonero per gli amministratori che abbiano agito.

di eterogestione conforma anche la disciplina dei gruppi di società (art. 2497 ss. c.c.), disciplina che, come noto, gode del carattere della transtipicità. Tanto l'art. 2497 c.c., quanto l'art. 2476, co. 7, c.c., mirano ad apprestare strumenti di reazione rispetto a condotte di eterodirezione dell'azione degli amministratori, la cui condizione di operatività è esclusivamente fattuale e può, pertanto, verificarsi indipendentemente dal tipo sociale impiegato per l'esercizio dell'attività d'impresa[222], sulla base del patto fiduciario sempre intercorrente tra soci ed amministratori e che talvolta, assumendo una particolare conformazione in relazione a singoli azionisti, permetterà a questi ultimi di esercitare una pressione tale da indurre l'organo amministrativo a porre in essere singoli atti rientranti nella propria competenza[223].

---

[222] Può, a tal riguardo, notarsi come quanto detto in precedenza (§5) in ordine al rilievo delle condotte extraistituzionali dimostri l'impermeabilità dell'applicazione dell'art. 2476, co. 7, c.c. rispetto alla ripartizione delle competenze tra l'assemblea e l'organo amministrativo, sicché, anche quando all'organo amministrativo spetti una competenza esclusiva sulla gestione, la responsabilità per gli atti compiuti potrà estendersi anche ai soci che abbiano concretamente determinato l'azione degli amministratori.

[223] Si pensi alla già menzionata ipotesi in cui venga riconosciuto allo Stato o ad altro ente pubblico il diritto speciale di nominare singoli amministratori (art. 2449 c.c.), ovvero alla possibilità di emettere strumenti finanziari partecipativi o titoli azioni rappresentativi del diritto di nominare un amministratore indipendente (art. 2351, co. 5, c.c.), o ancora ad ipotesi di contratti o clausole che prevedano la subordinazione di decisioni circa singoli atti, operazioni o progettazione di strategie imprenditoriali, alla volontà di un organo esterno (al fine rilevano gli artt. 2359, co. 1, n. 3, 2497-*septies* c.c. ed anche i *covenants*, sui quali cfr. *ex multis* G. GIANNELLI, Covenants *finanziari e finanziamento dell'impresa di gruppo in crisi*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 609 ss.; U. PATRONI GRIFFI, *I* covenants *finanziari. Note introduttive*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 601 ss.; D.U. SANTOSUOSSO, Covenants *finanziari: rischio d'impresa e responsabilità gestionali*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 639 ss.).

Si ponga mente, in ultimo, alle circostanze che permettono al socio di assumere quella che C. TEDESCHI, "*Potere di orientamento" dei soci nelle società per azioni*, Milano, 2005, p. 69 s., ha chiamato "posizione differenziata"; queste possono consistere: *i*) nel controllo (cfr. C. ANGELICI, *Le disposizioni generali sulla società per azioni. La costituzione della società per azioni. La partecipazione azionaria nella società per azioni*, cit., p. 206; M. STELLA RICHTER JR., *Collegamento e raggruppamento delle azioni di società*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, p. 385 ss.; A. MUSSO, *La rilevanza esterna del socio nelle società di capitali*, Milano, 1996, p. 52 ss.); *ii*) nell'adesione a patti parasociali (cfr. G. D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*, Milano, 2007, p. 111 s.; A. MUSSO, *ivi*, p. 225 ss.); *iii*) in rapporti di scambio o finanziamento intercorrenti tra socio e società paralleli rispetto al rapporto sociale (cfr. C. ANGELICI, *Note in tema di rapporti contrattuali tra soci e società*, in G.B. FERRI-C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, p. 358 ss.; A. MUSSO, *ivi*, p. 241 ss.); *iv*) nell'aver messo a disposizione della società entità – che nella maggior parte dei casi non possono formare oggetto di conferimento – utili o, addirittura, essenziali all'esercizio dell'attività d'impresa, quando il loro impiego presuppone la collaborazione e la partecipazione dell'offerente, le cui potenzialità dipendono dal mantenimento di specifiche conoscenze o professionalità del socio (cfr. A. MUSSO, *ivi*, p. 225 ss.).

SEZIONE 2
L'abuso del potere di gestione nell'attività di direzione e coordinamento di società.

2.1. *L'attività di direzione e coordinamento prima e dopo la riforma del 2003.*

Si è visto, nella precedente sezione, come, avendo il legislatore del 2003 infranto un vecchio tabù, il potere di uno o più soci di determinare il compimento da parte degli amministratori di singoli atti gestori dannosi per la società, i soci o i terzi, possa ora provocare, in ragione di un'espressa previsione di legge, un coinvolgimento dei primi nella responsabilità dei secondi. Punto nodale diviene, così, il potere di eterogestione.

Dal medesimo intento di reprimere condotte abusive dei soci consistenti nell'eterodirezione di società è animata la disciplina dettata dagli artt. 2497 ss. c.c., incentrata, a differenza dell'art. 2476, co. 7, c.c., sul valore dell'attività e non più, invece, del singolo atto. Ciò pone all'interprete, in prima battuta, il problema del difficile inquadramento delle fattispecie soggette alle regole sui gruppi nel sistema del diritto societario a partire dalla clausola generale di corretta gestione societaria ed imprenditoriale (*rectius*, delle clausole di corretta gestione societaria e di corretta gestione imprenditoriale[224]), di modo, poi, da poterne indagare la *vis expansiva* anche al di fuori dell'ambito in cui è stata dettata.

Per far ciò, occorre anzitutto constatare come, in una fase precedente rispetto all'avvento della nuova disciplina, il fenomeno dei gruppi veniva letto attraverso le lenti del conflitto di interessi, ed il rimedio concesso ai «*soggetti sensibili alle eventuali conseguenze "perverse" della direzione unitaria*»[225], ossia ai soci cc.dd. esterni al gruppo di controllo e ai creditori delle società eterodirette – compresi i lavoratori –, che non potevano partecipare al c.d. vantaggio di gruppo[226], veniva individuato nelle azioni di responsabilità di cui agli artt. 2392 ss. c.c. da esperirsi nei confronti degli amministratori delle società eterodirette e, in solido, di quelli della società controllante. Ed era questa, infatti, la soluzione divisata dall'art. 90 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 recante la nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, e, prima ancora, dal suo antecedente storico rinvenibile nell'art. 3, ult. co., della l. 3 aprile 1979, n. 95 di conversione del d.l. 30 gennaio 1979, n. 26[227].

---

224 Cfr. A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., p. 829 ss.

225 P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 279 ss., spec. p. 284.

226 Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in AA.VV., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, p. 187 ss., spec. p. 189.

227 Cfr. L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale. I. Premesse storiche. Disciplina dell'impresa*, Roma-Bari, 2005, p. 192 ss., spec. p. 196 ss., la responsabilità aggiuntiva degli amministratori della società controllante rispetto a quella dei gestori della società controllata (art. 3, co. 10, l. n. 95/1979) non sarebbe correttamente inquadrabile né nella

Tuttavia, la cennata soluzione suscitava in dottrina un diffuso senso di disagio[228], sì da portare qualcuno a ritenere che il dibattito sulla fenomenologia di gruppo fosse caratterizzato da un clima di «*ipocrisia giuridica*»[229]. Per alcuni Autori, l'esigenza di assicurare una adeguata tutela ai soci esterni e ai creditori della controllata non poteva essere soddisfatta

---

categoria della responsabilità contrattuale, né in quella della responsabilità extracontrattuale, ma andrebbe piuttosto qualificata come forma atipica di garanzia *ex lege*. Ciò in quanto, sul presupposto che non si tratti di individuare «*le condizioni alla cui ricorrenza è subordinato l'obbligo di effettuare il risarcimento*», ma che piuttosto sia necessario «*prendere atto che nella norma in esame non vi è alcun riferimento al dolo, alla colpa o più in generale ad una qualsiasi responsabilità degli amministratori della capogruppo*», «*tanto se si fosse in presenza di un inadempimento contrattuale quanto se si trattasse di un atto illecito la conseguenza dovrebbe essere la previsione non di una responsabilità solidale ma di una responsabilità alternativa*». Secondo il citato A., dunque, se «*si deve* […] *riconoscere che si è in presenza di una obbligazione che trova la sua fonte esclusivamente nella norma che la sancisce*», si deve altresì osservare come sia la stessa norma a sancire la responsabilità solidale degli amministratori della controllante con quella degli amministratori della società controllata per il solo fatto che la società da questi ultima amministrata ha subito un danno. Tale sanzione «*trova la sua giustificazione nella specialità dell'amministrazione straordinaria*» e, poiché inoltre non si può trascurare che legittimati a promuovere la relativa azione sono gli organi preposti all'amministrazione straordinaria, si deve concludere che «*il comma 10° dell'art. 3 disciplina una ipotesi di responsabilità oggettiva e che la stessa è eccezionale e non è suscettibile di interpretazione estensiva o analogica*».

Secondo G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, *Controlli – Bilancio – Modificazioni dello statuto – S.r.l. – Gruppi di società*, Torino, 2007, p. 947 ss., spec. p. 950, nt. 6, «*sulla medesima linea ideale che si dipana fra la disposizione più risalente e quella più recente*» si pone l'art. 2, co. 1, l. n. 430/1986, di conversione del d.l. n. 233/1986, recante norme sulla liquidazione coatta amministrativa delle società fiduciarie e degli enti di gestione fiduciaria.

228 Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Il dilemma del conflitto d'interessi nei gruppi di società*, in *I gruppi di società*, *Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli, II, Milano, 1996, p. 1085 ss., secondo cui «*C'è però nella nostra materia un paradosso autentico, che l'antica saggezza di messer Francesco Guicciardini non ci aiuta ad esorcizzare (e, tra parentesi, chiedo scusa della citazione; prediligo di solito autori più frivoli – come Coco Chanel, Groucho Marx, Antonio De Curtis ecc. – ma questa volta non ho resistito alla tentazione di giocare un tiro burlone alle traduttrici). E il paradosso è che entrambe le schiere hanno ragione, che meritano il nostro consenso sia coloro i quali lamentano l'inadeguatezza della protezione accordata dalla legge alle minoranze sterne, sia coloro che denunciano l'eccesso di rigidezza di quelle norme; sia quanti invocano più tutela per le minoranze, sia quanti reclamano più libertà per le maggioranze*

Io credo che le radici di questo paradosso stiano soprattutto in ciò: che noi affrontiamo il nostro problema con utensili che il legislatore disegnò per un uso diverso».

229 P. SPADA, *L'alienazione del governo della società per azioni (contributo alla costruzione di un modello conoscitivo)*, in *I gruppi di società*, *Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli, III, Milano, 1996, p. 2175 ss., ma spec. p. 2191, ove l'A. prosegue affermando che «*gli amministratori delle società dipendenti celebrano le liturgie dell'amministrazione di queste per ottemperare agli ordini dell'Amministrazione della capogruppo*».

mediante la regolamentazione della responsabilità degli amministratori della *holding*, perché soluzioni del genere avrebbero ignorato le peculiarità del gruppo. Infatti, «*una volta riconosciuta – anche se con qualche riserva e preoccupazione – la legittimità del fenomeno, non è possibile subordinare il perseguimento e la realizzazione della c.d. politica di gruppo al fatto che non venga imposto alcun sacrificio a nessuna delle controllate, perché non di rado questi sacrifici sono in* re ipsa *ed è perciò necessario cercare di conciliare opposti interessi, entrambi meritevoli di tutela*»[230].

In vero, i risultati ottenuti in forza dell'applicazione della disciplina in tema di responsabilità degli amministratori di una società "monade" (o "atomo") si dimostravano incongrui ed inefficienti: incongrui poiché l'azione esperibile, il più delle volte in sede di fallimento *ex* art. 146 l. fall.[231], in quanto azione volta a ristorare il patrimonio della società controllata a seguito di storni di ricchezza dovuti ad operazioni infragruppo, finiva con l'avvantaggiare (indirettamente) anche lo stesso socio di controllo, spesso socio di maggioranza della società eterodiretta; inefficienti perché le sostanze patrimoniali degli amministratori erano, il più delle volte, insufficienti a soddisfare tali pretese[232].

Così, con la riforma organica del diritto societario, il legislatore, preso atto del problema del c.d. "*controlling shareholder opportunism*"[233] – per cui il soggetto che si trovi a controllare più società appartenenti ad un medesimo gruppo potrebbe, a differenza di chi diriga una società monade, non avere

---

230 L. BUTTARO, *La responsabilità degli amministratori della capogruppo*, in *I gruppi di società*, *Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli, I, Milano, 1996, p. 739 ss., si cita dalle pp. 758-759.

231 Difficilmente il socio di maggioranza avrebbe esperito, infatti, azione di responsabilità nei confronti degli amministratori da lui stesso nominati e che avessero eseguito proprio quelle direttive che, ancora una volta, egli stesso aveva loro impartito.

Cfr. sul punto, per tutti, G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., p. 966 ss.

232 Cfr. A. VALZER, *sub Art. 2497*, in *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Milano, 2016, t. II, p. 3008 ss., spec. p. 3012.

233 Cfr. K.J. HOPT, *Groups of companies – A comparative study on the economics, law and regulation of corporate groups*, 2015, in www.ecgi.org/wp, p. 5, il quale scrive che «*while the controlling shareholder of an independent corporation has an individual interest in the well-being of "his" corporation which somewhat reduces the risk of opportunism at the expense of the minority shareholders, this is not necessarily the case if he has important stakes in other companies as a parent of the group or as a controlling shareholder of the parent*».

Ritiene M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 66 ss., spec. p. 67, che sia questa una prospettiva «*nella quale si comprende l'eventualità della insorgenza, rispetto a una organizzazione della produzione fondata sullo scambio "indipendente", di specifici costi di "agenzia" in ragione della possibilità che la distribuzione di risorse avvenga in ossequio al canone del massimo guadagno per l'ente di vertice, non anche per le società da esso controllate; una prospettiva, anzi, nella quale, appunto paradossalmente, il meccanismo dei prezzi di mercato torna ad assumere rilievo come indice della lesione cagionata dallo scambio endo-gruppo all'interesse della singola entità eterodiretta e quindi come criterio di valutazione della correttezza delle scelte operati dai suoi amministratori*».

interesse nel "buon andamento" di una specifica società, e sia così indotto a sacrificare gli interessi dei suoi soci di minoranza e creditori – non ha perso l'occasione per introdurre una disciplina di carattere generale per regolare il fenomeno dell'attività di direzione e coordinamento, disciplina che però, come spesso accade, ha posto all'interprete più problemi di quanti ne abbia risolti.

Gli artt. 2497 ss. c.c., così come alcuna altra norma del nostro ordinamento, non contemplano una definizione del "gruppo"[234] – sebbene

[234] Cfr. al proposito il paragrafo 13 della Relazione ministeriale al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. Secondo cfr. U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, pp. 9 ss., 12 s., l'obiettivo principale è stato quello di disciplinare la responsabilità della società che eserciti l'attività di direzione e coordinamento al fine di tutelare i soci di minoranza e i creditori della società eterodiretta, fermo restando che proprio la disciplina sulla responsabilità *ex* art. 2497 c.c. può essere riguardata quale «*regola "in positivo"*» (*Organisationsrecht*) per lo svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento e, dunque, «*implicitamente come riconoscimento della liceità del fenomeno*»; ID., *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 61 ss., spec. p. 62, il quale afferma che «*la nuova disciplina del gruppo di società realizza, sostanzialmente, un compromesso tra due linee di politica legislativa*», quella che mira alla tutela dei soci esterni e dei creditori della società diretta e coordinata e quella che tende a «*disciplinare il gruppo come forma di organizzazione dell'impresa*». L'Autore, pur riconoscendo nell'ambito della disciplina del gruppo la centralità dell'art. 2497 c.c. sulla responsabilità della capogruppo, nota che il legislatore ha introdotto anche disposizioni relative ai «*profili di "diritto di organizzazione" di una società di gruppo*». In particolare, tali disposizioni sono individuate negli artt.: 2381, co. 5, c.c., il quale impone agli organi delegati di riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate; 2399 c.c., il quale dà rilievo a rapporti personali e professionali che possano intercorrere nell'ambito di un gruppo e che siano suscettibili di compromettere l'indipendenza del sindaco; 2403 *bis*, co. 2, c.c., che consente ai sindaci di ottenere dagli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari, nonché di scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo e all'andamento generale dell'attività sociale; 2409, commi 1 e ultimo, c.c., il quale consente la denuncia al tribunale anche quando le gravi irregolarità siano compiute dagli amministratori nella gestione di una o più società controllate; nonché 2391-*bis* c.c.; 150 TUF; 151, commi 1 e 2, TUF; 151-*bis*, commi 1 e 4, TUF; 151-*ter*, commi 1 e 4, TUF ed artt. 2497- *bis*, 2497- *ter*, 2497-*quater* e 2497-*quinquies* c.c. In tal senso cfr. anche V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1232 ss., secondo cui la scelta del legislatore delegato di concentrarsi, in particolare, sulla responsabilità da attività di direzione e coordinamento, non impedisce comunque all'interprete di individuare una sorta di "statuto organizzativo" del gruppo facendo riferimento oltre che alle norme di cui agli artt. 2497 ss. c.c., alla disciplina delle società di capitali e agli «*spazi concessi all'autonomia statutaria*». Sottolinea l'importanza «*della ricerca del significato e della valenza organizzativa*» della disciplina sull'attività di direzione e coordinamento di società contenuta nel capo IX del libro V del c.c., G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., pp. 947, 962 s., nt. 16. Secondo l'Autrice, la disciplina suddetta è in grado di esprimere alcune regole in tema di organizzazione del gruppo di società dirette a definire il modo in cui la capogruppo esercita l'attività di direzione unitaria delle altre società del gruppo, «*sulla premessa che detta direzione unitaria configuri nient'altro che uno*

non v'è dubbio che "attività di direzione e coordinamento" sia una circonlocuzione indicante proprio tale fenomeno –, ma sembrano rappresentare frammenti di una più lata regolamentazione organica dell'impresa organizzata in forma policorporativa[235], incentrata, appunto, non su una ben individuata fattispecie, quanto piuttosto su principi di carattere generale, così rimettendo alle corti di volta in volta adite l'onere di valutare la ricorrenza, nel caso concreto, in prima battuta dell'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento da parte di una (o più)[236] "società o enti"[237] e, in seconda istanza, della violazione, da parte di questi, dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, al fine di perseguire un interesse imprenditoriale proprio o altrui, e in assenza di un ristoro diretto del danno arrecato ai soci esterni ed ai creditori delle società eterodirette ovvero di altri vantaggi compensativi.

2.2. *Il fenomeno dei gruppi di società nella disciplina dettata dagli artt. 2497 ss. c.c.*

specifico, peculiare modello di organizzazione dell'iniziativa economica imprenditoriale».

235 Cfr. U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, cit., p. 61 ss.; ID., *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., p. 2 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Profili della tutela dei creditori nei gruppi di società, a dieci anni dalla riforma*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2015, p. 297 ss.; A. VALZER, *Abuso di eterodirezione e regimi di responsabilità. La recente giurisprudenza del Tribunale di Milano*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, p. 3 ss., spec. p. 21.

236 Si parla a tal proposito di controllo congiunto, ammissibile secondo V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, cit., p. 1250, nt. 56; ID., *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 1 ss.; F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., pp. 143 ss. e 345 s.; P. DAL SOGLIO, *sub Art. 2497*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, III, p. 2302 ss., spec. p. 2307 e 2311; G. GUIZZI, *Direzione e coordinamento di società*, in *Dizionari del diritto privato* promossi da N. Irti e N. Abriani, *Diritto commerciale*, Milano, 2011, p. 350 ss., spec. p. 362.

Contra invece, cfr. M. BUSSOLETTI-E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 65 ss., spec. 125 s.; G. SBISÀ, *sub Art. 2497*, in G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. Sbisà, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2012, p. 74 ss.; ID., *sub Art. 2497*-bis, in F. GALGANO-G. SBISÀ, Direzione e coordinamento di società, Bologna, 2014, p. 220 ss., spec. p. 227 s.

237 Escluso lo Stato, per effetto della norma interpretativa dettata dall'art. 19, co. 6, d.l. n. 78/2009 il quale prevede che per "enti", ai sensi dell'art. 2497, co. 1, c.c., debbano intendersi i soggetti giuridici collettivi diversi, appunto, dallo Stato.

È utile inoltre osserva come nella bozza di decreto legislativo risalente al settembre del 2002, il referente della disciplina contenuta nell'art. 2497 c.c. fosse un generico "chi", sicché l'ambito applicativo della norma era di certo il più ampio possibile. Al momento dell'emanazione del testo ufficiale e definitivo di legge, il pronome relativo, però, è stato sostituito dal riferimento alle sole "società o enti", così portando alcuni commentatori a ritenere che, per ragioni di opportunità politica, il legislatore avesse ridimensionato la portata della norma escludendone l'applicazione per la *holding* persona fisica. Cfr. in tal senso P. DAL SOGLIO, *sub Art. 2497*, cit., p. 2329, nt. 115 ed i riferimenti ivi contenuti.

Per comprendere gli effetti legati all'introduzione delle norme in tema di attività di direzione e coordinamento[238], occorre indagare l'effettivo ambito applicativo delle stesse e, altresì, il loro concreto atteggiarsi in relazione al sistema societario.

Partendo dalla constatazione per cui il contratto di società è, nell'ottica contrattualistica propria della *Law and Economics*, incompleto[239], e l'abuso del diritto può servire come strumento di completamento e di correzione formale[240] rispetto ai *deficit* previsionali ed informativi strutturalmente

---

238 Secondo U. TOMBARI, *Il conflitto di interessi degli amministratori in una "società per azioni appartenente ad un gruppo". Prime considerazioni alla luce della riforma del diritto societario*, relazione al Convegno "Verso il nuovo diritto societario dubbi e attese" organizzato dal Consiglio Notarile Distrettuale di Firenze – Comitato regionale notarile toscano – in collaborazione con la Fondazione Cesifin Alberto Predieri, Firenze, 16 novembre 2002, in www.notarlex.it, la riforma del diritto societario ha introdotto «*frammenti di uno statuto organizzativo di una società per azioni dominante e dipendente. A questo proposito si possono ricordare: a) l'obbligo degli organi delegati di riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società o dalle sue controllate (art. 2381, quinto comma, c.c.); b) il potere riconosciuto al collegio sindacale di richiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari, nonché di scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale (art. 2403 bis, secondo comma, c.c.); c) la previsione ai sensi della quale, se gli amministratori della controllante compiono gravi irregolarità nella gestione tali da poter arrecare danno alle società controllate, non solo una certa percentuale di soci, ma anche – e per ciò che più interessa in un contesto di gruppo – il collegio sindacale (nonché il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione; nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio la legittimazione è attribuita anche al Pubblico Ministero) può denunziare al tribunale le gravi irregolarità (art. 2409, primo e ulitmo comma, c.c.)*».

239 Punto di partenza è la concezione del contratto, quale strumento per organizzare l'impresa, suggerita dai noti studi di O.E. WILLIAMSON, *Markets and hierarchies: Analysis and Antitrust Implications,* New York, 1975, p. 8. Trad. it. *Le istituzioni economiche del capitalismo, Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Milano, 1986. Si tratta dello sviluppo di una la linea di pensiero inaugurata da R. H. COASE con il suo saggio del 1937 su *The Nature of the firm*, in *Economica*, New Series, vol. 4, n. 16, p. 386 ss. La traduzione italiana è consultabile nella raccolta *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995, p. 73 ss.; cfr. pure i saggi celebrativi del suo cinquantenario in *The Nature of the Firm*, ed. by O.E. WILLIAMSON-S.G. WINTER, New York-Oxford, 1993.

240 Cfr. F. DENOZZA, *L'abuso come eccesso e la metamorfosi delle tutele soggettive (in bozza)*, cit., spec. nt. 42.

In termini economici, l'intervento correttivo nei confronti del regolamento contrattuale è dettato dalla volontà di correggere i cc.dd. *market failures*, perseguendo così l'efficienza, sulla cui nozione vi è, in vero, molta letteratura. Ai fini della presente ricerca, è però qui sufficiente richiamare i due criteri che dal saggio di G. CALABRESI, *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, in *Yale Law Journ.*, (1991), 100, p. 1211 ss. si desumono essere di maggior interesse per determinare il concetto di efficienza: *i*) da un lato quello paretiano, secondo il quale una situazione è efficiente se nessun operatore può essere posto in una posizione migliore senza che questo comporti un peggioramento nella posizione dell'altro. Ciò comporta che chi trae vantaggio da un cambiamento deve compensare quello che subisce una perdita; *ii*) dall'altro, il criterio Kaldor-Hicks, per il quale è sufficiente che chi è avvantaggiato dal cambiamento sia in grado, in teoria, di compensare chi ha subito un peggioramento della propria posizione

derivanti dalla razionalità limitata (*bounded rationality*) delle parti e dall'opportunismo degli agenti[241], si può notare – in questa fase solo sommariamente – come le regole che ci si accinge a studiare mirino a fronteggiare lo stesso problema nell'ambito, però, dei gruppi di società.

Ma si proceda con ordine.

Secondo alcuni studiosi, il legislatore, nell'introdurre il capo IX del Titolo V del Libro V c.c. avrebbe fornito all'interprete la possibilità di configurare una disciplina organica per l'impresa di gruppo intesa come unità non solo sul piano economico, ma anche su quello giuridico[242]; tuttavia, a ben vedere, ciò non ha modificato il modo in cui l'ordinamento già prima della riforma concepiva tale fenomeno[243].

(cosicché vi sia comunque un *surplus*), ma non richiede che ci sia necessariamente una compensazione (il cambiamento è definito, quindi, come miglioramento "potenzialmente paretiano").

241 Lo sviluppo della linea di pensiero ricordata pone al centro dell'analisi l'impresa come strumento per completare una serie di transazioni, alternativo al mercato e ridurre i costi (di transazione) che impediscono una negoziazione efficiente. Per spiegare come tale risparmio risulta possibile, lo schema concettuale di riferimento è quello del contratto di società come contratto di "durata": l'accordo fra soci, a differenza del modello classico del contratto di scambio, non è destinato ad esaurirsi al momento della costituzione della società, ma mira ad organizzare lo svolgimento dell'attività; questa trova esecuzione mediante la formazione di plurimi contratti complessi – tra un numero di soggetti potenzialmente indeterminato – caratterizzati dalla durata prolungata nel tempo e dal contenuto variabile della prestazione.

Secondo C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 15 e p. 193 ss., esiste poi una contrapposizione tra contratti sincronici di scambio e contratti la cui valutazione «*non è in grado di esaurirsi in relazione al momento della programmazione ma richiede anche una diretta considerazione di quello dell'attuazione*». Per una ricostruzione delle motivazioni storiche che hanno portato l'attenzione in prevalenza sul contratto sincronico, cfr. M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, Milano, 2007.

242 Sul piano comparatistico, si può osservare come l'*Aktiengesetz* del 1965, par. 18, modificato da ultimo nel 2010, abbia previsto che, se un'impresa dominante e una o più imprese dipendenti, sono riunite sotto la direzione unitaria dell'impresa dominante, esse formino un gruppo (*Konzern*), sì che le singole imprese siano parte integrante del gruppo stesso. Le società legate da un contratto di dominio, o nelle quali l'una è annessa all'altra, dovranno essere considerate come riunite sotto una direzione unitaria ed il fatto che la società controllata formi un gruppo con l'impresa dominante formerà oggetto di presunzione. Cfr. sul punto U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., p. 7 ss., il quale ritiene che, in particolare, un punto di riferimento per il legislatore italiano, quantunque non accolto nel nostro ordinamento, che ha scelto di regolamentare in modo diverso il fenomeno del gruppo, si fonda sulla distinzione tra "gruppi di fatto" e "gruppi contrattuali"; A. DI MAJO, *I gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*, Milano, 2012, p. 161 ss. ove ampi riferimenti alla dottrina tedesca.

243 F. GALGANO, *Introduzione*, in F. GALGANO-G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, Bologna, 2014, p. 24, «*il punto è che anche il giurista, al pari dell'economista, deve pervenire alla conclusione che l'impresa di gruppo è un'impresa unitaria, esercitata direttamente dalle società operanti, esercitata indirettamente dalla società* holding»; ma già in ID., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 1987, p. 283, riteneva che l'essenza del fenomeno dei gruppi riposi in ciò: «*che una medesima impresa [sia] esercitata in via immediata da una società, la società operante, ed in via mediata da un'altra società, la* holding*, e che una medesima impresa [faccia], perciò, capo a due imprenditori fra loro giuridicamente distinti*». E cfr. anche Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Fall.*, 1990, p.

È opinione pressoché unanime quella per cui l'introduzione delle nuove norme in tema di attività di direzione e coordinamento avrebbe "legittimato"[244] – e si è parlato al proposito di *enabling law*[245] – il fenomeno

495 e in *Giur. comm*., 1991, II, p. 360, la quale afferma che «*la nozione economica, che individua nel gruppo sostanzialmente un'unica impresa articolata su più soggetti, può trovare una corrispondente qualificazione giuridica sulla base indicata, individuando nel gruppo in quanto tale un'unica impresa articolata, alla quale peraltro non corrisponde un unico imprenditore ma, mediante l'incidenza dell'attività indiretta, una pluralità di imprenditori, quanti sono i soggetti del gruppo, e tra essi la capo gruppo*». La direzione unitaria, dunque, veniva differenziata rispetto al semplice controllo, in quanto quest'ultimo costituiva (e costituisce) una situazione potenziale di esercizio di influenza dominante, mentre per l'esistenza del gruppo è necessario l'esercizio effettivo di detto potere. Già prima della riforma, secondo G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *I gruppi di società*, *Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, a cura di Balzarini, Carcano e Mucciarelli, Milano, 1996, I, p. 17 ss., spec. p. 24 ss., «*il concetto di controllo [avrebbe dovuto] essere allora sostituito da quello di dominio, o ancora più correttamente da quello di direzione unitaria (sinonimo di dominio extrassembleare), che del dominio è la più concreta manifestazione*».

244 Si pronuncia a favore della liceità dell'attività di direzione unitaria, anche alla luce della presunzione posta dall'art. 2497-*sexies* c.c. e della disciplina sulla pubblicità *ex* art. 2497-*bis* c.c., G. SBISÀ, *sub Art. 2497*, cit., p. 17. Cfr. poi B. LIBONATI, *La responsabilità nel gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, p. 587 ss., secondo il quale, proprio con riferimento ai gruppi e, potremmo dire oggi, agli artt. 2497 ss. c.c., l'impressione sollecitata dall'inserzione nel tessuto codicistico di tali norme è che, pure, pure a volerne circoscrivere l'impatto al semplice riconoscimento di una situazione di fatto, l'esistenza di una «*norma che riconosca come premessa una situazione di fatto, quella situazione di fatto in definitiva legititma*»; M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Soc.*, 2003, p. 34; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., 189 ss.; ID., *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, a cura di V. Di Cataldo, V. Meli, R. Pennisi, Milano, 2015, I, p. 37 ss. p. 190; M. MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, 2007, p. 201; A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco* Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2007, III, p. 850 ss.; ID., *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011, p. 31 ss.; M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, p. 198 ss., spec. p. 229.

In giurisprudenza, cfr. Trib. Milano, 2 febbraio 2012, in *www.iusexplor*, «*dato da cui partire* […] *è che l'attività di direzione e coordinamento è in se stessa legittima*», in cui si nota anche che «*i requisiti stabiliti dall'art. 2497 comma 1, c.c., sono requisiti e presupposti della responsabilità derivante da illegittimo esercizio di quell'attività, non certo - declinati al contrario - requisiti della sua legittimità*».

245 Cfr. da ultimo U. TOMBARI, *La tutela dei soci nel gruppo di società*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, p. 115 ss., ma spec. p. 116, il quale, sulla scia di quanto già sostenuto in passato (cfr. ID., *Il conflitto di interessi degli amministratori in una "società per azioni appartenente ad un gruppo". Prime considerazioni alla luce della riforma del diritto societario*, cit.; ID., *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., p. 5 ss.), configura la disciplina dettata dagli artt. 2497 ss. c.c. come espressione di un diritto dei gruppi quale "diritto di organizzazione" (*Organisationsrecht*) e non solo quale mero strumento di tutela delle posizioni dei soci e dei creditori, come invece sostenuto da L.G. ROSSI, *Il ruolo della controllata e la tutela del socio esterno nella nuova disciplina dei gruppi*, in *Giur. comm.*,

dei gruppi, salvo poi a verificare se alla società o ente capogruppo sia stato riconosciuto un vero e proprio potere giuridico di impartire direttive vincolanti alle società eterodirette (*Weisungsrecht*)[246] ovvero se si debba, nella valutazione della condotta tenuta dalla dominante, prender atto di una mera situazione di fatto[247].

2014, I, p. 979 ss. L'A. precisa poi che sarebbe più opportuno parlare di *enabling law*, ossia di «*un diritto che rende possibile o comunque agevola una determinata sistemazione/organizzazione di interessi che altrimenti non potrebbe essere realizzata o comunque non potrebbe essere realizzata nei medesimi termini*».

246 Così G. SCOGNAMIGLIO, *Interesse sociale e interesse di gruppo*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli* Stakeholders, Milano, 2010, p. 127 ss.; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., p. 93 ss.

247 Sul rilievo giuridico e non meramente fattuale del potere della dominante, già prima della novella, cfr. P. MARCHETTI, *Controllo e poteri della controllante*, in AA.VV., *I gruppi di società*, 2, Milano, 1996, p. 1547 ss., spec. p. 1554 s., secondo il quale: «*la direzione unitaria (nelle situazioni, almeno, di controllo interno o comunque attributivo di potere di nomina della maggioranza degli amministratori) non può rappresentare una mera situazione di potere di fatto, priva di strumenti che ne garantiscano l'effettività. Se una situazione di potenzialità, quale quella insita nel controllo, è assunta a presupposto di una disciplina che postula l'unità della gestione, ciò significa che si tratta di potenzialità "armata". Fornita di per sé degli strumenti per imporsi ed attivarsi senza necessità di accettazioni od adesioni della controllata*».

Cfr. oggi U. TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata (Appunti in tema di* Corporate Governance *e gruppi di società)*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 122 ss., spec. p. 125-126, «*se l'attività di direzione e coordinamento è da ritenersi legittima, l'ordinamento societario italiano in seguito alla riforma presuppone, altresì, che il potere della capogruppo si configuri non come (mero) "potere di fatto", ma come un vero e proprio "potere giuridico", con inevitabili ripercussioni sulla struttura "formale" delle competenze degli organi di una società di gruppo "dominante" o "dipendente"*»; ID., *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., p. 8; G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, p. 201; EAD., *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, cit., pp. 202-203, la quale afferma che poiché i canoni di condotta e responsabilità della capogruppo sono «*quelli tipici del gestore di un'impresa*», allora «*non dovrebbe considerarsi illegittima la pretesa di esercitare fino in fondo*» «*i poteri e le prerogative propri del gestore, e ingerendosi stabilmente nelle quotidiane scelte gestorie della controllata*»; esplicito anche P. MONTALENTI, *Società per azioni* corporate governance *e mercati finanziari*, Milano, 2011, p. 234, il quale attribuisce all'adempimento da parte della società eterodiretta degli obblighi di pubblicità di cui all'art. 2497-*bis* c.c. il valore di una sorta di accettazione o condivisione implicita di assoggettamento alle altrui decisioni, e da questo inferisce «*un dovere di (esercizio di una corretta) direzione ed un correlativo obbligo di osservanza delle (purché legittime) direttive*»; A. VALZER, *Abuso di eterodirezione e regimi di responsabilità. La recente giurisprudenza del Tribunale di Milano*, cit., p. 35 ss.

In senso contrario, cfr. C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., p. 37 ss., spec. p. 42, il quale rileva come il ricorso agli schemi tradizionali del diritto civile, come il rapporto obbligatorio, per descrivere i rapporti tra società dominante e società eterodiretta abbia «*un significato talmente generico da privarlo di ogni effettivo valore tecnico: una sorta di tributo alla tradizione, ma senza in realtà evocarne la sua portata più propria (e ciò che più conta, in grado inoltre, quasi inavvertitamente, di provocare distorsioni in sede applicativa). Quello della controllata sarebbe un "obbligo giuridico" privo del suo principale significato, la possibilità di pretendere* in quanto tale *un intervento coattivo per il suo adempimento ovvero la*

Secondo quest'ultima tesi, debitrice della dottrina tedesca[248] e – nella sua formulazione più "estrema" – fondata sull'idea per cui una volta cominciata l'attività d'impresa il momento contrattuale sia relegato ad un ruolo assolutamente secondario rispetto al fatto in sé dell'esercizio dell'attività[249], alcune situazioni soggettive degli azionisti non sarebbero inquadrabili nelle tradizionali categorie giuridiche[250] – prima fra tutte, il diritto soggettivo – ma, in quanto riflesso del valore organizzativo insito nella fattispecie societaria, andrebbero lette nella prospettiva – per l'appunto fattuale – dell'attività: si

previsione di rimedi per il suo inadempimento». Prosegue l'A. osservando come «*la partecipazione a un gruppo non modifica di per sé i "doveri" di una società controllata e dei suoi amministratori: che rimangono pur sempre, con specifico riferimento ai secondi, quelli in via generale indicati dall'art. 2380*-bis *c.c. Modifica invece il contesto nel quale concretamente si svolge l'attività imprenditoriale della società: un contesto del quale non si può, direi ovviamente, non tener conto per la valutazione delle scelte, appunto imprenditoriali, in cui tale attività si realizza; e un contesto al quale appartengono, altrettanto ovviamente, pure le direttive con cui si esprime la "politica di gruppo"*.

Questa mi sembra la necessaria conseguenza della constatazione, che come detto mi pare necessitata per ragioni di buon senso, secondo cui la partecipazione a un gruppo non è (e non può essere) in grado di far sorgere doveri direttamente o indirettamente coercibili a carico della società controllata: il che, se allo schema del rapporto obbligatorio si vuole conservare un significato tecnico, esclude in radice la possibilità di avvalersene per la configurazione dell'assetto d'interessi in questione».; M. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 363 ss.

Anche F. GALGANO, *sub Art. 2497*-ter, in F. GALGANO-G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, Bologna, 2014, p. 240 ss., spec. pp. 242 s. e 265 ss. esclude che le direttive di gruppo possano ritenersi giuridicamente vincolanti per le controllate, anche ove vengano previste apposite clausole di matrice contrattuale contenute in un regolamento di gruppo. Secondo l'A., il monopolio gestorio codificato dall'art. 2380-*bis* c.c. non sarebbe derogato dagli artt. 2497 ss. c.c., così da indurlo a qualificare l'influenza a cui fa cenno l'art. 2497-*ter* c.c. come espressione di un potere di fatto che la capogruppo può esercitare sugli amministratori dell'impresa eterodiretta in forza del rapporto di controllo. Non sarebbe ammissibile, dunque, nessuna esimente da responsabilità degli amministratori della controllata fondata sull'obbedienza ad una direttiva della capogruppo.

[248] Cfr. per tutti K.J. HOPT, *Groups of companies – A comparative study on the economics, law and regulation of corporate groups*, cit., *passim*.

[249] Cfr. P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., *passim*; C. ANGELICI, *La* lex mercatoria *e il problema dei codici di commercio*, cit., p. 361 ss., e spec. p. 372 ss.; ID., *Profili dell'impresa nel diritto delle società*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 237 ss., ma spec. p. 251. Per ulteriori rilievi sui rapporti di fatto e sull'impresa come fatto cfr. anche G. COTTINO, *Considerazioni sulla disciplina dell'invalidità del contratto di società di persone*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, p. 301 ss.; L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 98 ss.; G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 165 ss.; V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, cit., *passim*, ma spec. p. 297 ss.; C. ANGELICI, *Società di fatto*, in *Enc. Giur.*, vol. XXIX, 1993, *passim*; R. SACCO, *Sulla società di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 59 ss.; L. STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, cit., p. 163.

[250] Già C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, II, Milano, 1923, p. 215, osservava come «*la natura dei singoli diritti si desume assai più sicuramente studiandoli in correlazione all'istituto cui appartengono che in un teorico ravvicinamento fra loro*».

dovrebbe, a tal proposito, discorrere di una situazione giuridica soggettiva di "potere"[251].

Si potrebbe però chiosare che tale impostazione sottovaluti quello che sembra invece essere il problema centrale nel sistema dei gruppi: la fisiologica configurazione di diverse tipologie di conflitti di interessi[252].

Ma, a ben vedere, così non è.

Potrebbe risultare utile, al fine di una migliore comprensione della

---

[251] Cfr. C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., p. 43; ID., *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., ad esempio, p. 55, ove alla nt. 85 l'A. definisce il "potere", in generale, come «*possibilità di provocare, o poter contribuire a provocare, un determinato risultato*», in senso tecnico, invece, come risultante «*da regole che non concernono l'attribuzione di situazioni giuridiche soggettive, bensì i modi giuridicamente rilevanti per la* produzione di un'azione»; p. 204, ma *passim*; ID., *Le basi contrattuali della società per azioni*, cit., p. 101 ss., spec. pp. 105, 129; ID., *La società nulla*, cit., p. 88 ss.; F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema: "Contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici"*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 480 ss., spec. p. 484; P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., *passim*; F. D'ALESSANDRO, *I contratti associativi in un libro recente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, p. 235 ss.

[252] Vi sarebbe, in altri termini, un'esigenza di coerenza interna al sistema il quale, non potendo cadere in contraddizione con se stesso, non tollererebbe che una data condotta sia al contempo illecita sul piano dell'atto, ma lecita su quello dell'attività, poiché ciò significherebbe ammettere che una stessa fattispecie possa essere lecita ed illecita allo stesso tempo, così ottenendo un risultato del tutto incongruo rispetto al processo che vede il valore dell'attività aggiungersi a quello dell'atto, senza però mai sostituirlo o, *a fortiori*, contraddirlo (cfr. per una opinione di segno contrario, sul piano del sistema, G.C.M. RIVOLTA, *Gli atti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 111). Si potrebbe a tal proposito addurre l'esempio dell'azienda: la disciplina del complesso dei beni strumentali rispetto all'esercizio di un'attività d'impresa si aggiunge, ma non sostituisce mai, né tantomeno si pone in contrasto, rispetto a quella dei singoli beni singolarmente considerati.

Così, l'esegesi dell'art. 2497 c.c. dovrebbe portare ai seguenti risultati:

i) il gruppo sarebbe configurabile come soggetto unitario sul piano economico, ma, su quello giuridico, come composto da una pluralità di società indipendenti;

ii) l'autonomia giuridica implicherebbe il perseguimento, per ciascuna società, del proprio interesse particolare;

iii) vi sarebbe abuso da parte della controllante che, nell'esercizio di un *diritto* riconosciutole dopo la riforma del 2003, volesse perseguire un interesse "imprenditoriale" proprio o altrui quando agisca in contrasto con l'interesse particolare di una o più singole società eterodirette;

iv) a tale diritto corrisponderebbe un *obbligo* della società controllata di eseguire le direttive impartitele, così gli amministratori di questa sarebbero esonerati da responsabilità, in quanto, adeguandosi alle indicazioni fornite in virtù di quel diritto, avrebbero adempiuto ad un loro obbligo;

v) ad esser lesi sarebbero, in particolare, gli interessi dei soci esterni al gruppo di controllo e dei creditori della società eterodiretta, i quali dovranno aggredire la stessa società eterodiretta e, a seconda della soluzione che si scelga di condividere, contestualmente o successivamente la controllante (art. 2497, co. 3, c.c.);

vi) i vantaggi compensativi, o le operazioni dirette ad eliminare il danno riconducibile all'operazione posta in essere in conflitto di interessi, opererebbero come esimenti rispetto alla sanzione della responsabilità in capo alla società o ente esercente attività di direzione e coordinamento.

Cfr. per una critica a tale impostazione C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., p. 37 ss.

disciplina in esame, volgere il pensiero alla già richiamata distinzione tra *rule* e *standard*, tra, cioè, norme formulate in modo da individuare una regola puntuale e dai contorni ben definiti e norme costruite a partire da principi generali[253], distinzione che conduce a leggere il conflitto di interessi non tanto nella prospettiva dell'atto, quanto piuttosto dell'attività[254] e, *adde*,

[253] Cfr. *supra* nt. 35 in cui il riferimento a F. DENOZZA, Rules *vs.* standards *nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni "virtuali"*, cit., p. 327 ss., al quale *adde*, in relazione al ruolo dell'organo giudicante nell'attribuzione di un significato concreto ai principi di carattere generale, F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 158, secondo il quale «*nel nostro ordinamento, il richiamo ai "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale", operato nell'ambito della fondamentale fra le nuove "disposizioni comuni" in tema di direzione e coordinamento di società, riveste ora una importanza sistematica e ricostruttiva assolutamente centrale. Esso dà infatti ingresso, senza residue possibilità di dubbio, a un penetrante sindacato giudiziale sulle modalità di esercizio del potere di influenza dominante, che investe i processi decisionali dell'impresa in ogni loro "fase" e si estende all'intero ciclo dell'attività sociale, al di là delle barriere formali derivanti dalla articolazione organizzativa delle competenze. A ciò si aggiunga che il riferimento contenuto nell'art. 2497 c.c. alla posizione dei "creditori sociali", quali soggetti tutelati dalla speciale responsabilità per violazione dell'obbligo di salvaguardia dell'integrità del patrimonio sociale, sancisce ormai inequivocabilmente la* rilevanza esterna *dei doveri di correttezza incombenti al soggetto controllante, trasfigurandoli in doveri "di protezione", come tali idonei a supportare pretese risarcitorie dirette*».

Così anche cfr. A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., p. 831 ss.

[254] Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Il dilemma del conflitto d'interessi nei gruppi di società*, cit., pp. 1086-1087, il quale ritiene che le regole sui conflitti di interessi siano state pensate per risolvere problemi diversi da quelli posti dai gruppi di società e che esse, quando applicate a questi problemi, diano luogo a difficoltà di adattamento e a discrasie, poiché il codice del 1942 «*aveva trattato il conflitto d'interessi* […] *come un accidente, un evento che può occorrere una volta tanto nella vita di una società e riguardare un singolo* atto *di questa*». L'A. prosegue osservando che, invece, «*nei gruppi è normale per contro la sussistenza di stabili rapporti partecipativi tra società che esercitano* attività *in relazione con le quali esse si pongono in conflitto di interessi tra loro (si pensi ai fenomeni di integrazione verticale, in cui la società controllata ha come unico fornitore o come unico cliente la società controllante; si pensi pure alla figura della società* captive*, come si dice nel gergo aziendale, ossia costituita per svolgere la propria attività – per esempio: fornendo servizi tecnici o finanziari – esclusivamente nei confronti delle altre imprese del gruppo)*». In tali occasioni «*l'applicazione dei consueti strumenti di reazione alle situazioni di conflitto di questo tipo (mi riferisco non tanto alla responsabilità degli amministratori, ma soprattutto al "fuori gioco" decisionale del soggetto portatore dell'interesse confliggente) non potrebbe non generare situazioni assurde. Il "fuori gioco" della maggioranza in conflitto, e la relativa consegna dei poteri decisionali alla minoranza, possono considerarsi misure appropriate per il conflitto-accidente, ma non certo, è chiaro, per il conflitto-sistema*», altrimenti determinandosi una paralisi dell'attività del gruppo e, come estrema conseguenza, una negazione della legittimità della sua esistenza. «*Secondo le regole, infatti, una maggioranza in conflitto è una maggioranza tagliata fuori dai poteri decisionali. Ma una maggioranza sistematicamente in conflitto sarebbe una maggioranza sistematicamente privata delle sue prerogative istituzionali, ossia del potere di governo, a vantaggio della minoranza*», sicché, «*la società in cui questo accadesse non sarebbe più una società. In essa resterebbe definitivamente spezzato il nesso e la proporzione tra potere e rischio, corollario immediato di quel carattere comune e collettivo dell'attività sociale in cui si esprime una*

dell'attività d'impresa[255]. Sicché, ciò che nel diritto delle società darebbe vita ad un conflitto di interessi tra socio e società (art. 2373 c.c.) – o tra amministratori e società (2391 c.c.)[256] – nel diritto "speciale" dei gruppi potrebbe invece non esser censurato se letto guardando alla categoria dell'attività – e, dunque, del "risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento" (ossia, applicando la c.d. teoria dei vantaggi compensativi[257]) –. Si potrebbe dire che l'art. 2497 c.c. sarebbe, in altri

delle note concettuali portanti dell'istituto societario», così configurandosi quello che l'A. chiama "il dilemma del conflitto di interessi nei gruppi di società".

A conclusione del proprio ragionamento, l'A. non nega la possibilità di configurare come società di diritto "speciale" quelle appartenenti ad un gruppo ed anzi, arriva, in un primo momento, a dubitare dell'appartenenza causale della società eterodiretta al *genus* delle società rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 2247 c.c., configurandola piuttosto come qualcosa di causalmente altro; per poi passare ad osservare che, in una prospettiva dinamica, quando una società entri a far parte di un gruppo si determinerebbe una "novazione causale" tale da dover rendere necessaria l'attribuzione ai soci che dovessero trovarsi a subire, loro malgrado, una vicenda del genere, il diritto di *exit*.

Non rimane che notare come, in effetti, a tanto sia approdato lo stesso legislatore a seguito della riforma del 2003, con l'art. 2497-quater, lett. *c*), c.c.

255 V. con riferimento al *favor* del sistema nei confronti del fenomeno dei gruppi quanto detto *infra*, § 4.

256 C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 196.

257 Cfr. S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, p. 156 e i riferimenti bibliografici, successivi alla riforma del 2003, contenuti alla nt. 52; S. GILOTTA, *Interesse sociale, interesse di gruppo e interesse collettivo nella regola sulla responsabilità per abuso di direzione unitaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 176 ss.

Secondo alcuni Autori, la parte finale dell'art. 2497, co. 1, c.c. andrebbe interpretata come uno *standard* che legittimerebbe qualsiasi scelta della *holding*, purché abbia l'effetto di incrementare il risultato complessivo del gruppo, come risultante dal bilancio consolidato; altra parte della dottrina, invece, guarda a tale disposizione come ad una *rule* che impone alla capogruppo di bilanciare ogni eventuale pregiudizio inferto alle controllate con l'assegnazione di un vantaggio compensativo effettivo. Per la ricostruzione del dibattito si rimanda a G. SCOGNAMIGLIO, *"Clausole generali", Principi di diritto e Disciplina dei Gruppi di società*, 2013, in www.orizzontideldirittocommerciale.it., la quale propende per la seconda impostazione, con la precisazione che, in ogni caso, i vantaggi compensativi avranno una funzione tanto interna al gruppo, rappresentando essi formidabili strumenti informativi per una consapevole valutazione *ex ante* della direttiva pregiudizievole per la singola controllata; quanto relativa ai rapporti tra capogruppo e soci esterni al gruppo di comando e creditori della controllata, operando quale esimente da responsabilità a beneficio tanto della *holding*, quanto degli altri soggetti contemplati dall'art 2497, co. 2, c.c.

Prima della riforma, cfr. G. COTTINO, *Divagazioni in tema di conflitto di interessi nei gruppi*, in *I gruppi di società*, *Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli, II, Milano, 1996, p. 1073 ss., sepc. p. 1078 s.; P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 710 ss.; A. NIUTTA, *Il finanziamento infragruppo*, Milano, 2000, p. 93 cc.; F. DENOZZA, Rules *vs.* standards *nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni "virtuali"*, cit., p. 327 ss.; S. ROSSI-N. ABRIANI-P. MONTALENTI-F. MUCCIARELLI-R. SACCHI, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 613 ss.; N. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999, p. 600 ss.

termini, norma antiabusiva a motivo della sua struttura contenente già al proprio interno il parametro di riferimento per la valutazione dell'abuso (principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale), di modo che spetterà al giudice valutarne la ricorrenza, caso per caso ed in base alla effettiva e concreta tipologia della realtà[258].

Ciò potrebbe condurre ad una diversa qualificazione delle situazioni, rilevanti per il sistema, dalle quali origina il potere di dirigere una società.

2.3. *L'attività di direzione e coordinamento quale manifestazione della libertà d'iniziativa economica.*

Si deve anzitutto osservare che il fenomeno dei gruppi, in quanto volto a meglio organizzare l'attività d'impresa in modo da sfruttare il beneficio della responsabilità limitata nella sua forma più piena permettendo la

---

In giurisprudenza, cfr. soprattutto Cass., 24 agosto 2004, n. 16707, con nota di V. CARIELLO, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, II, p. 384 ss.; Cass., 11 dicembre 2006, n. 26325, con nota di M. DE LUCA DI ROSETO, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 819.

Per una lettura in chiave comparatistica, cfr. M. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, cit., p. 363 ss., il quale evidenzia come la disciplina del *faktischer Konzern*, il § 311 dell'*Aktiengesetz* tedesco preveda che, al fine di escludere la responsabilità da direzione unitaria, i pregiudizi causati dall'appartenenza al gruppo debbano essere compensati entro l'esercizio in cui essi si sono manifestati: già in questo si riconosce il normale sfasamento temporale tra svantaggi e vantaggi. Se, tuttavia, tale compensazione non avviene entro l'esercizio, non ne consegue affatto la responsabilità della capogruppo. Semplicemente, sarà necessaria — entro un termine breve — l'adozione di una formale decisione che definisca il *quomodo* e il quando della compensazione, attribuendo alla società controllata un vero e proprio diritto ("*Rechtsanspruch*") alla compensazione. L'esigibilità di tale diritto, e dunque l'effettiva eliminazione del pregiudizio, può tuttavia essere — ed anzi di norma è — differita nel tempo. In giurisprudenza, cfr. la nota sentenza francese *Rozenblum*, *Cass. crim., 4 Février 1985*, con impostazione la cui adozione è stata incoraggiata dal Forum Europaeum sul diritto dei gruppi di società, p. 376 ss., sulla quale cfr. V. CARIELLO, *sub Art. 2497*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, p. 1853 ss., spec. p. 1868; M. MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, cit., p. 212, nt. 130.

[258] Si pensi, per esemplificare, al carattere della chiusura al mercato, il quale può ricorrere tanto nelle s.r.l. – come, per vero, sarà più probabile –, quanto nelle s.p.a. Tuttavia resta salva la constatazione che, data la natura potenzialmente (sempre) aperta di quest'ultimo tipo di società e la centralità che in essa riveste l'azione, si tratta di una scelta reversibile.

La s.r.l., invece, salvo quanto osservato da alcuni Autori (cfr. L. PISANI, *Società di persone «a struttura corporativa»*, Torino, 2000, p. 1 ss., dove anche riferimenti alle società personali a struttura aperta; P. PISCITELLO, *Società di persone a struttura aperta e circolazione delle quote. Modelli legali ed autonomia statutaria*, Torino, 1995, p. 5 ss.; ID., *Il diritto di* «exit» *nelle s.r.l.* «*chiusa*» *tra* «ius conditum» *e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Verso un nuovo diritto societario*, a cura di Associazione Disiano Preite, Bologna, 2002, p. 127 ss.; M. SCIUTO, *L'interpretazione dell'atto costitutivo di società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 277 ss., spec. p. 284), è una società "istituzionalmente chiusa", per il fatto che le quote non possono essere offerte al pubblico e la loro circolazione è libera solo nella misura in cui non vengano introdotti limiti convenzionali, anche assoluti (art. 2469 comma, 2° c.c.).

diversificazione dei rischi imprenditoriali[259], gode di un *favor* da parte dell'ordinamento, il quale, muovendo dai meccanismi propri del diritto societario, sembra prendere atto della possibilità per un soggetto che si trovi ad esercitare un'influenza dominante su una società di influire sugli assetti e sulle dinamiche organizzative di questa, ad esempio nominandone e revocandone l'organo amministrativo, ma non solo.

A ben vedere, infatti, ciò che connota le fattispecie riconducibili alle previsioni degli artt. 2497 ss. c.c. è che, a differenza di quanto accade nelle società monadi, nelle società appartenenti ad un gruppo il potere spettante alla *holding* in virtù del diritto reale sulle partecipazioni delle società eterodirette, nonostante sia, in estrema sintesi, «*frutto della utilizzazione di due fra le più generali categorie che l'ordinamento giuridico conosca*»[260], si lascia qualificare come potere di fatto esercitabile dagli amministratori della capogruppo di impartire direttive alle società dominate, nonostante la formale terzietà della prima rispetto ai rapporti giuridici che le seconde abbiano posto in essere.

Schemi tradizionali quale quello della proprietà e delle facoltà ad esso collegate mal potrebbero adattarsi[261], però, tanto ad una struttura organizzativa fondata su un contratto associativo, quanto, e a maggior ragione, ad un fenomeno come quello dei gruppi di società in cui, rispetto alle situazioni soggettive dei soci e dei creditori di una società di capitali individualmente considerata, si passa alle situazioni soggettive, già intuitivamente affatto diverse, di soci e creditori di un'impresa "di secondo livello"[262].

---

[259] F. GALGANO, *Introduzione*, in F. GALGANO-G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, Bologna, 2014, p. 3.

[260] «*La prima è l'autonomia contrattuale, in forza della quale una società può acquistare sul mercato azioni di altre società, fino a conseguirne il controllo, maggioritario o totalitario, oppure può costituire altre società, sottoscrivendone la maggioranza delle azioni. La seconda categoria è il diritto di proprietà: la società che ha acquistato o sottoscritto le azioni di altre società esercita sulle azioni acquistate o sottoscritte la facoltà di goderne o di disporne che il diritto di proprietà le attribuisce, e a questo modo consegue sulle altre società una influenza dominante che le rende strumento della propria azione*», sicché la controllante potrà esercitare le facoltà inerenti al diritto di proprietà, o ad altro diritto reale, votando nell'assemblea delle controllate per eleggerne o revocarne gli amministratori, o per dotarle, deliberando operazioni sul capitale sociale, dei mezzi finanziari necessari per conseguire l'oggetto sociale. Cfr. così F. GALGANO, *Introduzione*, in F. GALGANO-G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, Bologna, 2014, pp. 2-3,

[261] Così espressamente cfr. C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., p. 42.

[262] Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *"Clausole generali", Principi di diritto e Disciplina dei Gruppi di società*, 2013, cit.

Secondo F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema: "Contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici"*, cit., p. 484, il quale richiama un'idea già espressa da C. Angelici, «*è evidente che quanto più ci avviciniamo a situazioni del tipo scelta, equilibrio, standardizzazione, agire parametrico, ecc., tanto più il potere si fa impersonale. Sembra che tutti siamo soggetti a un meccanismo neutrale che nessuno coscientemente controlla. Quanto più ci avviciniamo a situazioni del tipo contrattazione, squilibrio, innovazione,*

E allora la qualificazione giuridica più congrua al fenomeno in analisi si potrebbe ipotizzare essere quella di una libertà imprenditoriale (ai sensi dell'art. 2082 c.c.), del quale ricorrono tutti i requisiti[263], e dunque di iniziativa economica, (*ex* artt. 41 Cost. e 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea[264])[265] o di un potere[266], che trovi il proprio limite nei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, alla luce dei vantaggi che l'appartenenza al gruppo produce[267].

La differenza per i soci (*residual claimants*) potrebbe probabilmente derivare da un differente equilibrio tra potere e responsabilità, dal momento

---

agire strategico, tanto più il potere si personalizza in capo ad uno o ai diversi soggetti che partecipano all'interazione».

263 Cfr. G. OPPO, *Impresa e imprenditore*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 9, il quale ritiene che il presupposto giuridico dell'imputazione dell'attività d'impresa – ovvero, secondo altra opinione, conseguenza di questa – sia il potere di direzione, consistente nel dominio e sfociante nella sovranità. Lo stesso A., afferma in uno scritto di qualche anno successivo (ID., *Principi*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, 1, I, Torino, 2001, p. 20), che tanto varrebbe ad affermare che la titolarità da parte della *holding* dell'attività di direzione e coordinamento, che è attività imprenditoriale, presuppone o comporta la necessità di riconoscerle un potere determinante, decisorio, rispetto alla conduzione del gruppo.

264 Cfr. E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 878 ss.

265 Cfr. al riguardo G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Scritti giuridici*, I, *Diritto dell'impresa*, Padova, 1992, p. 31 ss.; V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da V. Buonocore, I, 2.1, Torino, 2002, p. 371 ss.; G.C.M. RIVOLTA, *Autonomia privata e strumenti per l'esercizio delle imprese minori*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 1274 ss.; M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di G. Gitti-M. Maugeri-M. Notari, I, Bologna, 2012, p. 34 ss.; E. LOFFREDO, *Attività economica e atti antieconomici nell'esercizio dell'impresa*, 2014, in www.orizzontideldirittocommerciale.it.

266 Questa la proposta di C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., p. 43, il quale ritiene che, al fine di tener conto di preservare un rapporto di congruità tra schemi alternativi a quello tradizionale del rapporto giuridico e assetti reali d'interessi, ci si debba rivolgere «*al dato primordiale che caratterizza, in primo luogo in termini pregiuridici, la fenomenologia di gruppo: quello di segnalare una specifica e peculiare situazione di* potere». Il potere viene inteso dall'A., nella sua accezione più come di "regola di produzione dell'azione".

267 Ciò permette, secondo M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, cit., p. 66 ss., di accostare il gruppo al "mercato", identificando nel primo un "luogo" deputato all'attuazione sistematica di scambi organizzati non in forza della disponibilità individuale a pagare il prezzo più elevato, bensì sulla base di una assegnazione autoritativa di risorse. Sicché, seguendo l'insegnamento di R. H. COASE, *The nature of the firm*, cit., p. 386 ss., «*la scelta di avvalersi del modello dell'integrazione verticale nella selezione degli usi cui orientare i diversi fattori produttivi può essere, infatti, ricondotta all'opportunità che quel modello offre di ridurre i costi "transattivi" impliciti nella negoziazione di un mercato rimuovendo l'esigenza di individuare i prezzi rilevanti e di valutarne la capacità segnaletica in ordine alle destinazioni allocativamente più efficienti*». In tal modo sarà possibile ottenere economie di scala, oltre che economie informative, tali da elidere le asimmetrie generate della incompletezza o dalla ineguale distribuzione dei dati significativi per l'assunzione delle scelte d'impresa. Così anche O.E. WILLIAMSON, *Markets and hierarchies: Analysis and Antitrust Implications,* cit., p. 20 ss.

che in una società autonoma, di regola (ma vedi artt. 2346, co. 4 e 2468, co. 2 c.c.), la partecipazione ai guadagni è direttamente proporzionale al conferimento effettuato, nel senso che maggiore è il conferimento, maggiore sarà il rischio e, pertanto, maggiori dovranno essere i diritti spettanti al socio.

Nell'impresa di gruppo, invece, a venire in rilievo non sono la quantità e qualità dei diritti attribuiti ai soci, non è anzi la categoria del diritto soggettivo in sé ad esser presa in considerazione dal legislatore, quanto piuttosto la possibilità effettiva di un ente o società di influire sulla struttura organizzativa, nonché, quindi, sull'attività, di una o più società eterodirette. Il che accadrà quando il soggetto che si pone al vertice dell'impresa di gruppo sia in grado di esercitare un potere pieno ed assoluto nel determinare le scelte strategiche delle società eterodirette[268], e ove, perciò, lo stesso sia titolare di un potere gerarchicamente sovraordinato tale da permettergli di incidere, mediante l'elaborazione di un piano imprenditoriale globale e la sua imposizione a tutte le società subordinate, in modo determinante sui processi decisionali interni a queste ultime[269].

Non v'è chi non veda come, ove si condivida quanto sin qui detto, ciò che interesserà ai fini dell'applicazione delle norme in tema di attività di direzione e coordinamento, ma in particolare dell'art. 2497 c.c. sulla responsabilità della capogruppo[270], sarà che un soggetto in posizione di dominanza possa

---

268 Cfr. L. BENEDETTI, *Il coordinamento degli ambiti di applicazione degli artt. 2497 e 2476, co. 7, c.c. rispetto alla s.r.l. di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 432 ss., spec. pp. 437-438; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 317 ss.; M. MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, cit., p. 234; secondo i quali tale potere si estrinsecherebbe attraverso una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale e commerciale delle società eterodirette.

269 Del gruppo come "impresa" parlano anche M. LIBERTINI-A. MIRONE-P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, Milano, 2016, p. XLI, i quali ritengono che «*la disciplina degli artt. 2497 ss. è disciplina dell'impresa di gruppo, che può articolarsi in una pluralità di persone giuridiche, in una delle quali è concentrata la funzione di direzione e coordinamento all'interno dell'impresa di gruppo stessa*».

270 Attribuiscono natura contrattuale alla responsabilità della capogruppo V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, cit., p. 1245; A. IRACE, *sub Art. 2497*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, III, p. 311 ss., spec. p. 320; A. JORIO, *I gruppi*, in AA.VV., *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2003, p. 195 ss., spec. p. 199; A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 765 ss., spec. p. 770; M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, cit., p. 335; R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 661 ss., spec. p. 668; G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, cit., p. 195; A. BADINI CONFALONIERI-R. VENTURA, *sub Art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 2150 ss., spec. p. 2176; F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 319; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2004, p. 538 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 156 s.; S. MAZZAMUTO,

concretamente arrecare un danno ai soci esterni ed ai creditori delle società eterodirette[271] – a prescindere dalla componente soggettiva dell'intenzionalità, ma dovendosi guardare alla violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società abusate –. E le regole disposte dagli artt. 2497 ss. c.c. potranno essere invocate tanto nelle ipotesi di controllo azionario (di diritto o di fatto che sia), quanto di controllo

Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 1491 ss.; M. MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori*, cit., p. 197 ss.; P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, cit., p. 283, nt. 10; A. DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 544 ss., spec. p. 548; F. FIMMANÒ, *Responsabilità da direzione e coordinamento ed insolvenza della società abusata*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di G. Palmieri, Torino, 2009, p. 95 ss., sepc. p. 103 s.; M. BUSSOLETTI-E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, cit., p. 125 s.; M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa: profili ricostruttivi*, Milano, 2010, p. 353 ss.; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., p. 36; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, Bologna, 2012, p. 412; G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2012, p. 339 ss., spec. p. 363 ss.

Propendono invece per la natura extracontrattuale della responsabilità da attività di direzione e coordinamento, oltre alla *Relazione di accompagnamento al decreto di riforma* (sulla quale cfr. F. AULETTA-G. LO CASCIO-U. TOMBARI-M. VIETTI-A. ZOPPINI, *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori. Testi e materiali*, Milano, 2006, p. 257 s.), A. BASSI, *La disciplina dei gruppi*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, p. 199 ss., spec. p. 201; F. CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, p. 290; G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 659 ss., spec. p. 661; F. GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. GALGANO-R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, I, in *Trattato dir. comm. e dir. pubbl. economia* diretto da F. Galgano, Padova, 2006, XXIX, p. 321; ID., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2006, p. 260; F. FERRARA JR.-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 846; G. SBISÀ, *sub Art. 2497*, cit., p. 86; ID., *sub Art.* 2497, in F. GALGANO-G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, cit., p. 174 ss.

In giurisprudenza, si sono pronunciati a favore della natura contrattuale Trib. Milano, 13 febbraio 2008, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 762; Trib. Milano, 25 luglio 2008, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 125 ss.; a favore invece della natura extracontrattua, cfr. Trib. Roma, 17 luglio 2007 e Trib. Roma, 13 settembre 2007, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, p. 211 ss., con nota adesiva di E. Marchisio, *Note sulle azioni di responsabilità* ex *art. 2497*; Trib. Napoli, 28 maggio 2008, in *Foro it.*, 2009, I, p. 1960 ss.; Trib. Napoli, 9 aprile 2008, in *Dir. fall.*, II, p. 235 ss., con nota adesiva di A. Penta, *La natura della responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*; Trib. Pescara, 2 febbraio 2009, in *Foro it.*, 2009, I, p. 2829; Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Foro it.*, 2011, p. 3184.

[271] Cfr., nel senso proposto nel testo, F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 157, il quale lascia trasparire l'idea per cui il socio di controllo si trovi in una "posizione di dominanza" che rende il suo rilievo diverso rispetto a quello degli altri soci e che, pertanto, la particolare disciplina prevista dall'art. 2497 c.c. sarebbe il frutto di tale differenza. Viene in altre parole dato rilievo alla posizione di maggior potere del socio dominante il quale avrà la possibilità di incidere sull'assetto societario oltre che sulle posizioni dei soci esterni e dei creditori della società eterodiretta, sì da configurare una sorta di responsabilità legata al maggior potere e, pertanto, ad una conseguente maggiore responsabilità gravante in capo ad un soggetto che ha la possibilità di incidere sugli assetti societari con modalità diverse ed ulteriori rispetto a quelle tradizionali.

contrattuale e, ove se ne riconosca diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 2497-*septies* c.c.[272], di contratto di

[272] La disposizione sembrerebbe fare riferimento ai gruppi orizzontali nei quali la direzione unitaria, volta a stabilire un coordinamento di carattere finanziario ed organizzativo, è esercitata senza vincolo di subordinazione, in forza di accordi contrattuali tra più società o di clausole statutarie e non sulla base di un rapporto di controllo. Con il d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37 di modifica ai d.lgs. 5 e 6 del 2003 il previgente comma 2 dell'art. 2497-*sexies* è stato soppresso e la disposizione è stata introdotta nel nuovo art. 2497-*septies* c.c.: la Relazione allo schema di decreto legislativo di modifica ai d.lgs. 5 e 6 del 2003 (quello che poi sarà il d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37) osserva a questo proposito che «*si è introdotto il nuovo articolo 2497*-septies *in tema di coordinamento tra società; esso contiene la previsione dell'originario secondo comma dell'art. 2497*-sexies*, essendo apparso opportuno, al fine di eliminare equivoci interpretativi, separare la disciplina del controllo c.d. "verticale", prevista nell'art. 2497*-sexies*, da quella del controllo c.d. "paritetico od orizzontale"*».

Nel senso che l'art. 2497-*septies* faccia riferimento al controllo paritetico, cfr. anche F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, Bologna, 2005, p. 209 ss., il quale nota che la composizione degli organi di amministrazione delle società, formati in maggioranza dalle stesse persone, può indicare tanto un accordo paritario che un accordo di subordinazione; R. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, *Controlli – Bilancio – Modificazioni dello statuto – S.r.l. – Gruppi di società*, Torino, 2007, p. 799 ss. Sul gruppo paritetico cfr. ID., *Il gruppo paritetico*, Torino, 1996, p. 114 ss.; ID., *Il gruppo cooperativo paritetico (una prima lettura dell'art. 2545 septies c.c.*), in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 524 ss.. In giurisprudenza, cfr. Cass., 4 agosto 2006, n. 17696, in *www.iusexplorer.it*, che parla di «gruppi di società collegate tra loro in senso economico e dirigenziale (ma non anche sotto il profilo giuridico)»; Cass., 14 ottobre 2010, n. 21250, in *www.iusexplorer.it*, che precisa come sia la presenza di direzione unitaria uno degli elementi determinanti per l'individuazione di un gruppo di imprese (orizzontale).

Cfr. però A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, cit., p. 874 s., il quale ritiene che i contratti che consentono l'esercizio di attività di direzione e coordinamento *ex* art. 2497-*septies* «*non possono che essere contratti che riguardano gruppi gerarchici*», dovendo la rubrica dell'articolo («*Coordinamento di società*») essere intesa nel senso di coordinamento «*da sovraordinazione e non da equiordinazione*»; secondo il citato A., il contratto dovrà precisare «*i criteri e le modalità di realizzazione delle eventuali operazioni di compensazione per i costi imposti dalla direzione unitaria*», esplicitando «*i criteri di giudizio per una concreta valutazione della portata delle direttive, di modo che possa quantificarsi la loro incidenza sulla redditività e sul valore dell'investimento nella società*». Cfr.. anche ID., *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, cit., p. 216 ss., in cui l'A. ribadisce come la fattispecie di riferimento dell'art. 2497-*septies* sia «*quella del gruppo gerarchico, legittimandosi tramite la stessa la stipulazione di contratti di coordinamento – appunto gerarchico –, che spostino dal fatto al contratto l'esercizio della direzione unitaria*». Afferma che la norma (allora, l'art. 2497-*sexies*, co. 2, c.c. vecchia formulazione) «*sembrerebbe legittimare i contratti di dominio di tradizione germanica*», D.U. SANTOSUOSSO, *Il nuovo diritto societario*. *I principi della legge delega e le linee guida della riforma*, Milano, 2003, p. 122.

Già prima della riforma del 2003 per la configurazione dei c.d. "contratti di dominio debole", cfr. M. LAMANDINI, *Il "controllo". Nozione e "tipo" nella legislazione economica*, Milano, 1995, p. 170 ss; N. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, cit., p. 254 ss.; P. MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in *I gruppi di società*, *Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli, Milano, 1996,

dominazione.

Difatti, come noto, l'art. 2497-*sexies* c.c. prevede una presunzione di svolgimento di attività di direzione e coordinamento tanto in capo a chi si trovi a controllare una società ai sensi dell'art. 2359 c.c., quanto in capo a chi

---

II, p. 1554 ss., spec. p. 1555 s. Cfr. poi U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., p. 282 s., che parla di «*contratto di collegamento tra società*», ascrivibile alla categoria dei contratti con comunione di scopo, da distinguere dal contratto di dominazione; e, dopo la riforma, ID., *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, cit., p. 68 e nt. 33, il quale, con riferimento all'allora secondo comma dell'art. 2497-*sexies*, afferma che la disposizione, legittimando il «*contratto di collegamento (gerarchico) tra società*», non riguarderebbe il gruppo paritetico, sebbene l'A. noti come tale conclusione potesse cambiare in seguito alla modifica apportata dal d.lgs. 37/2004 che, con l'introduzione dell'inciso «*fuori dalle ipotesi*», induceva a ritenere che «*l'attività di direzione e coordinamento è esercitata sulla base di un accordo contrattuale e a prescindere da una preesistente situazione di "controllo"*». Cfr. anche M. TONELLO, *Il contratto di dominio nei gruppi di società: e se ne ritentassimo l'esame di meritevolezza?*, in *Contr. e impr.*, 1995, p. 1078 ss.; G. SBISÀ, *Società controllate e società collegate*, in *Contr.e impr.*, 1997, p. 319 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto commerciale*, Milano, 2010, p. 477 ss.

In senso contrario rispetto all'ammissibilità dei contratti di dominazione, anche debole, cfr. V. CARIELLO, *sub Artt. 2497*-sexies e *2497*-septies, in *Società di capitali*, diretto da G. Niccolini-A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1898 s.; A. IRACE, *sub Art. 2497*-sexies, in *La riforma delle società*, diretto da M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, III, p. 349; A. BADINI CONFALONIERI, *sub Art. 2497*-septies, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 2218 ss.; G. MUCCIARELLI, *sub Art. 2497*-septies, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. Sbisà, *Art. 2497-2497* septies, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2012, p. 386 ss.

Peculiare poi, ma se ben sembra di comprendere, implicitamente favorevole all'ammissibilità del contratto di dominazione, la posizione adottata da C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 211, il quale osserva come la norma dell'allora comma 2 dell'art. 2497-*sexies* «*non necessariamente implichi la validità in qualsiasi ipotesi di contratti o di clausole del genere. Essa li considera, a prescindere da questo aspetto, che richiede di essere affrontato sulla base di altri criteri, esclusivamente in quanto elemento che su un piano effettuale consente lo svolgimento dell'attività e può agevolarne il riconoscimento*»; ID., *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., p. 45 ss., evidenziando come, dovendosi distinguere il piano della *validità* da quello della *rilevanza* – proprio, quest'ultimo, della categoria dell'attività –, il contratto di dominazione debba esser letto come «*uno degli indici, su un piano analogo a quelli indicati dall'art. 2359 c.c. e richiamati dall'art. 2497*-sexies *c.c., sulla cui base riconoscere* in fatto *(allora, come mi sembra evidente, a prescindere da ogni questione di validità degli assetti organizzativi e imprenditoriali in cui consiste la «direzione e coordinamento di società»)*». Proseguendo, l'A. instaura un significativo parallelo tra la fattispecie dei gruppi e quella delle intese restrittive della concorrenza: «*si pensi, per riferirsi a un'area tematica in cui ugualmente si tratta dell'attività imprenditoriale e nella quale pure rileva il profilo del «potere» (questa volta «di mercato»), alla disciplina delle intese restrittive della concorrenza: ove se ne dispone* per tabulas *la nullità, ma evidentemente riconoscendone la rilevanza ai fini dei divieti e delle sanzioni previste dalla disciplina* antitrust». E ancora, il riferimento va all'impresa illecita e, nel diritto tedesco, alla disciplina dell'invalidità dei contratti di dominio, ove se ne stabilisce l'irretroattività, così dando rilievo al *fatto* della loro concreta attuazione.

sia tenuto alla consolidazione del bilancio ai sensi dell'art. 26 del d.lgs. n. 127 del 1991 (così aggiungendo, ai sensi del co. 2, lett. *b*), alle fattispecie contemplate dal citato art. 2359 c.c., quelle di controllo fondate su patti parasociali), dal che potendosi inferire che la situazione rilevante ai fini dell'applicazione degli artt. 2497 ss. c.c. non è solo quella dell'esercizio di un diritto derivante dal possesso azionario, ma occorrerà un *quid pluris*[273]. Tale elemento aggiuntivo che, nonostante non accomuni tutte le ipotesi di controllo, sembra corretto affermare debba ricorrere, invece, in tutte le ipotesi di attività di direzione e coordinamento[274], può essere individuato nella direzione unitaria esercitata dall'ente capogruppo[275] e capace di manifestarsi nelle forme più varie.

2.3.1. *Ipotesi di controllo ex art. 2359, n. 3), c.c. ed attività di direzione e coordinamento.*

Nella cennata prospettiva, le ipotesi di controllo azionario (tanto di fatto, quanto di diritto) non sembrano presentare, per ciò che si verrà dicendo, profili di particolare complessità[276].

Con specifico riferimento al controllo contrattuale, invece, è bene osservare come esso ricorra tutte le volte in cui un soggetto venga a trovarsi in posizione di dipendenza economica rispetto ad altro soggetto a causa di un rapporto giuridico tra loro intercorrente e caratterizzato da uno squilibrio nelle opposte posizioni, a prescindere da ogni indagine sulla situazione esistente al momento in cui il rapporto è sorto e valutando invece l'esistenza della dipendenza con riferimento al momento in cui venga posta in essere la condotta abusiva[277]. L'impresa in posizione di dominanza sarà libera di

---

273 È del tutto evidente che, per il modo in cui l'art. 2497-*sexies* c.c. è formulato, sebbene non se ne sottovaluti il rilievo sul piano probatorio, per il sistema il controllo ovvero l'obbligo di redazione del bilancio consolidato rappresentino requisiti "tipologici", che appunto lasciano presumere, salvo prova contraria, l'appartenenza ad un gruppo. Sicché alla capogruppo che voglia esimersi dalla responsabilità *ex* art. 2497 c.c. non resterà che dimostrare come, nonostante la ricorrenza di detti requisiti, manchi quell'elemento aggiuntivo di cui si discorre nel testo tale da far ritenere che la stessa abbia esercitato attività di direzione e coordinamento.

274 Cfr. in questo senso già, con riferimento al notissimo caso Caltagirone, Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 386, con nota di N. RONDINONE.

275 Così anche la giurisprudenza di merito. Cfr. Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Foro it*., 2011, p. 3184, per l'affermazione che l'attività di direzione e coordinamento costituisca un *quid pluris* rispetto al mero esercizio del controllo, in quanto espressione di un potere di ingerenza più intenso, consistente nel flusso costante di istruzioni impartite dalla società controllante e trasposte all'interno delle decisioni assunte dagli organi della controllata; Trib. Pescara, 16 gennaio 2009, in *Soc.*, 2010, p. 683.

276 Quanto affermato può esser meglio compreso sol che si pensi alla circostanza per cui una società potrebbe essere eterodiretta anche quando, non ricorrendo un controllo azionario, la società dominante non faccia parte della sua compagine sociale, e però la prima debba in ogni caso adeguarsi alle direttive impartite dalla seconda a causa delle conseguenze che dalla rottura del vincolo di dipendenza economica potrebbero derivare.

277 Cfr. P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, p. 141 ss., in cui parla di dipendenza "autoindotta" e p. 521 ss.; F. DENOZZA, *L'abuso come eccesso e la metamorfosi delle tutele soggettive (in bozza)*, cit.

organizzare la propria attività come meglio crede (c.d. indipendenza relativa o, nei casi di posizione dominante, assoluta), ma gli effetti di quanto deciso si riverbereranno inevitabilmente sulle imprese da essa dipendenti, sicché, a fronte di comportamenti *prima facie* espressione del principio di libertà di iniziativa economica (costituzionalmente garantito), potrà richiedersi un intervento da parte dell'autorità giudiziaria al fine di verificare se la condotta posta in essere abbia causato, proprio in virtù della diversa posizione di forza, uno squilibrio tale da rendere le prestazioni dedotte in contratto, comunque normalmente riconducibili al rapporto contrattuale come astrattamente prefigurato, eccessivamente sproporzionate tra loro.

Nella dipendenza economica relativa – come pure, sebbene in prospettiva non del tutto analoga, in quella assoluta – il termine ultimo di riferimento è dato dalla posizione dell'impresa dominata sul mercato, così come reso evidente dal richiamo alla «*reale possibilità per la parte che abbia subìto l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti*» (art. 9, co. 1, L. 18 giugno 1998, n. 192, recante la «*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*»). Ciò costituisce, evidentemente, una marcata differenza, sul piano funzionale – ma, si badi, solo in relazione agli interessi tutelati –, rispetto alla disciplina dell'attività di direzione e coordinamento. Tuttavia, il fatto che l'abuso dell'ente esercente questo secondo tipo di attività debba esser valutato con riguardo alla gestione complessiva del gruppo, può senz'altro configurare un punto di contatto tra le due discipline, dato che anche per l'abuso di dipendenza economica non è detto che la valutazione di abusività debba esaurirsi nella considerazione puntuale dell'atto asseritamente abusivo, «*senza considerarne il significato nel contesto della complessiva attività della parte dipendente, nonché delle relazioni che questa complessivamente intrattiene con la controparte dominante*»[278].

Dunque, tanto nell'art. 2497 c.c., quanto nell'art. 9 l. subf., si identifica un limite, operante *ex post* e fondato su basi di natura sostanziale, agli interessi di un soggetto il quale potrebbe, altrimenti, operare liberamente.

Così come, ancora, nella dipendenza economica, sebbene il rapporto

---

In giurisprudenza, cfr. Cass. 23 luglio 2014, n. 16787, in *I contratti*, 2015, p. 241, con nota di M. LAMICELLA, in cui la Cassazione si trova ad esprimersi in relazione ad un'ipotesi di recesso esercitato nei confronti di alcuni concessionari dalla Mazda. La Mazda esercitava a cascata il diritto di recedere contrattualmente attribuitole nei confronti di Sidauto, suo importatore in Italia e da quest'ultimo nei confronti delle concessionarie di vendita, sicché la Corte Suprema, come osservato da F. DENOZZA, *ibidem*, nt. 27, dando per scontato che l'abuso di dipendenza economica fosse stato perpetrato grazie al fatto che Mazda era l'unico soggetto in grado di consentire alle concessionarie di continuare a vendere le automobili con quel marchio e di effettuare le sostituzioni dei pezzi di ricambio nelle automobili già vendute, individuava la dipendenza nella presenza di elementi di debolezza delle concessionarie che non erano presenti al momento della conclusione del contratto e che sono, invece, sorte in seguito alla costituzione del rapporto. Cfr. anche Trib. Milano, 10 marzo 2015; Trib. Milano, Sez. specializzata in materia d'impresa, 8 luglio 2014, n. 9024/14.

[278] Così cfr. P.P. FERRARO, *L'impresa dipendente*, Napoli, 2004, p. 110; P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 535-536, dal quale è tratta la citazione nel testo.

giuridico tra le parti sia normalmente fondato su un contratto di scambio – ontologicamente connaturato da un conflitto di interessi tra parte e controparte –, possa ad ogni modo configurarsi una convergenza di interessi tra impresa dominante e impresa dominata – dai profitti conseguiti dalla prima, di regola e in termini semplici, dipenderanno i profitti della (oltre che la stabilità del rapporto con la) seconda –, allo stesso modo, se singolarmente considerate le società appartenenti ad un gruppo, sarà configurabile un conflitto di interessi immanente tra interesse proprio della dominante ed interesse autonomo della eterodiretta, i quali tenderanno però a convergere sul piano, appunto, del gruppo[279].

E così, la funzione delle due discipline potrebbe esser ricondotta a sistema non tanto – si osservava – sul piano dei concreti interessi tutelati, quanto piuttosto sul piano teleologico generale e, a ben vedere, assiologico: quello della repressione di condotte abusive in vista della tutela di "parti deboli" di un rapporto giuridico.

Se, in altri termini, «*la presenza dell'impresa introduce sulla dimensione dello scambio, evocata dal contratto, la dimensione della produzione*»[280], si potrebbe dire che la presenza dell'impresa di gruppo si atteggi quale diversa e più ampia manifestazione della dimensione della produzione, vista con favore dall'ordinamento ma, poiché massima espressione del binomio potere/responsabilità e dunque potenzialmente comportante esternalità negative non irrilevanti per un ampio numero di *stakeholders* – tra questi dovendosi ricomprendere, data la peculiarità del caso, i soci di minoranza –, bisognosa di una regolamentazione *ad hoc* a tutela di tali soggetti[281].

---

279 Non può non condividersi quanto intuito da F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema: "Contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici"*, cit., p. 495, il quale afferma che «*tutti i contratti hanno assunto anche una dimensione "strutturalmente societaria". Tutti i contratti sono cioè concepiti come strumenti per la creazione di un "utile" (il* surplus *corrispondente alla somma delle maggiorazioni di benessere che si verificheranno in capo ai due contraenti rispetto al punto di non accordo). Un "utile" che si tratta di allocare ("dividere") tra i contraenti nella maniera più efficiente possibile (magari in proprorzione al "conferimento" con cui ciascuno ha contribuito alla creazione del surplus stesso!)*»

Già secondo F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 40, il "parallelismo degli interessi" che caratterizza l'accordo rispetto al contratto (dove sono presenti "interessi confliggenti"), può essere riscontrato in tutti i contratti, se li si osserva dal punto di vista della produzione del surplus di utilità, mentre la presenza degli "interessi confliggenti" può essere constata in tutti gli accordi, là dove li si osservi dal punto di vista della divisione del surplus prodotto.

280 F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema: "Contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici"*, cit., p. 492, il quale prosegue osservando che «*mentre lo scambio può essere concepito come un fenomeno che coinvolge soggetti pensati come sostanzialmente uguali (quanto a razionalità, potere, generiche aspirazioni, ecc.) e come il regno della standardizzazione e della omogeneità (sotto il profilo del valore di scambio) delle merci, la produzione non può. Questa è il regno della divisione del lavoro, di tutti i diversi ruoli che devono essere svolti dai diversi soggetti e di tutte le disuguaglianze che ne derivano*».

281 Riprendendo una considerazione formulata da C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 345 ss., se è vero che la personalità degli enti commerciali

2.4. *Il c.d. privilegio di gruppo.*

Leggere la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento alla stregua di *enabling law*, significa inevitabilmente riconoscere un intento promozionale da parte del legislatore nei confronti del fenomeno dei gruppi di società[282]. Ed infatti, il nomoteta sembra, con gli artt. 2497 ss. c.c., avere creato un sistema volto a perseguire un duplice ordine di obiettivi: *i*) riconoscere e promuovere l'esercizio dell'attività d'impresa "policorporativa"[283], *ii*) imporre però delle regole a tutela dei soci esterni e dei terzi che entrino in contatto con la società eterodiretta.

Promuovere[284], in quanto l'art. 2497 c.c. non solamente deroga al

---

riassume la spersonalizzazione dell'investimento, è altrettanto vero che vi sono contesti, come quello di gruppo, in cui si assiste, invece, alla personalizzazione dell'investimento medesimo: la partecipazione di controllo diventa la base per l'orientamento dell'attività sociale nel più ampio contesto policorporativo.

Per M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, cit., p. 67, il fenomeno di gruppo avvicinerebbe la posizione della *holding* a quella di un investitore "diversificato", il cui interesse si incentra sull'incremento di valore dell'intero "portafogli", più che su quello dei singoli strumenti finanziari detenuti.

[282] Così G. SCOGNAMIGLIO, *"Clausole generali", Principi di diritto e Disciplina dei Gruppi di società*, 2013, cit. secondo la quale l'introduzione delle norme sull'attività di direzione e coordinamento sarebbe espressione dell'intento del legislatore di incentivare il modello organizzativo dell'impresa di gruppo, rafforzando il potere dei soggetti al vertice dello stesso tramite il meccanismo compensativo, costituente sviluppo ed applicazione del principio di legittimità dell'attività di direzione e coordinamento di società, nel senso che essa incontrerebbe altrimenti ostacoli consistenti in mancanza di una simile regola; P. ABBADESSA, *La responsabilità della capogruppo verso la società abusata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 279 ss.

Nel diritto tedesco, per il riconoscimento al *Konzernrecht* di un *Privilegierungsfunktion*, cfr. i contributi ormai tradizionali di W. ZÖLLNER, *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, München u. Berlin, 1963, p. 86 ss.; P. HOMMELHOFF, *Die Konzernleitungspflicht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1982, p. 124 s.; J. VETTER, in *Aktiengesetz Kommentar*, a cura di K. Schmidt e M. Lutter, Köln, 2010, §311, Rn. 6.

[283] A. VALZER, *Abuso di eterodirezione e regimi di responsabilità. La recente giurisprudenza del Tribunale di Milano*, cit., p. 21.

[284] Secondo P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 532, e spec. nt. 34, l'obiettivo storicamente ed oggettivamente divisato dal legislatore della riforma nel formulare la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, sarebbe stato quello di consentire come fisiologico ed anzi favorire il perseguimento di politiche imprenditoriali di gruppo. «*Diversamente, gli elementi di novità, introdotti dalla riforma in tema di responsabilità dell'ente capogruppo per* mala gestio*, si esaurirebbero fondamentalmente nella previsione di azioni dirette contro l'ente capogruppo, a tutela dei soci di minoranza e dei creditori, semplicemente* in aggiunta *all'azione che la società già potrebbe esperire in proprio.*

In realtà, il legislatore della riforma sembra essersi spinto oltre, consentendo che l'ente capogruppo, nel perseguire le proprie strategie imprenditoriali, usi sistematicamente delle società controllate, non solo influenzando l'interesse sociale concreto di queste (eventualità della quale tengono conto le disposizioni sulla pubblicità ed in parte anche quelle sul recesso); ma addirittura facendo deviare l'azione degli organi societari dall'interesse sociale astrattamente considerato. Con il solo limite della salvaguardia degli interessi esterni (salvaguardia che, in caso di deviazione

fondamentale principio della risarcibilità del solo danno diretto[285], ma inoltre, in un certo modo sterilizzando o, *rectius*, orientando gli interessi delle società eterodirette nella direzione di un "interesse di gruppo", sollecita un ripensamento ed una rilettura di norme tipiche del diritto societario adattandole al particolare contesto del gruppo.

Una prima notazione. È ricorrente in dottrina – e condivisibile – l'affermazione per cui il riferimento contenuto nell'*incipit* dell'art. 2497 c.c. all'agire «*nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui*», abbia non la funzione di individuare un elemento costitutivo dell'abuso, quanto piuttosto di ampliare i margini entro cui è concesso all'ente dominante di esercitare l'attività di direzione e coordinamento, così ammettendo che la *holding*, a differenza di qualsiasi altro soggetto cui venga demandata la gestione della società, persegua «*un interesse non necessariamente compatibile con quello della società diretta, considerata in quanto monade*», purché rispetti i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale[286].

Inoltre, sembra opportuno porre l'accento sull'aggettivo "imprenditoriale"[287] qualificante l'interesse della capogruppo (o di un terzo), notando come, al fine di attribuirgli un significato non pleonastico, già sul piano letterale la disciplina in analisi sembri espressione di un *favor* che l'ordinamento ha accordato ai gruppi di società in quanto organizzati in forma di impresa, ossia in quanto modalità di organizzazione, come detto in chiusura del paragrafo precedente, di un'attività volta a produrre e/o a far circolare ricchezza, ossia di un'attività produttiva[288]. Da ciò l'ulteriore corollario per

---

dall'interesse sociale astratto, si traduce in linea di massima in un'obbligazione risarcitoria, a favore dei soci di minoranza e/o dei creditori); e con la società figlia che quindi si riduce a mera articolazione organizzativa dell'impresa di gruppo».

285 Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, Milano, 2012, p. 127 ss.

286 Così M. MOZZARELLI, *L'interesse imprenditoriale proprio o altrui: appunti sul rapporto fra la capogruppo e gli amministratori della società soggetta a direzione e* coordinamento, in *NDS*, 2012, p. 102 ss.; ID., *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, cit., p. 209 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *"Clausole generali", Principi di diritto e Disciplina dei Gruppi di società*, 2013, cit; M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa: profili ricostruttivi*, cit., p. 78, spec. nt. 31; A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società fra fatto e contratto*, cit., p. 851; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, cit., pp. 1246-1247.

287 Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *"Clausole generali", Principi di diritto e Disciplina dei Gruppi di società*, 2013, cit., secondo la quale l'impianto dell'art. 2497 c.c. legittima le scelte della capogruppo di perseguire interessi altri rispetto a quello della singola società eterodiretta (con la necessità, però, del ricorrere di vantaggi compensativi) solo ove tali interessi abbiano natura imprenditoriale.

288 Secondo M. CASTELLANO, *La fattispecie impresa*, in L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale. 1 – Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, a cura di M. Castellano e F. Vessia, Torino, 2015, pp. 88-90, il fine della produzione o scambio di beni e servizi, e dunque la produttività, «*costituisce il requisito centrale perché un'attività possa essere qualificata come attività d'impresa*», indicando «*il valore dell'attività, quel requisito assiologico che conduce a fare della sequenza degli atti un'attività*». Osserva l'A. che «*il valore di cui si dice è rappresentato dalla circolazione e produzione di beni e servizi, circolazione e produzione, nella visione del sistema, della ricchezza*» e che «*il comportamento dell'imprenditore merita di essere considerato* sub *specie attività perché*

cui la disciplina in parola, se identificata con una *enabling law* – in conseguenza, lo si ribadisce, del suo essere espressione del valore, caro all'ordinamento, della produttività – dovrà trovare applicazione – nella parte in cui esonera da responsabilità la controllante che abbia comunque permesso il prodursi di un vantaggio compensativo – solo nel caso in cui il gruppo in quanto tale sia organizzato in forma di impresa "di secondo livello"[289], e, secondo un Autore, quando l'attività d'impresa sia imputabile a più soggetti, quali altrettanti imprenditori[290] – come confermato dalla lettera dell'art. 2497 c.c., la quale ne prevede l'applicazione solo quando ad essere soggette alla

a servizio della circolazione e produzione della ricchezza».

289 Così, già prima della riforma, cfr. P.G. JAEGER, *I "gruppi" fra diritto interno e prospettive comunitarie*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 923 ss.; ID., *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 476 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e informazione societaria*, in *L'informazione societaria. Atti del Convegno Internazionale di studi*, a cura di P. Alvisi-P. Balzarini-G. Carcano (Venezia 5-6-7 novembre 1981), Milano, 1982, 1, p. 1115 ss.; ID., *Tipologia dei vincoli di controllo e dei gruppi societari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 2**, 1991, p. 600 ss.; ID., *Il gruppo di imprese nella amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 481 ss.; F. GALGANO, *Circolazione delle partecipazioni azionarie all'interno dei gruppi di società*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 363 ss.; ID., *Qual è l'oggetto della società* holding, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 327 ss.; A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 729 ss.; F. DI SABATO, *Concentrazioni e gruppi nel diritto interno*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 528 ss., spec. p. 543 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 365 ss.; EAD., *Gruppi bancari e non: legge ed autonomia privata nella configurazione del modello organizzativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 693 ss.; P. SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 233 ss., spec. p. 238 ss.; G. FIGÀ TALAMANCA, *Direzione e "proprietà transitiva" del controllo di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 337 ss., spec. p. 359; A. GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 841 ss.; M. LAMANDINI, *Nuove applicazioni giurisprudenziali in tema di gruppi di società*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, II, p. 500 ss., spec. p. 528 ss.; ID., *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, cit., *passim*; U. PATRONI GRIFFI, «Fiduciary duties» *e gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 886 ss.; P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 710 ss.; ID., *Persona giuridica, gruppi di società,* corporate governance, cit., *passim*; P. MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, cit., p. 1554 ss.; M. MIOLA, *Il diritto italiano dei gruppi* de iure condendo*: i gruppi e i creditori*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 409 ss., spec. p. 424 ss.; U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., p. 19 ss.; D.U. SANTOSUOSSO, *Il governo dei gruppi di imprese. Ragionevolezza gestionale e adeguatezza informativa*, Milano, 1996, *passim*; N. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, cit., p. 827 ss.; F. DENOZZA, Rules vs. Standards *nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni "virtuali"*, cit., p. 327 ss.

290 Cfr. F. GALGANO, *Introduzione*, in F. GALGANO-G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, Bologna, 2014, p. 31, il quale ritiene che non si introduca alcuna innovazione sul terreno delle categorie giuridiche affermando che una medesima impresa possa essere imputabile a più imprenditori (come già accadeva per i soci in nome collettivo, considerati come *plures mercatores unam mercantiam exercentes*), e che, come accade nei consorzi, è possibile la scomposizione di un'impresa, nelle sue diverse funzioni, ciascuna assegnata ad un diverso imprenditore.

direzione unitaria siano "società" –, con ciò lasciando irrisolto il quesito circa l'applicabilità ai soci che si trovino a controllare una società, ma che ciononostante non esercitino un potere riconducibile, sul piano assiologico, alla categoria dell'attività (d'impresa)[291].

2.5. *Interesse di gruppo ed interesse sociale quali formule riassuntive di una disciplina.*

Rilievo centrale, pertanto, viene attribuito al c.d. "interesse di gruppo". È allora opportuno, a questo punto dell'indagine, fare chiarezza tanto su tale concetto, quanto su quello di "interesse sociale", onde evitare una loro ipostatizzazione[292].

La formula "interesse sociale", come quella di "persona giuridica", non rappresenta un concetto tipologico della realtà, quanto piuttosto una *regula juris*, in cui vengono in rilievo diverse norme, ciascuna volta a delineare un aspetto autonomo di ciò che riassuntivamente può essere indicato come, appunto, interesse sociale[293].

---

[291] Cfr., per spunti di diritto comparato, Cfr. K.J. HOPT, *Konzernrecht: Die europäische Perspektive*, in ZHR, 2007, p. 222 ss.; ID., *Groups of companies – A comparative study on the economics, law and regulation of corporate groups*, cit., p. 19; FORUM EUROPAEUM CORPORATE GROUP LAW, *Corporate Group Law for Europe*, in *European Business Organization Law Review*, 2000, 1, p. 165 ss., spec. pp. 197-207; HIGH LEVEL GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS, *A modern regulatory framework for company law in Europe, Report for the European Commission*, 2002, ch. 5.5., pp. 96-98; REFLECTION GROUP, *Report on the future of EU company law (for the European Commission)*, Brussels, 2011, ch. 4, pp. 59-75, 79-80; P.-H. CONAC, *Director's duties in groups of companies – Legalizing the interest of the group at the European level*, in *European Business Organization Law Review*, 2013, 10, pp. 194-226.

Nel sistema francese, i principi cardine in tema di gruppi di società possono essere ricavati dalla nota giurisprudenza (penale) del caso *Rozenblum*, in occasione del quale, in relazione al reato di *abus de bienes socaiux*, si è stabilito un principio improntato alla massima flessibilità nel bilanciamento tra interessi della capogruppo ed interessi delle società controllate: è possibile per gli amministratori di queste ultime tenere in considerazione, nel loro agire, anche il c.d. "interesse di gruppo" e non solo i vantaggi che la società cui fanno riferimento ottiene dall'appartenenza al gruppo. Ciò però potrà avvenire solo al ricorrere di tre condizioni: *i*) quando ci sia una struttura stabile di gruppo; *ii*) vi sia il perseguimento di una politica di gruppo coerente da parte della capogruppo; *iii*) e quando costi e benefici vengano equamente distribuiti tra i membri del gruppo.

A quanto detto si aggiunga che nel diritto europeo, il *Forum Europaeum Corporate Group Law*, l'*High Level Group of Company Law Experts* ed il *Reflection Group*, in un'ottica di armonizzazione e convergenza delle discipline dei singoli stati in materia di gruppi, hanno raccomandato di seguire e sviluppare la dottrina *Rozenblum*, attribuendo viepiù un riconoscimento formale e legale alla gestione del gruppo in sé.

[292] Così M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, cit., p. 77 ss.

Cfr. poi, sebbene con riferimento ad altra problematica, la ricostruzione effettuata da A. GUACCERO, *Interesse al valore per l'azionista e interesse per la società. Le offerte pubbliche in Italia e negli USA*, Milano, 2007, p. 119, ove espressamente si riferisce all'interesse sociale quale ipostatizzazione dei singoli interessi coinvolti nel fenomeno societario.

[293] Per la nota distinzione tra concetti tipologici della realtà e concetti normativi (riassuntivi di una disciplina o *regulae juris*), cfr. T. ASCARELLI, *Sul concetto di titolo di*

Nella dinamica di gruppo, norme tese a comporre la nozione di interesse sociale cedono il passo ad altre regole congrue rispetto agli interessi riconducibili alle fattispecie sussumibili nella nozione di attività di direzione e coordinamento, sicché parlare di interesse sociale piuttosto che di interesse di gruppo porta solo a creare confusione: quello che nelle società indipendenti viene qualificato come interesse sociale, nelle società appartenenti ad un gruppo diviene interesse di gruppo, ma in realtà ciò che cambia è la conformazione degli interessi che sulla società si appuntano – soci di maggioranza, soci di minoranza, creditori e *stakeholders* in genere –, i frammenti di disciplina applicabile e, conseguentemente, a seguito del

---

credito e sulla disciplina del titolo V del libro IV del nostro codice, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 567 ss., spec. p. 573 ss.; ID., *Tipologia della realtà, disciplina normativa e titoli di credito*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 185 ss.; ID., *Personalità giuridica e sua portata*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 235 ss.; M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, Milano, 1971, p. 2 ss.; ID., *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 33 ss.; N. BOBBIO, *Tullio Ascarelli*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 186 ss.

Secondo M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società per azioni*, cit., pp. 73-74, nt. 99, la distinzione tra concetti tipologici e concetti normativi permetterebbe, da un lato, «*di evidenziare spazi e limiti entro i quali l'interprete partecipa alla evoluzione del sistema giuridico oggetto della sua attività*» e, dall'altro, «*di fornire un paradigma di intervento che consenta all'interprete di evitare il pericolo delle ipostatizzazioni concettuali*». L'A. prosegue osservando che «*è vero che, nell'ambito di una prospettiva diretta a far emergere le valutazioni, gli – anche inconsapevoli – convincimenti ideologici dell'interprete, la cesura tra ordinamento tipologico della realtà e* regulae iuris *risulta più marcata*», ma «*questo non significa affatto che i concetti tipologici della realtà siano assunti come concetti destinati ad operare su di un piano diverso da quello giuridico (ora per rientrare nei concetti cosiddetti "fattuali" ora per designare una realtà pregiuridica da distinguersi, se ben intendo, dal tipo di realtà che la norma prevede come presupposto – fattispecie – della sua applicazione*». Tale dicotomia è «*solo funzionale a far emergere l'opera dell'interprete cui è demandato il compito di raccordare, attraverso i suoi giudizi di valore (temperati poi dalla necessità di offrire un prodotto che sia in grado di spiegare la disciplina) quei due aspetti. E si osservi come sia proprio dal raccordo di quei due momenti che scaturisce l'unità dell'ordinamento giuridico che non è solo insieme di* regulae iuris *ma è insieme di regola e fatto disciplinato (e in vero è sufficiente al riguardo ricordare la più volte ribadita distinzione tra enunciato normativo – testo normativo con cui si confronta l'interprete – e norma, che non è oggetto di interpretazione bensì risultato dell'interpretazione, interpretazione che passa* […] *attraverso una valutazione dei fatti tipologici della realtà; è sufficiente, dicevo, tener conto di questo per affermare come per l'Ascarelli il fatto tipologico della realtà "sia" nella norma, sia essa stessa realtà normativa al pari della disciplina*» (cfr. T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 69 ss., spec. p. 87 ss.). L'interprete dovrà inoltre avvedersi del «*pericolo delle ipostatizzazioni concettuali, ipostatizzazioni che a loro volta possono celare adesioni a date opzioni ideologiche, e che comunque costituiscono un vero e proprio sviamento dell'opera interpretativa. E in vero, in codesto ambito, la cesura, a fini esplicativi, si è detto, tra realtà fenomenologica e realtà giuridica scompare. Il fatto tipologico della realtà appare per quello che è (meglio: per quello che deve essere per il giurista) il presupposto per l'applicazione di una data disciplina* […] *e cioè la fattispecie (e cioè per meglio dire quel fatto della realtà che l'interprete ricostruisce e utilizza per determinare la fattispecie)*».

procedimento di sintesi che l'interprete deve svolgere nel coniugare, alla luce del principio di congruità, antecedente (fattispecie) e sua conseguenza (disciplina), le stesse norme di diritto[294].

A ben vedere, il modo in cui la disciplina dettata dall'art. 2497 c.c. è formulata (si diceva, per principi e non in modo da identificare puntualmente una precisa fattispecie), permette di far luce su quanto appena sostenuto, dal momento che la norma non sarà il risultato della fattispecie visualizzata dal legislatore e della disciplina ad essa congrua, quanto piuttosto della convergenza tra la fattispecie filtrata dai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale e la disciplina che ne consegue.

Probabilmente, allora, le differenze – sia formali (o strutturali), quanto sostanziali – cui si è appena fatto cenno, giustificano il diverso trattamento cui i soggetti appartenenti ad un gruppo sono assoggettati, e non per via di una dicotomia tra interesse sociale ed interesse del gruppo, quanto piuttosto per ciò che tali formule riassumono: una disciplina del gruppo volta a tutelare interessi specifici e qualitativamente diversi da quelli invece tutelati dalle norme che compongono il concetto di "interesse sociale"[295]. Sembra corretta l'affermazione di chi sostiene che l'interesse sociale – così come, potremmo osservare, l'interesse di gruppo – assuma un contenuto non fisso, ma dipendente dal mutare delle circostanze[296].

Alcune regole congrue rispetto a fattispecie che abbiano ad oggetto società monadi dovrebbero, come si diceva, essere ripensate con riferimento all'attività di direzione e coordinamento. È questo il caso dell'art. 2380-*bis* c.c.[297], il quale dovrà necessariamente esser letto alla luce della riconosciuta

---

294 Cfr. M. CASTELLANO, op. loc. ult. cit.

295 Cfr. C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 102, il quale propone di superare la tradizionale dicotomia tra teorie istituzionalistiche e teorie contrattualistiche ed utilizzando, piuttosto un "criterio normativo"; si tratterebbe, in definitiva, «*di definire il metodo utilizzabile per la soluzione di un conflitto di interessi: non tanto la ricerca empirica di un altro interesse ad essi sovraordinato, quanto un criterio normativo in grado di consentire un adeguato equilibrio (o eventualmente un giudizio di prevalenza) fra quelli in rilievo*».

296 Cfr. R. GRANTHAM, *The judicial extension of director's duties to creditors*, in *Journal of Business Law*, 1991, p. 1 ss.

297 Parte della dottrina, anche prima della riforma del diritto societario, ha avanzato la tesi della differenza "tipologica" tra società eterodiretta e società non soggetta ad attività di direzione e coordinamento, o comunque ha posto l'accento sull'incidenza dell'impresa di gruppo sulle competenze degli organi della *holding* e delle società controllate: cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 226 ss.; EAD., *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, cit., p. 202 ss.; EAD., *"Clausole generali", Principi di diritto e Disciplina dei Gruppi di società*, 2013, cit.; U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., p. 129 ss.; ID., *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, cit., p. 61 ss.; ID., *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata (Appunti in tema di* Corporate Governance *e gruppi di società)*, cit., p. 128 ss.; ID., *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., p. 103 ss.; P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Persona giuridica, gruppi di società,* corporate governance, cit., p. 98; ID., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, cit., p. 334; G. GUIZZI, *La responsabilità della*

legittima incidenza esercitabile dalla capogruppo sulle determinazioni assunte dagli amministratori delle società controllate, i quali saranno, per un verso, costretti a rispettare le direttive impartite dalla *holding* – salvo probabilmente il limite dell'irragionevolezza –, per altro verso, saranno assoggettati agli obblighi di *disclosure* contemplati dall'art. 2497-*ter* c.c., e cioè ad analiticamente motivare e puntualmente indicare le ragioni degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione, dandone inoltre adeguato conto nella relazione sulla gestione *ex* art. 2428 c.c.[298].

Ad avviso di chi scrive, tale lettura dell'art. 2380-*bis* c.c. non stravolge il sistema, ove si ponga mente alla previsione contenuta nell'art. 2486, co. 1, c.c.[299]: dal combinato disposto delle due norme emerge come i poteri degli amministratori, rispettivamente nella fisiologia della gestione e nella prospettiva pre-liquidatoria, siano, nel primo caso, i più ampi possibili, sì da

---

controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento, in AA.VV., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, p. 205 ss., spec. p. 210 ss.; A. NIUTTA, *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione del gruppo*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 780 ss.; M. MAUGERI, *Formazione del gruppo e diritti dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, p. 267 ss.; M. MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori*, cit., p. 193 ss.; R. PENNISI, *La disciplina delle società a direzione unitaria e il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, 3, Torino, 2007, p. 887 ss., spec. p. 889 ss.; M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, p. 613 ss., spec. p. 626 ss.; M. MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, 3, *Impresa – Società: costituzione, conferimenti, assemblea*, Torino, 2014, p. 2693 ss., spec. pp. 2708 ss. e 2724 ss.

Cfr. per alcuni rilievi critici P. ABBADESSA, *Rapporto di dominio ed autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, p. 546 ss., spec. p. 556 ss.; A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*cit., p. 180 s., nt. 166.

298 Cfr. *ex multis* V. MELI, *sub Art. 2497*-ter, in *Codice commentato delle s.p.a.*, diretto da G. Fauceglia-G. Schiano di Pepe, 2007, p. 1632 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 757 ss., la quale ritiene che la norma in parola imponga altresì un obbligo alla capogruppo di disvelare le direttive di gruppo; D.U. SANTOSUOSSO, *Gruppi di società*, nei *Dizionari di diritto privato* promossi da N. Irti, *Diritto commerciale*, a cura di N. Abriani, Milano, 2011, p. 459 ss., spec. p. 463; G. MUCCIARELLI, *sub Art. 2497* ter, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. Sbisà, *Art. 2497-2497* septies, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2012, p. 267 ss.; R. PENNISI, *sub Art. 2497*-ter, in *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Milano, 2016, t. II, p. 3067 ss.

299 Cfr. G. NICCOLINI, *sub Art. 2486*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, p. 1738 ss., secondo cui grava in capo agli amministratori, non essendo più in vigore il divieto di porre in essere nuove operazioni al verificarsi di una causa di scioglimento, il dovere di astenersi dal compiere atti e operazioni da cui possano derivare effetti negativi a pregiudizio del patrimonio sociale o dell'avviamento dell'impresa, ovvero dal porre in essere operazioni dismissorie spettanti ai liquidatori; N. ABRIANI, *La crisi dell'organizzazione societaria tra riforma delle società di capitali e riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2010, p. 392 ss., spec. p. 398.

permettere l'assunzione di scelte anche molto rischiose, se ben motivate, nell'ottica del perseguimento dell'oggetto sociale; nel secondo, limitati al compimento di atti funzionali alla tutela dell'integrità del valore del patrimonio sociale[300].

Si pensi poi al già richiamato art. 2391 c.c.[301] e, quando la capogruppo assuma la qualifica di socio nelle società eterodirette, all'art. 2373, co. 1, c.c.[302], non potendosi con tutta probabilità invocare il rimedio della

[300] Ad avviso di chi scrive, una lettura equilibrata – e che meglio illustra il parallelismo instaurato nel testo con l'art. 2486 c.c. – dell'art. 2380-*bis* c.c. viene fornita da C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., p. 42, il quale evidenzia come «*la partecipazione a un gruppo non modifica di per sé i «doveri» di una società controllata e dei suoi amministratori: che rimangono pur sempre, con specifico riferimento ai secondi, quelli in via generale indicati dall'art. 2380*-bis *c.c. Modifica invece il contesto nel quale concretamente si svolge l'attività imprenditoriale della società: un contesto del quale non si può, direi ovviamente, non tener conto per la valutazione delle scelte, appunto imprenditoriali, in cui tale attività si realizza; e un contesto al quale appartengono, altrettanto ovviamente, pure le direttive con cui si esprime la «politica di gruppo»*».

[301] Ciò in quanto, *i*) secondo U. TOMBARI, *Il conflitto di interessi degli amministratori in una "società per azioni appartenente ad un gruppo". Prime considerazioni alla luce della riforma del diritto societario*, cit., norma pensata per casi di conflitto "episodico" e dunque funzionale al modello reale di società c.d. autonoma e non, invece, rispetto alle fattispecie di gruppo; *ii*) norma che si pone in relazione di *genus* a *species* rispetto all'art. 2497-*ter* c.c., il quale a sua volta impone oneri meno gravosi per gli amministratori della società eterodiretta i quali devono fisiologicamente perseguire un interesse (anche) diverso rispetto a quello della loro società di appartenenza, rispetto ai doveri incombenti su amministratori di società indipendenti interessati in una certa operazione sociale. Per i primi non è contemplata alcuna valutazione, prima di attuare una direttiva della dominante, circa la conformità dell'operazione imposta loro all'interesse della società amministrata, sul presupposto che la capogruppo possa esercitare un potere determinante rispetto alla conduzione dell'attività delle società eterodirette. Cfr. in tal senso M. MOZZARELLI, *L'interesse imprenditoriale proprio o altrui: appunti sul rapporto fra la capogruppo e gli amministratori della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento*, cit., p. 102 ss.; ID., *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, cit., p. 201 ss.

Cfr. però G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, cit., p. 775 ss., secondo la quale l'art. 2391 c.c. troverebbe comunque applicazione, sebbene l'eterodirezione non comporti automaticamente la sussistenza di un interesse in conflitto in capo all'amministratore.

Cfr. anche G. GUIZZI, *sub Art. 2391*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, II, p. 652 ss., spec. p. 665 ss.; M. VENTORUZZO, *sub Art. 2391*, in *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2005, p. 423 ss., spec. p. 468 ss.; R. PENNISI, *La disciplina della società a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, *Controlli – Bilancio – Modificazioni dello statuto – S.r.l. – Gruppi di società*, Torino, 2007, p. 893; S. CORSO, *Gli interessi "per conto di terzi" degli amministratori di società per azioni*, Torino, 2015, p. 291 ss.

[302] Secondo C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 369, nt. 57, «*la tematica dei gruppi si specifica in quanto ai bisogni di protezione che evidenzia*» rispetto ai quali la disciplina del conflitto di interessi *ex* art. 2373 c.c. non sarebbe congrua «*perché essa, in certo modo per definizione, si puntualizza sulla valutazione di singoli*

annullabilità quando le delibere adottate dall'assemblea delle società eterodirette siano espressione di un conflitto tra l'interesse extrasociale della *holding* e quello sociale delle società dominate[303].

atti *e non consente quindi di fornire adeguati rimedi per le ipotesi in cui la questione si pone con riferimento al modo nel quale, esercitando il potere di "direzione e coordinamento", viene in via generale orientata l'*attività*. Problema peculiare in tal caso, dal punto di vista sia degli azionisti di minoranza sia dei creditori, è che è possibile, a causa della presenza di altri interessi imprenditoriali, che alla direzione generale dell'attività sociale non si dia un orientamento come* centro di profitto *tale da concretamente soddisfare anche quegli interessi*».

303 Così cfr., già prima della riforma, P. SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, cit., p. 241. Di recente cfr. poi M. BUSSOLETTI, *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità* ex *art. 2497 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, p. 397 ss., spec. p. 403.

È nota la discussione tra quanti – contrattualisti (Cfr. P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 182; G. MINERVINI, *Deliberazioni assunte da tutti i soci in conflitto di interessi con la società?*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, c. 585 ss.) – ritengono che la norma dell'art. 2373 c.c. sia posta a tutela della sola minoranza azionaria nei confronti del prepotere della maggioranza e chi – istituzionalisti (cfr. ad esempio E. SIMONETTO, *Fideiussione prestata da una società per un'altra società formata dagli stessi soci*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, II, p. 250 ss.) –, invece, afferma che l'interesse tutelato sia quello della società, ossia la protezione dell'organismo produttivo e, in particolare, del superiore interesse, trascendente quello dei soci, all'efficienza dell'impresa e, perciò, di riflesso, degli *stakeholders*. La prima impostazione ha però quale corollario la forzatura del dato letterale dell'art. 2377 c.c., integralmente richiamato dall'art. 2373 c.c., poiché ove si dovesse ritenere che l'interesse tutelato dalla norma sul conflitto di interessi sia esclusivamente quello della minoranza, se ne dovrebbe escludere l'applicazione quando la deliberazione in conflitto sia adottata dai soci all'unanimità, impedendo così agli amministratori ed ai sindaci di impugnarla. Tuttavia, amministratori e sindaci sono obbligati per legge ad impugnare deliberazioni illegali, sicché il richiamo all'intero art. 2377 c.c. porta ad escludere la soluzione per cui l'art. 2373 c.c. sia teso a proteggere il solo interesse dei soci assenti o dissenzienti (cfr. F. GALGANO-R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, cit. pp. 403-404).

La legittimazione all'impugnazione degli amministratori e dei sindaci è espressione di quel "frammento di interesse sociale" che, ove non ipostatizzato, è riconducibile ad una norma posta a tutela di soggetti terzi e, pertanto, imperativa, la quale non potrà in alcun modo esser derogata ad opera della sola volontà dei soci, nemmeno se espressa all'unanimità: sembra difatti potersi condividere la constatazione per cui ai soci sia «*impedito arrecare danno alla società, comprometterne l'efficienza produttiva, sacrificandola ad un loro interesse extrasociale*». Così F. GALGANO-R. GENGHINI, *ivi*, p. 404, i quali, alla nt. 174, osservano come, in relazione all'art. 2373 c.c., «*la norma denota una evoluzione del capitalismo moderno: nelle società di persone, che sono espressione di una economia protocapitalistica, il medesimo interesse è considerato disponibile da parte dei soci, i quali possono consentire che uno di essi si serva di beni sociali per fini estranei a quelli della società (art. 2256), ossia per fini che possono essere di mero godimento, non imprenditoriali. Nella società per azioni, espressione del capitalismo moderno, vale l'opposto principio per il quale non è lecito ai soci attentare all'integrità dell'organismo produttivo: l'interesse alla valorizzazione del capitale, alla moltiplicazione della ricchezza, è concepito come interesse superiore, come interesse generale, del quale i singoli capitalisti non possono disporre. L'interesse extrasociale del socio in conflitto di interessi può anche essere, eventualmente, un interesse imprenditoriale: ma è sicuramente imprenditoriale l'interesse sociale che il socio vuole sacrificare e ciò l'art. 2373 non permette*».

Si pensi, ancora, all'art. 2476, co. 7, c.c., di cui si è già diffusamente detto[304], il quale si presta ad una lettura parallela, sul piano dell'atto anziché dell'attività, rispetto a quella dell'art. 2497 c.c. È ben possibile, infatti, che il soggetto dominante impartisca una direttiva[305] intenzionalmente tesa ad arrecare un danno immediato alla società eterodiretta, ma che, ad esempio in base ad un programma di gruppo, possa portare alla stessa ed all'impresa di gruppo in sé un vantaggio più che proporzionale rispetto al danno patito.

Per la fattispecie prevista dall'art. 2476, co. 7, c.c. potrebbe operare solo il tradizionale meccanismo della *compensatio lucri cum damno*[306], sicché il danno arrecato alla società, ai soci o ai terzi dall'operazione posta in essere dagli amministratori a seguito della dolosa ingerenza di uno o più soci nel procedimento che ha condotto alla decisione gestoria, potrà essere compensato solo dai vantaggi che lo stesso atto abbia generato per quei medesimi soggetti. Così invece non è per l'attività di direzione e coordinamento, come dimostrato non tanto dalla prescrizione per cui la responsabilità è esclusa quando il danno risulti mancante «*alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento*» (art. 2497, co. 1, c.c.) legata ad una valutazione «*globale*» e «*sintetica*»[307] di

---

Quanto detto dovrebbe valere, tuttavia, solo quando l'interesse "extrasociale" di cui sia portatore il socio che voti in assemblea non sia previamente identificabile e definibile, poiché potenzialmente interesse non imprenditoriale e, ad ogni modo, diverso, altro e non convergente rispetto al programma societario. Nelle dinamiche di gruppo, invece, è probabile che un'interpretazione sistematica di tutte le disposizioni predisposte dal legislatore in tema di attività di direzione e coordinamento (si pensi in particolare ai doveri di pubblicità e di motivazione) possa condurre ad affermare che la logica dei vantaggi compensativi tenga luogo della disciplina sul conflitto di interessi dettata dall'art. 2373 c.c. e ciò in quanto, fatta salva la violazione dei doveri di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, l'efficienza produttiva che si mira a tutelare con la norma da ultimo citata viene – nell'ottica del sistema – moltiplicata per mezzo della struttura conglomerata e, conseguentemente, tutelata da una disciplina che sia congrua rispetto a tali fattispecie.

304 Sulla relazione tra gli artt. 2476, co. 7 e 2497 c.c., cfr., oltre gli Autori che si citeranno *infra*, M. BUSSOLETTI, *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità* ex *art. 2497 c.c.*, cit., p. 397 ss.; V. CARIELLO, *La s.r.l. di gruppo*, cit., p. 1054 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *La nuova s.r.l. e i gruppi di società*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 327 ss.

305 Secondo L. BENEDETTI, *Il coordinamento degli ambiti di applicazione degli artt. 2497 e 2476, co. 7, c.c. rispetto alla s.r.l. di gruppo*, cit., p. 439 ss., il concorso tra le due norme potrebbe verificarsi solo nel caso di una "decisione", non invece di "autorizzazione", dal momento che solo decidere un'operazione gestoria significa determinarne in modo autonomo e discrezionale contenuti, modalità e tempi di attuazione.

306 Cfr. V. MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, cit., p. 685.

307 C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 197, il quale osserva come «*ne risulta un superamento pure della diffusa opinione la quale vuole ragionare nel nostro contesto soprattutto interrogandosi se e quali* misure compensative *sono state adottate per ovviare alle conseguenze pregiudizievoli dei comportamenti eventualmente in concreto imposti ad una società del gruppo. È questa in effetti un'opinione certamente non priva di fondamento empirico, ed a tale fondamento in ultima analisi si riferisce la previsione di "operazioni" dirette ad eliminare il danno.*

quest'ultima; quanto piuttosto dal sintagma contenuto nella seconda parte del periodo, per il quale il danno può essere «*integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette*». Il primo dei due meccanismi (*compensatio lucri cum damno*) presuppone che il vantaggio per il danneggiato, idoneo ad elidere la responsabilità dell'autore dell'illecito, debba essere causalmente determinato dallo stesso atto dannoso[308]; mentre, il principio dei vantaggi compensativi, nella declinazione di cui si è appena detto, sembra implicare una "scomposizione" dell'attività nei singoli atti di cui si compone, così potendo operare un confronto tra le singole operazioni pregiudizievoli e quelle invece vantaggiose per la società eterodiretta[309].

Sembra allora da preferire l'opzione ermeneutica che neutralizza l'applicabilità dell'art. 2476, co. 7, c.c. in caso di sovrapposizione di fattispecie rispetto a quelle astrattamente riconducibili anche all'art. 2497 c.c., a favore dell'operare di quest'ultima norma.

2.6. *L'art. 2497, co. 3, c.c. e gli obblighi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.*

Particolare importanza riveste, poi, il terzo comma dell'art. 2497 c.c.[310], il quale dispone che i soci esterni e i creditori della società eterodiretta, prima di poter esercitare l'azione di responsabilità per abusiva attività di direzione e coordinamento nei confronti della *holding*[311], debbano aggredire la stessa

---

Essa però, in una visione generale, non può far trascurare che non tanto si tratta di confrontare singole operazioni pregiudizievoli con altre vantaggiose, quanto di valutare complessivamente ed unitariamente le implicazioni che per la società sono derivate dalla sottoposizione all'attività di direzione e coordinamento: non una sorta di analitica compensazione tra partite attive e passive, bensì una valutazione globale, quindi sintetica*, della complessiva attività*».

308 Cfr. così C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento dell'obbligazione (artt. 1218-1229)*, in *Commentario Scialoja-Branca*, diretto da F. Galgano, Bologna-Roma, 1979, p. 310; ID., *Diritto civile. V. La responsabilità*, Milano, 2012, p. 167 ss., ove ulteriori riferimenti cui si rinvia.

309 Cfr. ancora C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 197.

310 Sull'importanza sistematica del terzo comma dell'art. 2497 c.c. cfr. gli Autori citati nelle note che seguono, ma soprattutto C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., p. 50, il quale così si esprime «*il terzo comma dell'art. 2497 c.c. potrebbe così rappresentare un dato normativo con il quale si riconosce la peculiarità dell'assetto d'interessi proprio delle società controllate in un gruppo, traendone la conseguenza della possibilità (e così ricreando un equilibrio in situazioni critiche) di ripartire i risultati economici sulla base di un criterio diverso da quello di proporzionalità alla dimensione quantitativa della partecipazione (criterio che presuppone invece in principio un'omogeneità degli interessi dei soci). In questo senso, si potrebbe dire, la situazione di gruppo diviene in grado di giustificare soluzioni, in definitiva organizzative, diverse da quelle altrimenti praticabili*».

311 Si tratta dunque di comprendere se e in che termini il legislatore abbia accolto un principio di sussidiarietà della responsabilità della capogruppo rispetto a quella della società eterodiretta. Cfr. *ex multis* G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., p. 952 ss.; M. MAGGIOLO, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo (art. 2497³)*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 176 ss., spec. p. 180 ss.

società controllata, anche se a sua volta danneggiata[312] – come in linea di massima sempre accade, data la convergenza degli interessi tutelati sul patrimonio di questa –, così ponendo all'interprete il problema, stante la disciplina del patrimonio netto[313], di individuare una causa idonea a giustificare il pagamento che la società controllata effettui a favore di un proprio socio[314].

Al proposito, assumono un ruolo fondamentale i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, *standards* di condotta – imposti tanto agli amministratori della società eterodiretta, quanto alla capogruppo e, dunque, ai suoi gestori – i quali, secondo l'impostazione che qui si condivide, implicano un dovere di salvaguardia delle condizioni di continuità aziendale

---

312 Osserva C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., p. 47, come «*l'esito potrebbe apparire,* […] *ragionando in termini di buon senso, stravagante: l'ipotesi di un obbligo risarcitorio a carico del patrimonio della società controllata, proprio quello che in primo luogo viene danneggiato dalla scorretta «attività di direzione e coordinamento»*».

313 Ancora C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., p. 48, pone l'accento sulla complessità dell'interpretazione sistematica dell'art. 2497, co. 3, c.c., osservando come porre l'obbligo risarcitorio carico del patrimonio della società controllata risulterebbe soluzione «*sistematicamente inammissibile*» e «*operativamente di estrema pericolosità*»: «*sistematicamente inammissibile perché potrebbe implicare un completo superamento del principio che vuole tipizzate le vicende in cui sono possibili attribuzioni patrimoniali della società ai propri soci, un principio evidentemente funzionale ad assicurare il vincolo di destinazione cui è assoggettato il suo patrimonio. E ciò in una situazione nella quale la pretesa che si vuole «soddisfare» trova pur essa la sua ragione e la sua stessa definizione quantitativa nella posizione del socio* interna *alla società, verrebbe quasi da dire nella sua posizione «in quanto socio» (escludendosi infatti la rilevanza del pregiudizio diverso da quello concernente «la redditività e il valore della partecipazione sociale»).*

Di estrema pericolosità, in quanto potrebbe agevolmente aprirsi la strada a operazioni collusive e fraudolente: che il terzo comma dell'art. 2497 c.c. sia utilizzato al fine di svuotare, per esempio ad opera consensualmente di maggioranza e minoranza, il patrimonio sociale; proprio uno dei pericoli per cui maggiormente si avverte l'esigenza di una disciplina specifica dei gruppi di società.

Assumerei perciò come un dato che quella «soddisfazione» presupponga il rispetto dei requisiti procedimentali e sostanziali necessari per legittime attribuzioni patrimoniali della società a favore dei propri soci, e che si utilizzino quindi le regole procedurali ed operino i limiti quantitativi (quelli in sostanza risultanti dalla disciplina del «patrimonio netto») a tal fine in via generale predisposti

*Sicché, in definitiva, la disciplina cui si accenna non tanto riguarda un rapporto propriamente obbligatorio fra società e socio, quanto un'ipotesi particolare in cui lo specifico contesto (quello del «gruppo») è in grado di giustificare un adattamento, ma nella sostanza rispettandoli, di quelle regole e quei limiti: un problema, allora, che riguarda essenzialmente l'*assetto societario *interno di una società in quanto soggetta all'altrui «direzione e coordinamento»*».

314 Così C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., p. 47.

Cfr. poi anche l'impostazione adottata da A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, cit., *passim*, ma spec. p. 20 ss., il quale proprone una lettura della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento come regole "del fenomeno", piuttosto che "di soggetto", con non irrilevanti ricadute in termini applicativi.

e di solvibilità della società sottoposta a direzione e coordinamento[315]. Verrebbe, in altri termini, in rilievo il profilo organizzativo[316] insito nell'impresa di gruppo, che da un lato legittima una competenza gestoria concorrente tra *holding* e amministratori delle società eterodirette, dall'altro però, proprio perché impresa, implica un bilanciamento di interessi tra *shareholders* e *stakeholders*, ponendo un limite a tale potere[317].

Il rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale è, pertanto, connaturato al contenuto gestorio dell'attività di direzione e coordinamento[318], sicché la funzione degli amministratori dell'impresa

---

315 Cfr. F. GUERRERA, *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 16 ss., spec. p. 17; M. MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1079 ss., spec. p. 1121 ss.; ID., *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, cit., p. 2693 ss.

316 Soprattutto sul piano della pianificazione, come pure confermato dal principio contabile OIC n. 21, § 17, rubricato «*Bilancio consolidato e metodo del patrimonio netto*», il quale dispone che una società che ne controlli un'altra non può limitarsi a svalutare a zero il valore della partecipazione in quest'ultima, se decotta, ma deve appostare al passivo un "congruo" fondo, che tenda ad eguagliare il livello del patrimonio netto negativo, se essa intende non già semplicemente dismettere la partecipazione, ma piuttosto sostenerla e ristrutturarla nel medio periodo.

Cfr. anche C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., *passim*, ma spec. p. 49 s., il quale propone l'idea per cui, già a partire dal dato letterale – l'art. 2497 c.c. parla di "soddisfazione" e non di "adempimento" – il sistema riconosce il potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento e, parallelamente, ove venga arrecato un danno ai soci esterni, prende atto della "soddisfazione" che all'interno stesso della società controllata viene fornita agli interessi lesi, così non potendosi nemmeno configurare una pretesa risarcitoria. Al fine, dunque, di "soddisfare" tali interessi, bisogna però passare attraverso il rispetto delle regole poste a tutela dei terzi – prima tra tutte, quelle riguardanti l'integrità del patrimonio netto –, rileggendone nel contesto di gruppo non le tecniche impiegate o i limiti imposti, quanto piuttosto le «*modalità di distribuzione fra i soci di valori che ad essi sono oggettivamente attribuibili*». Tale prospettiva sembra congrua rispetto al fenomeno di gruppo e al modo in cui l'ordinamento guarda ad esso, oltre che «*con il significato economico dell'investimento in una società controllata: che è di tipo imprenditoriale per chi vuole con esso assumere il potere di «direzione e coordinamento», nella prospettiva allora di ricavare i propri vantaggi economici soprattutto* aliunde*, mediante i risultati del gruppo nel suo complesso; e che è di tipo finanziario per i soci «esterni», i quali invece solo nella società controllata possono ottenere il reddito sperato*».

317 Cfr. A. MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, cit., p. 520, il quale, dopo aver sostenuto che l'attività d'impresa, una volta cominciata, debba esser regolata secondo parametri, fonte di responsabilità *ex post*, orientati al paradigma del "dover fare" con prudenza e diligenza, afferma che sia possibile configurare «*l'attività imprenditoriale come un fenomeno a doppia faccia: per un verso, come manifestazione della libertà insindacabile di iniziativa economica, riconosciuta a chiunque voglia avvalersene conformandosi alle (non selettive) prescrizioni di legge in materia di accesso al mercato; per altro verso, come potere legittimo di esercitarla purché l'esercizio in concreto rispetti i modi e i limiti fissati dal sistema al fine di tutelare (oltre che la libertà dell'imprenditore, anche) gli interessi altrui coinvolti da quell'esercizio*».

318 Cfr. M. MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, cit., p. 202; R. PENNISI, *La disciplina della società a direzione unitaria ed il*

monade e eterodiretta, così come l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, risultano caratterizzate dalla tensione tra il perseguimento dell'oggetto sociale e delle politiche di gruppo, da un lato, e protezione dell'integrità del patrimonio dell'impresa o delle imprese eterodirette[319], dall'altro. In entrambi i casi – per la società monade, con tutta evidenza, il riferimento è all'art. 2394 c.c. – l'incapienza del patrimonio sociale («*solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta ad attività di direzione e coordinamento*») costituisce il presupposto affinché i creditori possano sindacare in sede giudiziale le scelte degli amministratori e della capogruppo al fine di conseguire la condanna risarcitoria[320]. Letta *a contrario*, dunque, la norma prevede che la "soddisfazione"[321] dei creditori procurata dalla società

---

recesso nei gruppi, cit., p. 891; U. TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata (Appunti in tema di* Corporate Governance *e gruppi di società)*, cit., p. 128 ss.

319 Cfr. C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., p. 37 ss.

320 Secondo S. SATTA, *Trattatello di procedura civile*, a cura di L. Cavallaro, Milano, 2015, p. 101 s., con riferimento all'art. 2394 c.c., ma lo stesso vale, in vero, anche per l'art. 2497 c.c., «*le condizioni dell'azione sono un corollario dell'azione fondata, e sono destinate a cadere con tale concetto. In effetti, le condizioni dell'azione sono più semplicemente condizioni della sentenza favorevole*» e ancora «*l'azione sorge da un fatto che ha prodotto determinati effetti giuridici, e se questi effetti si sono prodotti, come appunto si postula, è al momento della proposizione dell'azione che bisogna guardare, non a quello della sentenza*».

Secondo A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, cit., p. 45 ss., non sussistendo un beneficio di preventiva escussione assimilabile a quello previsto dall'art. 2268 c.c., l'esecuzione della sentenza nei confronti della società controllante postulerebbe la sola *denuntiatio litis*.

In giurisprudenza, sul piano processuale, è discusso se sia possibile chiamare in giudizio a titolo risarcitorio tanto la capogruppo quanto la controllata debitrice (Trib. Milano, 17 giugno 2011, n. 8247, in *Soc.*, 2011, p. 1099 ss.; Trib. Pescara, 2 febbraio 2009, in *Foro it.*, 2009, I, p. 2829), ovvero se si debba piuttosto in prima battuta convenire in giudizio la controllata (Trib. Palermo 3 giugno 2010, in *Foro it.*, 2011, I, p. 931) ed anche i suoi amministratori (Trib. Milano, 23 aprile 2008, in *Soc.*, 2009, p. 78). Propende per la prima soluzione G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, cit,, p. 952 ss., in base all'argomento per cui la responsabilità della capogruppo debba ricondursi al paradigma dell'induzione all'inadempimento. Così anche E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione delle società di capitali: tra "atti" e "attività". Profili in tema di responsabilità*, cit., p. 189 ss.

321 Osserva C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., p. 51, come la "soddisfazione" dei creditori da parte della società controllata non possa esaurirsi nel pagamento del credito – altrimenti la norma diventerebbe sostanzialmente superflua, poiché il creditore non sarebbe più tale e non avrebbe nemmeno una legittimazione ad agire nei confronti della controllante –, e come l'interesse della cui tutela si tratta non sia immediatamente quello a ricevere il pagamento, ma l'altro strumentale alla "integrità del patrimonio della società". Sicché, per un principio di parallelismo tra il danno arrecato ed il rimedio apprestato, l'A. ritiene che misure congrue rispetto all'interesse leso siano quelle di ripatrimonializzazione interne alla società controllata (aumento del capitale, versamenti soci) tali da reintegrare il patrimonio sociale ed eliminare la situazione di pericolo che era stata scorrettamente creata per il loro credito. Ciò sul presupposto che «*abbia veramente poco senso discutere in questo contesto di un*

controllata impedisce un'azione risarcitoria nei confronti della controllante.

Ciò che qui interessa è che il rispetto dei suddetti principi viene, per il tramite dell'art. 2497 c.c., imposto anche a diretta tutela di soggetti esterni al contratto di società (soci esterni al gruppo di controllo e creditori delle società eterodirette), a differenza di quanto accade, invece, nei sistemi di *common law*, così implicando il riconoscimento di una loro legittimazione attiva e di un interesse ad agire (*ex* art. 100 c.p.c.)[322] nei confronti tanto della *holding*, quanto dei suoi organi gestori.

Il punto diviene, allora, quello di comprendere in quali situazioni le ragioni dei soggetti individuati dalla norma possano esser lese o poste in pericolo.

Con riferimento ai soci esterni, a fronte del pregiudizio arrecato dalla controllante alla redditività ed al valore della partecipazione nella società eterodiretta, sembra potersi affermare che, adottando il criterio dell'*id quod plerumque accidit*, un loro interesse attuale ad agire nei confronti della controllante si configuri, la maggior parte delle volte[323], al momento della liquidazione della partecipazione, sicché, al fine di individuare il meccanismo di tutela apprestato dal sistema, si dovrà guardare al combinato disposto degli artt. 2497, co. 3 e 2497-*quater* c.c.[324]. Tali norme suggeriscono che, nel caso

---

«rapporto obbligatorio», sorto a seguito dell'abuso nella «direzione e coordinamento», fra la società controllata e suoi creditori, di una pretesa dei secondi che possa considerarsi ulteriore *rispetto a quella del pagamento del proprio credito. Si tratta invece, in tal modo intesa la «soddisfazione» di cui al terzo comma dell'art. 2497 c.c., di un'eliminazione del pregiudizio per loro consistente nella riduzione della «garanzia patrimoniale»: un'eliminazione che, mi sembra, non può essere considerata contenuto di una specifica obbligazione del debitore*».

322 Cfr. A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, cit., p. 45 ss.

323 Così anche M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, cit., p. 80 ss., il quale osserva, in relazione a *vulnera* inferti dalla capogruppo all'integrità organizzativa della società controllata, come, per un verso, «*le sorti dell'investimento del socio esterno della controllata finiscono con l'essere profondamente influenzate dalla solidità e dalla adeguatezza organizzativa del complessivo assetto di gruppo, con conseguente vicinanza applicativa alla causa di recesso di cui alla lett.* a*) del primo comma dell'art. 2497*-quater *c.c.*» e, per altro verso, «*che la perdita della abilità della controllata ad operare come centro* autonomo *di profitto si presenta, dal punto di vista del socio, funzionalmente equivalente alla'accadimento della cessazione della direzione unitatia, con prossimità logica, questa volta, alla causa di recesso di cui alla lett.* c*) del primo comma dell'art. 2497*-quater *c.c.*».

In vero, il discorso potrebbe vertere anche sull'interesse dei soci al *quantum* di utili distribuibili, come nell'esempio proposto da C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., p. 48 s.

324 Come suggerito da G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., p. 960 ss. e da A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, cit., p. 43 ss.

La prima inoltre esclude la sussistenza di un regime di solidarietà tra la capogruppo e la società eterodiretta nei confronti dei soci esterni danneggiati dall'esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento.

Si è inoltre osservato in dottrina come combinato disposto degli artt. 2497, co. 1 e 2497-*quater*, co. 1, lett. *b*), c.c. vada ricostruito in termini economici quale strumento di

in cui la capogruppo riconosca la sussistenza della propria responsabilità da esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento, onde evitare l'esperimento nei propri confronti dell'azione risarcitoria *ex* art. 2497 c.c., debba fornire alla controllata risorse finanziarie pari all'ammontare del danno cagionato al patrimonio sociale della seconda; che tale versamento debba essere contabilizzato in un'apposita riserva – a nostro avviso "targata"[325] – disponibile[326] per la distribuzione al socio o ai soci che abbiano maturato una

smobilizzo dell'investimento. Così cfr. C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., p. 37 ss.

[325] Il tema delle riserve targate, poiché inesplorato – a quel che consta – con riferimento allo specifico tema dei gruppi di società e, in particolare, in relazione al terzo comma dell'art. 2497 c.c., meriterebbe un maggior approfondimento, che però esorbiterebbe dai confini della presente indagine. Mi limito pertanto a rinviare, in particolare, in favore della ammissibilità di riserve "personalizzate" quale problema attinente al più ampio ambito del diritto societario, agli scritti di G.E. COLOMBO, *Il bilancio di esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 7*, Torino, 1994, p. 511, nt. 8, e p. 517, nt. 101; G.B. PORTALE, *Appunti in tema di "versamenti" in conto futuri aumento di capitale eseguiti da un solo socio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, I, p. 93 ss.; M. PARRELLA, *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, Milano, 2000, p. 152 ss.; A. NIUTTA, *Il finanziamento infragruppo*, cit., p. 205 ss.; M. RAGNO, *Versamenti in conto capitale, versamenti in conto futuro aumento di capitale e prestiti subordinati effettuati dai soci di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 763 ss., spec. p. 776 ss.; G. TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 2004, 1***, p. 745 ss., spec. p. 781; M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Milano, 2005, p. 150, nt. 172; P. BENAZZO, *Società di gestione di reti per il servizio idrico integrato, conferimenti in natura e riserve "targate" (parere* pro veritate*)*, in *Riv. dir. impr.*, 2008, p. 205 ss.; S. FERRI, *Versamenti in conto capitale, riserve targate e finanziamenti dei soci*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 294 ss.; M. BIONE, *Note sparse in tema di finanziamento dei soci e apporti di patrimonio*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze, Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Torino, 2011, p. 19 ss., spec. p. 45 ss.; L. TRONCI, *Le riserve "targate" tra diritto e ragioneria*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 1124 ss.; G. MUCCIARELLI-G. STRAMPELLI, *sub Art. 2442*, in *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Milano, 2016, pp. 2658-2660; M.S. SPOLIDORO, *Apologia delle riserve targate e degli accordi di targatura delle riserve*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, p. 1 ss.

Contra, cfr. J. SODI, *I versamenti in conto capitale nella prassi: differenti caratteristiche ed atteggiamento della giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 39 ss., spec. p. 52; M. RUBINO DE RITIS, *Gli apporti «spontanei» in società di capitali*, Torino, 2001, p. 134 ss.; G. FERRI JR., *Il sistema e le regole del patrimonio netto*, cit., p. 33; L. SALAMONE, *Funzione del capitale e funzionamento del netto della società a responsabilità limitata, oggi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, p. 14 ss., spec. p. 30, nt. 27.

[326] Come noto, la migliore dottrina ha da tempo avvertito l'esigenza di distinguere, in base alle specifiche funzioni che sul piano del sistema possono essere assegnate alle diverse quote ideali del netto (cfr. M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale della società per azioni*, cit., p. 8), tra *disponibilità* e *distribuibilità*. Cfr. G.E. COLOMBO, *Le poste del passivo e la disciplina del patrimonio netto*, in AA.VV., *Riserve e fondi nel bilancio d'esercizio*, a cura di G. Castellano, Milano, 1986, p. 8 ss.; ID., *Il bilancio di esercizio e consolidato*, cit., p. 512; M. CASTELLANO, *ivi*, p. 13, il quale scrive che «*quanto alla disciplina si è rilevato che sono configurabili differenze sotto tre profili:* a*) distribuibilità ai soci;* b*) utilizzabilità per copertura di perdite;* c*)*

pretesa creditoria nei confronti della società controllata di entità pari al danno inferto alla loro partecipazione e la cui attuazione è soggetta alle regole dell'organizzazione sociale e al sistema del netto[327]. Sicché la controllata potrà "soddisfare" spontaneamente il socio, previa delibera dell'assemblea ordinaria[328] (salva diversa disposizione statutaria), nei limiti degli utili e delle riserve disponibili, ovvero mediante riduzione del capitale, in modo da preservare gli interessi dei creditori concedendo loro il rimedio dell'opposizione *ex* artt. 2306, 2445 e 2482 c.c.[329].

2.6.1. *I doveri di corretta gestione societaria e imprenditoriale nei confronti dei creditori della società eterodiretta.*

Il discorso si complica ove si sposti l'attenzione sulla tutela apprestata dal legislatore per i creditori della società controllata. Sul punto l'art. 2497 c.c. prevede che la capogruppo, la quale, nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, abbia violato i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, sia direttamente responsabile nei confronti dei creditori della società eterodiretta «*per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio*» di quest'ultima. Si è dato in questo modo rilievo ad un interesse proprio, diretto e autonomo, dei creditori, individuando i presupposti al ricorrere dei quali essi possano esercitare azione di responsabilità nei confronti di un soggetto terzo rispetto al rapporto obbligatorio sostanziale (intercorrente con la società controllata). Anche in questo caso, così come già osservato per i soci esterni, la "soddisfazione" da parte della società controllata impedisce l'azione risarcitoria nei confronti della controllante[330].

Partendo dal presupposto che i creditori, a differenza dei soci esterni, non soggiacciono alle regole imposte dalla disciplina del netto (in punto di disponibilità e distribuibilità), da un lato, si potrebbe ritenere che il

---

assoggettabilità o no al diverso regime giuridico di un altro elemento del netto, per decisione assembleare».

327 Cfr. così G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., p. 960 ss.; C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., p. 49 s.

328 La delibera di distribuzione dei valori accantonati a riserva grazie alla provvista fornita dalla controllante a favore dei soci esterni viene ad assumere, così, un rilievo organizzativo, di modo da assicurare l'effettivo soddisfacimento e la piena parità di trattamento di tutti i soci esterni, non solo quindi di coloro i quali abbiano chiesto il "pagamento". La capogruppo potrà così sottrarsi al rischio di plurime e sequenziali azioni risarcitorie da parte di costoro in pendenza del termine di prescrizione e paralizzare la facoltà di recesso ai sensi dell'art. 2497-*quater* c.c., co. 1, lett. *b*), c.c. ove si mantenga fermo il requisito della "condanna" dell'ente di vertice quale presupposto del diritto di uscita del socio dell'entità diretta e coordinata.

Cfr. sul punto anche F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 316, nt. 206; M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa*, cit., p. 380 ss.; ID., *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, cit., p. 87 s.

329 Cfr. A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, cit., p. 41.

330 C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., p. 51.

meccanismo predisposto dal combinato disposto dei commi primo e terzo dell'art. 2497 c.c. costituisca una giusta causa[331] del pagamento effettuato dalla *holding* direttamente ai creditori della società controllata che voglia evitare l'esperimento (da parte di questi) di un'azione di responsabilità nei propri confronti; dall'altro, si dovranno però indagare i presupposti specifici di applicazione della responsabilità per scorretta gestione societaria e imprenditoriale nei confronti di tali soggetti.

Bisogna in primo luogo notare come, nella prospettiva appena tracciata di prevenzione dell'esperimento dell'azione di responsabilità nei confronti della controllante, lo spontaneo trasferimento di risorse da quest'ultima alla società controllata finalizzato alla soddisfazione del creditore leso, si ponga quale momento attuativo legato allo strumento di reazione (l'azione di responsabilità) apprestato dall'ordinamento per reagire all'abuso dell'attività di direzione e coordinamento, atto a far confluire nella società controllata un flusso finanziario opposto alla lesione patrimoniale cagionata[332] dall'adeguamento alle direttive impartitele dalla capogruppo.

Si è già detto di come l'emanazione di direttive pregiudizievoli non

---

331 A ben vedere, difatti, l'art. 2497 c.c. legittima sul piano giuridico il trasferimento di risorse da una società del gruppo all'altra quando ciò avvenga a fronte della richiesta di risarcimento avanzata dal creditore della società eterodiretta, al fine di riparare il pregiudizio arrecato nell'esercizio dell'attività di gruppo all'integrità del patrimonio di quest'ultima.

La sollecitazione che ne deriva è che la *holding* vanti un interesse giuridicamente rilevante a non essere convenuta in giudizio per l'azione di responsabilità esercitata dal creditore della società controllata, così che il sistema le consente di neutralizzare la lesione inferta al patrimonio della società abusivamente eterodiretta tramite il pagamento di un importo pari al danno cagionato, valori che andranno iscritti in bilancio o a titolo di risarcimento del danno (quindi quale sopravvenienza attiva che transiti solo nel conto economico), ovvero in una apposita riserva indistribuibile e, probabilmente, indisponibile ad altri scopi che non siano la soddisfazione dei creditori, non potendo essere attribuito al versamento effettuato qualificazione giuridica di finanziamento (o di altro apporto rimborsabile), anche per via dell'operare dell'art. 2497-*quinquies* c.c. sulla regola di postergazione del rimborso.

Il pagamento effettuato dalla società controllante direttamente al creditore della controllata che abbia già esperito, o anche solo preannunciato di esperire, l'azione di responsabilità *ex* art. 2497, co. 1, c.c., può essere ricondotto allo schema dell'adempimento del terzo (art. 1180 c.c.), sicché tale pagamento potrà operare *i*) quale modo estintivo dell'obbligazione idoneo ad impedire l'esercizio della predetta azione di responsabilità, ovvero, *ii*) se questa sia già stata promossa, quale causa idonea a privare il creditore della legittimazione, così da impedire al tribunale di decidere la controversia nel merito.

332 Così pure cfr. C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., p. 50 ss., il quale nota come «*ne consegue, a ben guardare, che l'obbligo risarcitorio nei confronti dei creditori si pone pur sempre in capo alla società controllante e che il terzo comma dell'art. 2497 c.c. svolge il ruolo di prevedere un suo adempimento non solo direttamente risarcendoli, ma anche (se si vuol dire indirettamente) «ripatrimonializzando» la società controllata: in definitiva, se così è, una sorta di facoltà alternativa, che in quanto tale non può essere pretesa dal creditore, ma rimane nella disponibilità del debitore*».

Di facoltà alternativa parlava già M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, cit., p. 87.

implichi di per sé la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale da parte della *holding*, ciò comportando che su quest'ultima gravi l'obbligo di costantemente controllare e monitorare la salute delle società eterodirette. Infatti, come suggerito in precedenza, anche in questo caso misura dell'abuso è la traslazione del rischio d'impresa sui creditori[333], fenomeno che il combinato disposto tra la disciplina vincolistica del netto e l'assoggettamento a *standards* di condotta degli amministratori è volto a limitare e, eventualmente, reprimere. V'è inoltre da ribadire che tale evenienza è tanto più probabile che si verifichi, quanto più ci si avvicini ad uno stato di insolvenza[334].

Quando sia venuta meno, per la società controllata, la prospettiva della continuità aziendale[335] – quando cioè essa sia entrata nella c.d. *twilight zone* o *vicinity of insolvency*[336] – si deve ritenere che il potere della capogruppo di incidere sulle decisioni degli organi amministrativi delle società eterodirette si contragga, a favore di un ripristino dell'autonomia decisionale di questi ultimi, i quali dovranno, al fine di preservare la sopravvivenza dell'impresa, rifiutarsi di dare attuazione alle direttive che, in una fase non patologica della società, sarebbero fisiologica espressione della dinamica di gruppo, con cui si sacrifica l'interesse di qualcuno per il bene di tutti.

Ed infatti, se normalmente, come si osservava nelle pagine precedenti, la

---

333 Cfr. G. GIANNELLI, *Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, «corretto» finanziamento della società e tutela dei creditori*, cit., p. 486.

334 Cfr. per tutti F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, cit., p. 1027 ss.; ID., *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015, p. 1 ss.; A. MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, cit., p. 511 ss.; ID., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., p. 813 ss.; L. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa fra diritto ed economia. Le procedure d'insolvenza*, cit., *passim*.

335 Che sia questo il momento a partire dal quale grava sugli amministratori l'obbligo di dare maggior rilievo agli interessi di «*coloro che, attualmente o potenzialmente, sono o saranno coinvolti in rapporti con l'impresa*» è ben argomentato da A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., p. 831, in cui l'A. scrive che la corretta gestione imprenditoriale deve essere valutata alla stregua dello, nonostante il nome, *standard* della *honest business judgment rule*, precisando che «*in luogo del parametro societario del perseguimento dell'interesse sociale, dovrà utilizzarsi il parametro imprenditoriale della prospettiva di continuità dell'impresa, ovvero, come ormai si dice, il parametro della prospettiva di continuità aziendale*». Sicché, «*in assenza di circostanze particolari che impediscano di mantener fiducia nel corretto operare dello* standard *(tipicamente, ma non solo, il conflitto di interessi), si dovranno ritenere conformi a corretta gestione imprenditoriale le decisioni che il gestore assuma con* honest business judgment *nella prospettiva della continuità aziendale, cioè le decisioni che, secondo una valutazione di ragionevolezza controllabile soltanto* ex post, *risultino essere state prese in coerenza con l'obiettivo di mantenere l'impresa in condizioni tali da poter rimanere indefinitamente sul mercato, autogenerando le risorse per la proprio continuità*».

336 Cfr. gli studi di A. KEAY, *The shifting of directors' duties in the vicinity of insolvency*, in *International Insolvency Review*, 2015, p. 140 ss.; K. VAN ZWIETEN, *Director liability in insolvency and its vicinity: West Mercia Safetywear Ltd v Dodd revisited*, disponibile al link https://ssrn.com/abstract=2970913, 2017.

funzione di composizione degli interessi e di individuazione degli obiettivi dell'impresa eterodiretta nell'ambito del gruppo non spetta, nella fase fisiologica, all'organo amministrativo della controllata, ma alla capogruppo in quanto elemento qualificante dell'attività di direzione e coordinamento, la prospettiva muta quando venga meno la prospettiva della continuità aziendale. Quando la società controllata sia *in bonis* ed il suo patrimonio sia "integro", l'appartenenza al gruppo comporta per gli amministratori della prima una "limitazione di sovranità"[337], poiché essi si trovano ad operare come controllori sull'operato della capogruppo – nell'interesse del patrimonio sociale, dei soci di minoranza e dei creditori – deputati a verificare che l'influenza esercitata dalla medesima rimanga entro la soglia di liceità: in ciò potendosi riscontrare la più importante differenza, in relazione alla funzione e agli obblighi di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, tra gli amministratori di società eterodiretta e quelli di società "autonoma"[338].

In una dinamica di gruppo, per vero, è fisiologico che la controllante possa decidere di imporre dei sacrifici alle società eterodirette a beneficio dell'intera aggregazione (o di singole società ad essa appartenenti), sì da rendere la prima indifferente rispetto al conseguimento di un utile da parte delle seconde[339], ma su di essa graverà non solo l'obbligo di bilanciare i sacrifici richiesti a queste ultime con i vantaggi ottenuti dal gruppo, quanto soprattutto il dovere di monitorare il rischio di crisi od insolvenza che su ciascuna controllata possa incombere. La capogruppo, per non abusare del proprio potere, non dovrà emanare direttive o adottare decisioni atte a compromettere la solvibilità, la continuità e l'equilibrio aziendale della controllata; né dovrà violare gli obblighi di prevenzione della crisi e di tempestiva attivazione dei rimedi volti alla sua soluzione, a partire dalla messa in liquidazione fino ad arrivare alle procedure concorsuali.

È questo, secondo l'orientamento qui condiviso, il significato da attribuire ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale letti nella prospettiva di tutela dei creditori[340]; significato che, come autorevolmente

---

337 L'espressione trae ispirazione dal saggio di A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit., p. 729 ss.

338 Cfr. A. MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, cit., p. 517 s., il quale scrive «*che la libertà gestoria degli amministratori sia compressa e, per così dire, ri-orientata per effetto delle norme sulla tutela del capitale è circostanza leggibile anche come limitazione del potere di controllo dell'imprenditore o del gruppo di comando che è al vertice di quell'impresa societaria, stante la normale contiguità (quando non vi sia piena coincidenza) tra azionisti di controllo e* managers *scelti da costoro come amministratori*».

339 Cfr. E. MARCHISIO, *La "corretta gestione" della società eterodiretta ed il recepimento di direttive (programmaticamente o solo accidentalmente) dannose*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 923 ss., il quale osserva come, la circostanza per cui una società controllata abbia riportato perdite, possa rivelarsi neutrale ovvero addirittura essere funzionale al raggiungimento di una condizione di efficienza del gruppo nel suo complesso.

340 Con specifico riferimenti al tema dei gruppi di società, cfr. U. TOMBARI, *Crisi d'impresa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" delle società*

sostenuto in dottrina, può travalicare i limiti della *sedes materiae* in cui tali principi sono stati legislativamente previsti, per estendere la propria portata non solo al diritto delle società di capitali, ma al diritto societario *tout court*[341].

Il *proprium* della disciplina di gruppo, ossia il riconoscimento della legittimità dell'ingerenza della controllante nelle decisioni gestorie delle controllate, implicando un temperamento rispetto alla rigidità dell'art. 2380-*bis* c.c.[342], impone, in altri termini, gli stessi obblighi gravanti sugli amministratori di società monadi anche alla capogruppo, la quale dovrà, oltre che elaborare i piani finanziari delle controllate e monitorare le loro condizioni di solvibilità, equilibrio e continuità aziendale[343], conseguentemente adottare ogni misura volta a prevenire o fronteggiare la crisi, eventualmente ponendo in liquidazione o risanando le società, con l'obiettivo, in base alle concrete prospettive di recupero dell'impresa, di salvaguardarne il valore e l'integrità del patrimonio[344].

Nel tracciato solco si pone, vieppiù, la disciplina dettata dall'art. 2497-*quinquies* c.c. in tema di finanziamenti infragruppo, la quale dispone che «*ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti si applica l'art. 2467 c.c.*», così dando rilievo giuridico, anche nell'ambito dell'impresa organizzata in forma di gruppo, al problema della c.d. sottocapitalizzazione (nominale).

---

capogruppo. Prime considerazioni, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 631 ss.; M. MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, cit., p. 2693 ss.

341 Cfr. in questo senso A. MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, cit., p. 511 ss.; ID., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., p. 813 ss.; F. VESSIA, *La responsabilità per la gestione nelle società di persone*, cit., p. 81 ss.

Secondo un orientamento che qui si ritiene di poter condividere ma del quale non è possibile occuparsi in questa sede, tali principi, unitamente alle regole poste a tutela del patrimonio nelle società, sarebbe estensibile a tutte le organizzazioni collettive di diritto privato. Il riferimento, con tutta evidenza, è allo studio monografico di A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003, *passim*.

342 Cfr. U. TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata (Appunti in tema di* Corporate Governance *e gruppi di società)*, cit., p. 128 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, cit., p. 202 ss.

343 Obblighi, lo si è già segnalato in precedenza, tutti legati al combinato disposto degli artt. 2381, co. 3 e 5, 2392, 2403 e, come detto, 2497 c.c. Cfr. P. MONTALENTI, *Operazioni straordinarie e* business purpose *tra diritto interno e profili comparatistici*, cit.

344 Cfr. M. MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, cit., p. 2705 ss.; F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, cit., p. 432; N. ABRIANI, Corporate governance *e doveri di informazione nella crisi dell'impresa*, in *Riv. dir. impr.*, 2016, p. 233 ss.

SEZIONE 3
L'abuso del finanziamento.

3.1. *La* ratio *sottesa agli artt. 2467 e 2497-*quinquies *c.c.*

Si è detto in chiusura della precedente sezione che l'art. 2497-*quinquies* c.c.[345], con l'intento di reprimere l'abuso del finanziamento effettuato dalla società controllante (o da altri soggetti ad essa sottoposti) alla società controllata, quando questa si trovi – anche in considerazione del tipo di attività esercitata – in una condizione di eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto (e dunque non con riferimento al capitale sociale, quanto piuttosto ai mezzi propri), oppure in una situazione finanziaria nella quale sarebbe stato ragionevole effettuare un conferimento, richiama[346] la disciplina dettata dall'art. 2467 c.c. per reprimere il fenomeno della c.d. sottocapitalizzazione nominale[347].

---

345 Si discute in dottrina se la norma trovi applicazione in tutte le ipotesi di attività di direzione e coordinamento o se, invece, ne siano esclusi i casi, previsti dagli artt. 2359, co. 1, n. 3 e 2497-*septies* c.c., di controllo c.d. esterno. Un'interpretazione letterale del disposto di legge lascerebbe intendere che tale disciplina sia sempre applicabile, ma alcuni Autori hanno osservato come nelle predette ipotesi, mancando «*un interesse di carattere "proprietario" della capogruppo nella società beneficiaria*», il finanziamento infragruppo risponderebbe solo «*ad un'esigenza imprenditoriale propria del gruppo, e non invece anche alla finalità di porsi impropriamente in una posizione di vantaggio rispetto agli altri creditori della controllata beneficiaria*», sicché l'art. 2497-*quinquies* c.c. non avrebbe ragione di essere applicato. I richiami virgolettati sono a G. BALP, *sub Art. 2497*-quinquies, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. Sbisà, pp. 310 ss., 313, 315 s. e nt. 61. Cfr. in questo senso anche M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 254, nt. 165; ID., *Dalla struttura alla funzione della disciplina sul finanziamento dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, p. 133 ss..

346 Va però detto che, a parere di chi scrive, vi è una significativa differenza, sul piano assiologico, tra le fattispecie astrattamente riconducibili alle due norme citate nel testo. Infatti, la scelta della capogruppo di fornire assistenza finanziaria ad una società eterodiretta in crisi, a differenza di quanto accade nel caso della società monade, non può ritenersi neutrale per l'ordinamento, in quanto può avere rilevanza sulle condizioni di generale equilibrio e solvibilità del gruppo e, in taluni casi, innescare un fenomeno di insolvenza a catena a danno delle altre società soggette a direzione unitaria. Ciò avrà un impatto, per quanto meglio illustrato *infra*, sugli obblighi gravanti sul soggetto finanziatore.

347 Sull'art. 2467 c.c. la letteratura è sterminata. Ci si può per il momento limitare ad indicare i lavori di G.B. PORTALE, *Tra sottocapitalizzazione nominale e sottocapitalizzazione materiale nelle società di capitali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1986, I, p. 201 ss.; ID., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 29 ss.; ID., *I «finanziamenti» dei soci nelle società di capitali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, p. 663 ss.; ID., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1**, Torino, 2004, p. 3 ss.; nella terza delle opere citate, l'A. evidenzia come la sottocapitalizzazione nominale ricorre «*quando l'impresa sociale è dotata sì dei mezzi necessari al suo esercizio, ma questo si realizza – non attraverso l'apporto di mezzi propri (= conferimenti imputati in capitale: «capitale proprio» o «capitale di rischio»), che anzi è effettuato in misura del tutto inadeguata –, ma con la concessione diretta o indiretta di prestiti*

(«capitale di credito») da parte dei soci». V'è poi da dire che la sottocapitalizzazione nominale va distinta dalla sottocapitalizzazione materiale, la quale si verifica nel caso in cui il fabbisogno finanziario della società non è soddisfatto né con il capitale proprio, né con i prestiti dei soci; A. BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2003, p. 397 ss.; S. BONFATTI, *Prestiti da soci, finanziamenti infragruppo strumenti "ibridi" di capitale*, in AA.VV., *Il rapporto banca impresa nel nuovo diritto societario*, Atti del convegno di Lanciano 9-10 maggio 2003, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2004, p. 306 ss.; A. BUSANI, *La riforma delle società. Srl. Il nuovo ordinamento dopo il D.lgs. 6/2003*, Milano, 2003, p. 319; M. IRRERA, *I «prestiti» dei soci alla società. Ricostruzione del fenomeno e prospettive di qualificazione e disciplina*, Padova, 1992, p. 3; ID., *La nuova disciplina dei "prestiti" dei soci alla società*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura S. Ambrosini, Torino, 2003, p. 139 ss.; G. FERRI JR., *In tema di postergazione legale*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, p. 975 ss.; G. TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, cit., p. 745 ss.; G. TERRANOVA, *sub Art. 2467 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, III, p. 1471 ss.; G. FAUCEGLIA, *Il finanziamento dei soci nella nuova disciplina delle società a responsabilità limitata*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, III, I, p. 2483 ss.; M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit.; ID., *Dalla struttura alla funzione della disciplina sul finanziamento dei soci*, cit., p. 133 ss.; ID., *Sottocapitalizzazione della s.r.l. e "ragionevolezza" del finanziamento soci*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, p. 169 ss.; D. SCANO, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l. e l'art. 2467 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 879 ss.; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, *Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 57; P. BENAZZO, *La "nuova" s.r.l. tra rivoluzione e continuità: il ruolo degli interpreti*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 647 ss.; G. BALP, *Sulla qualificazione dei finanziamenti dei soci* ex *art. 2467 c.c. e sull'ambito di applicazione della norma*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, p. 612 ss.; EAD., *sub Art. 2467*, in *Commentario alla riforma delle società*, *Società a responsabilità limitata*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2008, p. 227 ss.; EAD., *Dell'applicazione dell'art. 2467 c.c. alla società per azioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, p. 191 ss.; EAD., *I finanziamenti dei soci «sostitutivi» del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 345 ss.; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., p. 98 ss.; U. TOMBARI, *"Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, I, Torino, 2007, p. 553 ss.; G. FERRI JR., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, cit., p. 741 ss.; M. CAMPOBASSO, *Finanziamento del socio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, p. 441 ss.; G. DE FERRA, *La postergazione del credito del socio finanziatore*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 187 ss.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 451 ss.; D. ARCIDIACONO, *I prestiti dei soci nelle società di capitali*, Torino, 2012, *passim*; R. CALDERAZZI, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, Milano, 2012, *passim*; C. ANGELICI, *I finanziamenti dei soci nel tempo e nello spazio*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, 1, *Impresa – Società: costituzione, conferimenti, assemblea*, Torino, 2014, p. 445 ss.; N. BACCETTI, *Metodo tipologico e sottocapitalizzazione nominale nelle società per azioni indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 855 ss.

La distinzione tra sottocapitalizzazione nominale e sottocapitalizzazione materiale (come risulta dai lavori di K. SCHMIDT, *Insolvenzrisiko und gesellschaftsrechtliche Haftung*, in *JZ*, 1985, p. 301 ss., spec. p. 304; ID., *Gesellschaftsrecht*, Heymanns Verlag, 2002, § 9 IV 4, p. 241; H. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, I, Beck, 1980, § 10 IV 3, p. 568 ss.) si deve alla giurisprudenza tedesca. G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., p. 43 e nt. 56, con riguardo alla sottocapitalizzazione nominale, nota come già nella sentenza del *Reichsgericht* del 3 dicembre 1938, in *JW*

Tale fenomeno, come noto, si verifica quando i soci, anziché dotare la società di un capitale di rischio[348] (conferimenti e/o versamenti fuori capitale) congruo rispetto all'attività programmata[349], effettuano dei "prestiti sostitutivi di capitale" (o *Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen*)[350] confluenti

1939, p. 55, si affermava che i prestiti sostitutivi di capitale consentivano al socio di «*crearsi, nel caso di insuccesso [dell'impresa], il ruolo di creditore al fine di poter vantare una pretesa sul patrimonio sociale in concorso con gli altri creditori, mentre come socio dovrebbe essere postergato a questi*». L'A. sottolinea inoltre l'importanza sistematica della decisione poiché riguardante un prestito ad una società per azioni, diversamente dalla sentenza precedente del *RG*, 16-11-1937, in *JW* 1938, p. 862 ss., relativa, invece, ad un prestito a favore di una s.r.l.

348 È stato correttamente osservato in dottrina (A. PACIELLO, *La funzione normativa del capitale nominale*, cit., p. 1 ss.) come il capitale sociale rappresenti, in tutte le società commerciali (sia in forma di società di capitali che di persone), la regola basilare del finanziamento societario. A tal proposito, il sistema andrebbe ricostruito nel seguente modo: l'art. 2247 c.c. individua quale scopo-fine dello strumento societario quello della divisione degli utili, ma, per poter procedere alla distribuzione, l'art. 2303 c.c. impone che non vi siano perdite di bilancio e che, pertanto, ove vi siano utili di periodo (risultanti dal conto economico), questi siano utilizzati per reintegrare il capitale.

In dottrina si è dunque evidenziato come, anche ove non specificatone l'ammontare (art. 2253, co. 2, c.c.), il capitale nominale abbia la duplice funzione di segnare il limite oltre il quale i soci non potranno esser chiamati ad apportare nuovi mezzi propri in società, e di rappresentare un vincolo di intangibilità dei valori che lo compongono rispetto a pretese dispositive da parte degli stessi soci. Cfr. F. DI SABATO, *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, cit., *passim*, ma spec. p. 282 ss.; M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, p. 295 ss.; G. FERRI, *Le società*, cit., p. 94.

349 Così cfr. S. FORTUNATO, *Capitale e bilanci nella s.p.a.*, cit., p. 134 ss.; M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società per azioni*, cit., p. 72 ss.; G. GIANNELLI, *Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, «corretto» finanziamento della società e tutela dei creditori*, cit., p. 482.

350 Cfr. G.B. PORTALE, *I «finanziamenti» dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 666 ss.; ID., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., p. 161 s., G. TERRANOVA, *sub Art. 2467 c.c.*, cit., p. 1450; M. CAMPOBASSO, *sub Art. 2467*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe Portale*, Milano, 2011, p. 245; D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012, p. 114 s. e nt. 78.

Nell'ordinamento tedesco, prima dell'introduzione di una normativa specifica, la giurisprudenza, soprattutto a partire dalla fine degli anni cinquanta del secolo scorso, ha affrontato il problema dei "prestiti sostitutivi di capitale" (*Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen*) applicando analogicamente i §§ 30 e 31 *GmbHG* ai prestiti concessi dai soci alla società quando questa versasse in uno stato di crisi finanziaria (cfr. *ex multiplis* BGH, 14 dicembre 1959, in *BGHZ* 31, p. 258).

Come rilevato da A. CAHN, *Equitable subordination of shareholder loans?*, in *European Business Organization Law Review*, 2006, p. 289 e da D.A. VERSE, *Shareholder loans in corporate insolvency – A new approach to an old problem*, in *German Law Journal*, 2008, p. 1109 ss., spec. p. 1111 s., per stato di crisi doveva intendersi una situazione d'insolvenza della società o una situazione in cui essa non fosse comunque in grado di ottenere finanziamenti da soggetti terzi alle normali condizioni di mercato. Cfr. anche BGH, 26 novembre 1979, *BGHZ* 75, 334, p. 337; BGH, 21 febbraio 1994, *BGHZ* 125, p. 141. Il prestito del socio veniva dunque riqualificato in conferimento, finché la crisi non fosse stata superata, in forza del § 30 *GmbHG* il quale vietava la distribuzione ai soci della parte del netto posto a copertura del capitale nominale. In caso di violazione del divieto di distribuzione, la società aveva diritto, ai sensi del § 31 *GmbHG*, alla restituzione delle somme rimborsate ai soci.

tra le passività reali[351], e così, a causa del rilievo sempre reale del contratto di società[352], e cioè della rilevanza della fattispecie societaria per la generalità dei terzi, e segnatamente della rilevanza della destinazione (funzionalizzata)

A seguito della riforma (novembre 2008) operata dalla *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen* (*MoMiG*), *Bundesgesetzblatt* 2008, I, p. 2026, il nuovo testo del § 30 *GmbHG* esclude espressamente il rimborso ai soci dei finanziamenti da questi concessi alla società dal proprio ambito di applicazione, così limitando, ai sensi del § 39(1)(5), *Insolvenzordnung* (*InsO*), la postergazione dei finanziamenti dei soci al caso di insolvenza della società. L'attuale disciplina dei prestiti dei soci, che si rinviene, in particolare, ai §§ 39 e 135 *InsO*, si caratterizza per una postergazione di tipo automatico, nel senso che, in caso di insolvenza della società, i finanziamenti dei soci devono ritenersi postergati a prescindere dal fatto che siano stati concessi o meno quando la società era in crisi, e le somme rimborsate al socio devono essere restituite alla società se il pagamento è avvenuto nell'anno precedente la richiesta di apertura della procedura di insolvenza.

Il legislatore tedesco, dunque, ha ritenuto di non dover più tener conto del presupposto dello stato di crisi della società al tempo della concessione del prestito da parte del socio, rendendo operativo il meccanismo della postergazione nell'ambito delle procedure concorsuali e potendo esso riguardare ogni prestito concesso dal socio alla società, fatta eccezione per *i*) le società che hanno come socio illimitatamente responsabile una persona fisica o una società con persone fisiche quali soci illimitatamente responsabili; *ii*) i finanziamenti concessi da chi, in caso di insolvenza anche imminente della società, diviene socio a seguito dell'acquisto di partecipazioni finalizzato al risanamento della società e *iii*) i finanziamenti concessi dal socio non amministratore che possieda fino al 10 % del capitale.

[351] Con ciò non necessariamente escludendosi tra le fattispecie disciplinate dall'art. 2467 c.c. possa essere ricompreso anche l'apporto di valori iscritti nel patrimonio netto in una diversa voce dal capitale sociale ed essendo, dunque, tali valori assoggettati ad una disciplina per essa voce congrua. Cfr. il principio OIC n. 28, il quale opera una distinzione tra i versamenti a fondo perduto, in conto futuro aumento di capitale e in conto aumento di capitale, con cui i soci decidono di sopperire alle esigenze di capitale di rischio della società, e i «*versamenti a titolo di finanziamento*» rispetto ai quali la società ha un obbligo di restituzione. In particolare, con riferimento a questi ultimi (collocati in bilancio tra le passività, alla lettera D), punto 3), alla voce "debiti verso soci per finanziamenti"), si precisa che «*non è rilevante la natura fruttifera o meno di tali debiti, né l'eventualità che i versamenti vengano effettuati da tutti i soci in misura proporzionale alle quote di partecipazione: l'elemento discriminante va individuato esclusivamente nel diritto dei soci alla restituzione delle somme versate*» e che, pertanto, «*per questa tipologia di versamenti il loro eventuale passaggio a capitale necessita della preventiva rinuncia dei soci al diritto alla restituzione, trasformando così il finanziamento in apporto*», con la costituzione di una riserva di capitale di importo pari all'ammontare del credito a cui il socio decide di rinunciare.

Sul punto cfr. G.B. PORTALE, *I «finanziamenti» dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 677; M. BIONE, *Note sparse in tema di finanziamento dei soci e apporti di patrimonio*, cit., p. 37 ss.; G. GUERRIERI, *I finanziamenti dei soci*, in *La nuova società a responsabilità limitata*, a cura di M. Bione, R. Guidotti e E. Pederzini, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, LXV, Padova, 2012, p. 69 ss.; G. BALP, *I finanziamenti dei soci soggetti a postergazione*, in *Le operazioni di finanziamento bancario, societario, sull'estero, al consumatore, strutturato, a mezzo garanzia, pubblico*, opera ideata e diretta da F. Galgano, proseguita e curata da E. Panzarini, con A.A. Dolmetta, S. Patriarca, Bologna, 2016, p. 1295 ss.

[352] Così P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., p. 27.

dei valori apportati[353], finiscono, oltre che col poter utilizzare la propria posizione "interna" all'impresa per acquisire tempestiva conoscenza delle insufficienti prospettive reddituali della stessa e conseguire il rimborso del prestito prima del manifestarsi all'esterno dello stato di insolvenza[354], anche con il provocare una traslazione del rischio d'impresa sui creditori[355]. Nella

---

353 Cfr. M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società per azioni*, cit., p. 190, il quale ritiene che «*la destinazione dei beni (ma direi più esattamente dei valori sì da richiamare l'aspetto dinamico della vicenda) si articola in differenti forme diversamente caratterizzate sul piano funzionale e diversamente caratterizzate rispetto al ruolo svolto in ordine alle condizioni contrattualmente programmate. Rilievo reale della fattispecie comporta in altri termini rilevanza per i terzi della diversità in cui le parti articolano le forme del netto, comporta rilevanza per i terzi delle relazioni che in ragione delle scelte operate dalle parti si realizzano tra queste forme*».

354 Cfr. così N. ABRIANI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, a cura di P. Benazzo-M. Cera-S. Patriarca, Torino, 2011, p. 319 ss., spec. p. 325.

355 Secondo M. MAUGERI, *Sottocapitalizzazione della s.r.l. e "ragionevolezza" del finanziamento soci*, cit., p. 170, «*in caso di fallimento e in assenza di una regola di subordinazione, infatti, i creditori subirebbero non solo il danno derivante da una riduzione della garanzia patrimoniale cagionato dalla continuazione dell'impresa – un pregiudizio, questo, che si produrrebbe anche nel caso in cui il socio si comportasse "ragionevolmente" ai sensi dell'art. 2467 c.c. ed eseguisse un conferimento nella società ormai decotta – ma anche il danno derivante da una riduzione della "quota" di attivo fallimentare in ragione del concorso del credito del socio*».

Cfr. poi G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., p. 3 ss.; F. DENOZZA, *Le funzioni distributive del capitale*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 489 ss.; N. ABRIANI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, cit., p. 327, il quale nota «*che si è dunque in presenza di un caso di scuola di finanziamento fatto per uno scopo diverso ed ulteriore a quello di percepire la remunerazione del capitale dato a prestito, come conferma la circostanza che in questi casi non è di regola prevista alcuna remunerazione; sicché il legislatore mira ad evitare che i soci, finanziando l'impresa in crisi al di fuori di una soluzione concordata della stessa e per un titolo che importi obbligo di restituzione delle somme, possano perseguire un interesse tipicamente sociale – qual è la (teoricamente illimitata) partecipazione agli utili – senza subire il rischio (parimenti tipico) di capitale che ad essa si correla*»; F. BRIOLINI, *Verso una nuova disciplina delle distribuzioni del netto?*, in F. BRIOLINI, *Verso una nuova disciplina delle distribuzioni del netto?*, in *Principio capitalistico.* Quo vadis*?*, a cura di F. Briolini, Torino, 2016, p. 21 ss. e in *Riv. soc.*, 2016, p. 64 ss., spec. p. 81 (dal quale si cita).

Viene così ad instaurarsi un collegamento tra gli artt. 2467 e 2265 c.c., il combinato disposto dei quali evidenzia la correlazione tra partecipazione agli utili e rischio di capitale che connota la posizione tipica del socio rispetto agli altri finanziatori della (e investitori nella) società (così già N. ABRIANI, *Il divieto del patto leonino*, Milano, 1994, *passim*). Cfr. sul punto M. MAUGERI, *Dalla struttura alla funzione della disciplina sul finanziamento dei soci*, cit., pp. 137 s. e 156 s.; ID., *Sul regime concorsuale dei finanziamenti soci*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. II, Bari, 2011, p. 1298 ss. e anche in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 805 ss., nt. 3 (da cui si cita), ove si sottolinea che l'art. 2467 «*nel comminare la postergazione del prestito del socio e allinearne, sia pure transitoriamente, il trattamento giuridico al profilo economico di rischio che qualifica il conferimento, tende a realizzare uno scopo non distante da quello perseguito, sia pure nella ovvia diversità di presupposti e di perimetro applicativo, dal divieto statuito dall'art. 2265 c.c., a neutralizzare cioè il conflitto d'interessi che sorgerebbe all'interno*

maggior parte dei casi, tale esternalità negativa sortirà i propri effetti sui creditori "deboli" e/o involontari, i quali non sono nella posizione di poter scegliere il proprio debitore, di assumere la decisione di concedere credito all'impresa societaria e, più in generale, di ottenere una combinazione di protezioni convenzionali e rendimento che possa compensare in modo adeguato la sopportazione del rischio di insoddisfazione del proprio diritto[356]. Ben si capisce, allora, come, attraverso la sottocapitalizzazione nominale, i soci potranno godere a pieno dell'esito positivo della *gambling for resurrection*[357], senza però dover subire gli effetti negativi dell'eventuale insuccesso del tentativo di risanamento[358].

A tal fine, il legislatore italiano ha prescritto non solo che il rimborso dei

---

di una collettività organizzata qualora il titolare del potere di formulare scelte idonee a riverberarsi sulla sfera giuridica e patrimoniale di altri soggetti non ne subisse con pienezza di effetti le conseguenze».

356 Cfr. N. BACCETTI, *Metodo tipologico e sottocapitalizzazione nominale nelle società per azioni indipendenti*, cit., p. 869.

357 Con particolare riferimento al discorso che qui si sta conducendo, cfr. L. STANGHELLINI, *Il credito «irresponsabile» alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Soc.*, 2007, p. 395 ss., spec. p 400, nt. 22.

358 A ben vedere, nel caso di insuccesso del tentativo di salvataggio dell'impresa mediante finanziamenti, la partecipazione sociale segnerà il limite per i soci della perdita di valore, oltre il quale il costo del fallimento graverà sui creditori "esterni". Così, secondo N. ABRIANI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, cit., p. 325, «*qualora le cose vadano bene,* [i soci] *potranno appropriarsi di tutto il* surplus *patrimoniale rispetto a quanto necessario per pagare i creditori, scaricando tuttavia sugli altri creditori, qualora la società diventi insolvente, le eventuali perdite (eccedenti il finanziamento concesso), grazie alla responsabilità limitata*». Ed infatti, prosegue l'A. (p. 325 s.), «*i soci di una società che si approssima all'insolvenza hanno un interesse particolare a proseguire l'attività e ad assumere nuovi rischi, perché l'*upside *va a loro e il* downside *si scarica sui creditori, risultando sin dall'origine quanto mai sottile (o essendo divenuto tale per effetto di perdite nel corso della vita della società) il "cuscinetto" di capitale di rischio; nel momento in cui i soci finanziano l'impresa in stato di squilibrio, essi stanno proteggendo il loro diritto a percepire le plusvalenze (quali soci), ma lo fanno riservandosi il diritto a partecipare assieme ai creditori (quali cofinanziatori) se essa invece diverrà insolvente*».

Cfr. in tal senso anche B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 332 ss.; L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1041 ss.; ID., *Il credito «irresponsabile» alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, cit., 2007, p. 400 s.; F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giur. civ.*, 2006, II, p. 331 ss.; A. JORIO, *Introduzione*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario* diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2006, p. 1 ss.; M. MAUGERI, *Finanziamenti dei soci*, in *Il diritto, Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore*, VI, Milano, 2007, p. 435 ss.; F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 57 ss.; A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., p. 825 ss.; G.B. PORTALE, *Dalla «pietra del vituperio» alle nuove concezioni del fallimento e delle procedure concorsuali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, p. 389 ss.

finanziamenti[359] erogati dalla capogruppo (art. 2497-*quinquies* c.c.)[360] o dai

[359] Per tali dovendosi intendere, secondo M. CAMPOBASSO, *I finanziamenti dei soci*, Torino, 2004, p. 117 e ID., *Finanziamento del socio*, cit., p. 446 «*qualsiasi operazione volta a realizzare il trasferimento alla società di una quantità di denaro o di altre cose fungibili, ovvero gliene conceda la disponibilità, con obbligo di rimborso*», pertanto oltre ai contratti tipicamente creditizi (mutuo, apertura di credito, anticipazione bancaria, sconto, ecc...), devono ritenersi inclusi anche operazioni che hanno nella sostanza funzione di funzionamento, come il *leasing* finanziario, il *lease back* e la vendita con patto di retrocessione a termine. Sempre secondo il citato A., ID., *sub Art. 2467*, cit., p. 245, la funzione antielusiva della norma è tale da rendere irrilevante lo schema contrattuale del "finanziamento" e far «*prevalere la sostanza sulla forma dell'operazione*».

Cfr. anche A. IRACE, *Finanziamenti nell'attività di direzione e coordinamento*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 344; G. GUERRIERI, *I finanziamenti dei soci*, cit., p. 59 ss.

G. TERRANOVA, *sub Art. 2467 c.c.*, cit., p. 1480 ss. il quale si chiede: *i*) se assoggettati alla postergazione siano solo i prestiti dei cc.dd. soci imprenditori, restandone immuni i prestiti effettuati dai soci di minoranza; *ii*) se la norma sia applicabile all'ipotesi dei finanziamenti concessi dai titolari di usufrutto o pegno sulle quote; *iii*) se la postergazione coattiva operi anche in caso di acquisto della qualità di socio dopo la concessione del finanziamento, di cessione della quota di partecipazione dopo la concessione del prestito, di cessione del credito di restituzione ad un soggetto non socio; *iv*) se sono soggetti a postergazione i prestiti erogati per far fronte ad una situazione di temporanea difficoltà (finanziamenti ponte, di breve durata); *v*) se assoggettati alla sanzione siano i prestiti concessi dai cc.dd. terzi vicini ai soci; *vi*) se il concetto di finanziamento debba essere esteso alle concessioni di garanzie, alle concessioni in godimento di beni infungibili.

Cfr. anche G.B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 145 ss., spec. p. 147, il quale sostiene che con l'espressione "in qualsiasi forma effettuati" il legislatore si riferisca non solo ai finanziamenti in danaro, ma anche a quelli in natura o realizzati mediante la riscossione di crediti scaduti; V. SALAFIA, *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, in *Soc*., 2005, p. 1077 ss., spec. p. 1081, il quale sostiene che, ai sensi del secondo comma dell'art. 2467 c.c., non sia necessario che i finanziamenti siano effettuati mediante il tipico negozio del mutuo, ma possono individuarsi in tutte le operazioni giuridiche attraverso le quali la società assume un debito verso il socio; G. BALP, *sub Art. 2467*, cit., p. 272.

Il prestito, consisterebbe dunque nel porre in essere un rapporto negoziale di credito tra soci e società: se viene erogato in un periodo di crisi configurerà un prestito anomalo perché sostitutivo del capitale di rischio, se al contrario viene erogato in una fase normale della vita della società si tratterà di un prestito non anomalo: U. TOMBARI, *"Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 566.

In giurisprudenza, cfr. Cass., 24 luglio 2007, n. 16393, in *Soc.*, 2009, p. 453, la quale ha stabilito che la locuzione "finanziamenti dei soci" di cui all'art. 2467 c.c. è applicabile non ad ogni forma di finanziamento da parte dei soci, ma esclusivamente alla figura dei prestiti anomali o sostitutivi di capitale e che i versamenti in conto capitale a differenza dei finanziamenti non generano crediti esigibili dei soci nei confronti della società.

Per una ricostruzione della problematica, anche prima della riforma del 2003, cfr. F. CHIOMENTI, *I versamenti a fondo perduto*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, II, p. 111 ss.; ID., *Ancora sugli apporti di capitale di rischio effettuati dai soci in forma diversa dai conferimenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, p. 239 ss.; G. TANTINI, *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, Padova, 1980, p. 142; P. FERRO-LUZZI, *Imputazione a capitale della posta: "soci c. finanziamento infruttifero"*, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 260 ss.; ID., *«Conto finanziamento soci» e «fondi speciali iscritti in bilancio»* ex *art. 2442 c.c.*, in

Giur. comm., 1982, II, p. 891 ss.; P. ABBADESSA, *Il problema dei prestiti dei soci nelle società di capitali: una proposta di soluzione*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 497 ss.; G.B. PORTALE, *Appunti in tema di versamenti in conto futuri aumenti di capitale eseguiti da un solo socio*, cit., p. 93 ss.; ID., *«Prestiti subordinati» e «prestiti irredimibili» (appunti)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, I, p. 1 ss.; G. FERRI JR., *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, p. 511; P. SPADA, *Reintegrazione del capitale reale senza operare sul nominale*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 36 ss.; M. RUBINO DE RITIS, *Gli apporti «spontanei» in società di capitali*, cit., p. 131 ss.; M. STELLA RICHTER JR., *Disposizioni generali. Conferimenti. Quote*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2012, p. 294 ss.

Per concludere sull'ambito oggettivo di applicazione della disciplina in analisi, v'è da dire che il d.m. Economie e Finanze del 17 febbraio 2009, n. 29, ha stabilito che per «*attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma*» ai sensi dell'art. 106 TUB, si intende la concessione di crediti, ivi compreso il rilascio di garanzie sostitutive del credito e di impegni di firma, specificando poi all'art. 3 come tale attività, tra gli altri, ogni tipo di finanziamento concesso con operazioni di: *i*) locazione finanziaria; *ii*) acquisto di crediti; *iii*) credito al consumo; *iv*) credito ipotecario; *v*) prestito su pegno; *vi*) rilascio di fideiussioni, avallo, apertura di credito documentaria, accettazione, girata (con assunzione di garanzia), impegno a concedere credito, nonché ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma.

[360] Sì che, come correttamente notato da alcuni Autori, l'art. 2497-*quinquies* c.c. rappresenterebbe un adattamento della disciplina contenuta nell'art. 2467 c.c. alla materia dei gruppi, dal momento che, come si diceva nella precedente sezione, il potere di direzione e coordinamento non è necessariamente legato ad una partecipazione nella società eterodiretta. Così cfr. M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 238 s.; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., p. 66; M. MIOLA, *Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale*, in *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di G.E. Colombo*, Torino, 2011, p. 36 ss., spec. p. 52.

soci (art. 2467 c.c.)[361] alla società che versi in condizioni di squilibrio[362]

[361] Cfr. C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, *Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 57 s.; G. TERRANOVA, *sub Art. 2467 c.c.*, cit., p. 1476, i quali ritengono che il legislatore abbia introdotto una sorta di meccanismo presuntivo secondo cui nella s.r.l. (e nei gruppi), in considerazione del carattere, di regola, imprenditoriale della partecipazione, i rapporti finanziari tra la società e il socio siano caratterizzati da una *causa societatis*, avendo il socio lo scopo di ottenere dal proprio finanziamento vantaggi ulteriori rispetto all'eventuale remunerazione del prestito.

Cfr. anche G. TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, cit., p. 799; M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 233 s.; U. TOMBARI, *"Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 563; G. BALP, *Dell'applicazione dell'art. 2467 c.c. alla società per azioni*, cit., p. 197.

Si è posto il problema dell'applicazione della disciplina in analisi a finanziamenti effettuati dal socio per interposta persona ovvero tramite società fiduciaria. La tesi da preferire parrebbe essere quella favorevole all'assoggettamento di tali prestiti all'art. 2467 c.c., dal momento che essa è norma tesa a sanzionare la traslazione del rischio, in qualsiasi forma avvenuta, sui creditori. Così cfr. A. POSTIGLIONE, *La nuova disciplina dei finanziamenti dei soci di s.r.l.: dubbi interpretativi e limiti applicativi*, in *Soc.*, 2007, p. 929 ss.; M. CAMPOBASSO, *Finanziamento del socio*, cit., p. 441 ss. *Contra*, invece, cfr. F. TASSINARI, *Il finanziamento della società mediante mezzi diversi dal conferimento*, in C. CACCAVALE-F. MAGLIULO-M. MALTONI-F. TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2007, p. 151 ss., spec. p. 124. *Contra* cfr. A. ZOPPINI, *La nuova disciplina dei finanziamenti dei soci nelle società a responsabilità limitata e i prestiti provenienti da "terzi" (con particolare riguardo alle società fiduciarie)*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 426 ss.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 451 ss., il quale argomenta l'applicazione restrittiva della disciplina dettata dall'art. 2467 c.c. in forza della mancanza di una previsione espressa che (come nell'art. 2357, u.c., c.c.) equipari l'atto compiuto da un soggetto all'atto compiuto per tramite di società fiduciaria o interposta persona.

[362] Cfr. C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, *Lezioni di diritto commerciale*, cit., pp. 57 ss. e 62 s., secondo cui la disciplina dettata dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. sarebbe il frutto di una scelta politica tesa a "penalizzare" chi, in situazioni di crisi della società, decida di proseguire l'attività imprenditoriale ricorrendo a finanziamenti e, perciò, trasferendo il relativo rischio a carico dei creditori.

Cfr. anche A. IRACE, *sub Art. 2497*-quinquies, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, III, p. 342 ss., la quale ritiene che la norma si applichi ai finanziamenti «*provenienti da "chiunque" a condizione che vi sia esercizio dell'attività di direzione e coordinamento*»; nel campo di applicazione della disposizione sarebbero inclusi, così, «*finanziamenti provenienti da soci, amministratori di diritto e di fatto, titolari di strumenti finanziari, e qualsiasi altro soggetto pur privo della qualità di socio*». Nella norma non vi sarebbe alcuna restrizione «*alle persone giuridiche, né a singole persone fisiche; la sua formulazione consente di ritenere applicabile la disciplina dell'art. 2467 anche se l'attività di direzione e coordinamento è congiuntamente esercitata da più soggetti, ad esempio cumulativamente dai partecipanti ad un patto di sindacato per il controllo di una società*». Cfr. poi M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., pp. 245 e 258, nt. 175, il quale afferma che il rimedio della postergazione *ex* art. 2497-*quinquies* riguarda, «*a ben vedere, non solo (e, del resto non necessariamente) il credito di un socio, quanto piuttosto il credito di "chi", per l'esercizio di poteri attinenti alla conduzione strategica dell'aggregazione societaria, è sicuramente un soggetto "informato" sull'andamento della società finanziata*».

Cfr. poi, nel senso di ritenere che una situazione in cui sia ragionevole il solo conferimento non possa che coincidere con lo stato di insolvenza, G. FERRI JR., *Insolvenza*

debba essere postergato[363] rispetto a quello degli altri creditori, ma, introducendo un'ipotesi di revocatoria fallimentare di diritto[364], ha stabilito che, ove avvenuto nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento della società, debba essere restituito e assoggettato alla regola della *par condicio creditorum*.

Si può pertanto osservare – per ora in maniera apodittica, ma il punto sarà dimostrato *infra* – come il disposto normativo – con ciò potendosi probabilmente instaurare un parallelo rispetto alla disciplina dell'attività di direzione e coordinamento circa la mancata previsione di una fattispecie dai contorni definiti (una *rule*), essendosi optato, anche in questo caso, per uno *standard*[365] – non abbia vietato *tout court* ai consociati di apportare risorse in

---

e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 431 ss.

363 Sul punto, interessanti sollecitazioni derivano dal sistema spagnolo: cfr. M.I. ALVAREZ VEGA, *Funzione conservativa del «concurso de acreedores» nella riforma del diritto fallimentare spagnolo*, in *Dir. fall.*, 2004, 761 ss.; J. PULGAR EZQUERRA, *Alcune considerazioni relative alla riforma del diritto concorsuale spagnolo*, in *La legislazione concorsuale in Europa*, a cura di S. Bonfatti-G. Falcone, Milano, 2004, p. 119 ss., spec. p. 153; J. FERRÉ FALCON, *Los créditos subordinados*, Madrid, 2006, p. 228 ss.; G. FALCONE, *La riforma concorsuale spagnola*, Milano, 2006, p. 212 ss.; T. M. ARAYA, *La empresa insolvente y los créditos subordinados*, in *La Ley*, 16 settembre 2009, p. 11 ss.; P. BELTRAMI, *Novità nella legge concorsuale spagnola*, in *Riv. soc.*, 2011, 1341 ss.; D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., p. 116 ss.

La *Ley Concorsual* (*L.C.*) 22/2003 ha riformato la legge concorsuale spagnola del 2003 introducendo, all'art. 92 *L.C.*, la categoria dei creditori subordinati, i quali possono essere soddisfatti solo dopo che siano stati integralmente pagati i creditori ordinari. In particolare, interessa qui notare come siano da ricondurre alla categoria dei crediti subordinati, oltre quelli comunicati tardivamente, anche quelli subordinati per previsione contrattuale ed i crediti subordinati in ragione della *relazione speciale* del loro titolare con il debitore. Per questi ultimi (individuati ad opera dell'art. 93 *L.C.* ricomprendendo tra questi, con riferimento al debitore persona giuridica, i soci personalmente e illimitatamente responsabili per i debiti sociali e quelli che possiedono almeno il 5 % del capitale sociale (nel caso di società quotata, il 10 % negli altri casi), gli amministratori anche di fatto, i liquidatori, le società del gruppo e i loro soci), la postergazione opera in automatico.

364 Tale ipotesi di revocatoria opera in base alla presunzione assoluta che il socio (o la *holding*) fosse a conoscenza dello stato di insolvenza della società finanziata e, dunque, in deroga all'art. 67, co. 2, l. fall. il quale dispone che, affinché il curatore possa esercitare azione revocatoria fallimentare per ottenere la dichiarazione di inefficacia e la conseguente restituzione dei pagamenti effettuati dal fallito entro i sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento, egli dovrà assolvere l'onere di provare la conoscenza dell'insolvenza da parte dei creditori. Cfr. G. FERRI JR., *In tema di postergazione legale*, cit., p. 978, il quale evidenzia altresì come invece i pagamenti antecedenti siano sottoposti al regime ordinario della revocatoria fallimentare.

365 Così M. MAUGERI, *Dalla struttura alla funzione della disciplina sul finanziamento dei soci*, cit., p. 141.

Anche in tal caso, l'intento del legislatore, come si evince dalla lettura della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, per la riforma del diritto delle società (art. 2, co. 1 per la s.r.l. e art. 4, co. 1 per la s.p.a.), e come notato in dottrina, non è certo stato quello di osteggiare la prassi degli apporti diversi dai conferimenti, ma anzi sembra esser stato piuttosto quello di offrire ulteriori argomenti di ordine sistematico a favore di una "atipicità" nella composizione del patrimonio netto, con vincoli di destinazione a

società a titolo diverso dal conferimento[366], ed anzi, il sistema non solo mostra di tollerare tali diverse forme di finanziamento[367], ma addirittura, al

patrimonio diversamente modulati e connotati da distinti gradi di stabilità. Ciò emerge dalla ridefinizione della disciplina della struttura finanziaria delle società di capitali, dichiaratamente finalizzata – in conformità alle indicazioni dettate dalla legge delega – a consentire la massima flessibilità e apertura verso l'acquisizione di apporti "atipici", onde favorire una più ampia e variegata "patrimonializzazione" delle imprese italiane. Così cfr. N. ABRIANI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, cit., p. 320 e già ID., *Le azioni e gli altri strumenti finanziari*, in N. ABRIANI-S. AMBROSINI-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, 1, Padova, 2010, p. 231 ss. Ma cfr. anche U. TOMBARI, *"Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 553 ss.

366 A titolo, cioè, di "capitale di credito" o "di quasi-capitale". Si veda, ad esempio, sui versamenti in conto aumento di capitale, con particolare riferimento alla s.r.l., G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 483 ss.; sull'istituto in generale cfr. invece F. CHIOMENTI, *I versamenti a fondo perduto*, cit., p. 118 ss.; P. ABBADESSA, *Il problema dei prestiti dei soci nelle società di capitali: una proposta di soluzione*, cit., p. 497 ss.; M. CERA, *Il passaggio di riserve a capitale*, Milano, 1988, *passim*; G. TANTINI, *I «versamenti in conto capitale» tra conferimenti e prestiti*, Milano, 1990, *passim*; ID., *I versamenti dei soci alla società*, cit., p. 774 s.; M. IRRERA, *I «prestiti» dei soci alla società. Ricostruzione del fenomeno e prospettive di qualificazione e disciplina*, cit., *passim*; L. PARRELLA, *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, cit., *passim*; M. RUBINO DE RITIS, *Gli apporti «spontanei» in società di capitali*, cit., *passim*; G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., p. 3 ss.; G. TERRANOVA, *sub Art. 2467 c.c.*, cit., p. 1452 ss.; U. TOMBARI, *"Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 553 ss.; M. MAUGERI, *Versamenti dei soci*, cit., p. 567 ss.; F. TASSINARI, *Il finanziamento della società mediante mezzi diversi dal conferimento*, cit., p. 154 ss.; nonché i due pareri *pro veritate* di N. ABRIANI, *Versamenti effettuati da un singolo azionista per un futuro aumento di capitale e partecipazione alle perdite*, in *cit.*, p. 361 ss. e di P. BENAZZO, *Società di gestione di reti per il servizio idrico integrato, conferimenti in natura e riserve "targate"*, cit., p. 205 ss.

367 I finanziamenti assoggettabili alla disciplina della postergazione, avendo natura giuridica di mutuo, andranno iscritti in bilancio tra i debiti, e come tali andranno considerati ai fini della dichiarazione di fallimento e dell'ammissione al passivo. Così cfr. G.E. COLOMBO, *Il bilancio nella riforma*, cit., p. 203; M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 259 ss.

Cfr. anche G. TANTINI, *I «versamenti in conto capitale» tra conferimenti e prestiti*, cit., p. 6 ss.; ID., *I versamenti dei soci alla società*, cit., p. 743 ss.; F. VASSALLI, *Sottocapitalizzazione della società e finanziamenti dei soci*, cit., p. 261 ss.; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., p. 112.

manifestarsi di uno stato di crisi[368], ne promuove il ricorso[369], così contemperando il principio di libertà di "finanziamento" dell'impresa (in forma societaria)[370] con gli interessi dei creditori. Ed infatti, l'art. 2467 c.c.

[368] Come si dirà subito *infra* nel testo, il riferimento è agli istituti del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, nell'ambito dei quali, nonostante gli stessi non siano necessariamente volti al risanamento dell'impresa, potendo perseguire anche una funzione liquidatoria – con ciò segnando una differenza rispetto ai piani attestati di risanamento ex art. 67, co. 3, lett. *d*), l. fall., i quali, a loro volta, possono perseguire solo un obiettivo di risanamento (cfr. così M. FERRO, *Il piano attestato di risanamento*, in *Fall.*, 2005, p. 1353 ss.; L. MANDRIOLI, *Struttura e contenuti dei "piani di risanamento" e dei "progetti di ristrutturazione" nel concordato preventivo e negli accordi di composizione stragiudiziale delle situazioni di "crisi"*, in *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2006, p. 506 ss.; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, p. 16 ss., spec. p. 18; G.D. MOSCO, *Concordato preventivo e piani negoziali per il risanamento dell'impresa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, p. 373 ss.; P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 820 ss., spec. p. 823) –, si può ipotizzare che venga erogata nuova finanza al debitore solo ove tali strumenti siano utilizzati al fine di rilanciare e risanare l'impresa. Cfr. sul punto, oltre agli Autori citati in questa nota, G. PRESTI, *ibidem*; N. DE LUCA, *Prevenire è meglio che curare (proposte per «curare» il concordato preventivo che non «previene»)*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 70 ss.

E che il valore la cui tutela il legislatore intende promuovere sia quello della conservazione dei valori aziendali, anche in conseguenza del mutamento dell'"imprenditore" esercente l'attività d'impresa, lo dimostra il disposto dell'art. 182-*quater*, co. 3, ultima parte, l. fall., ai sensi del quale, qualora il finanziatore abbia acquisito la qualità di socio in esecuzione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti, si applicheranno i primi due commi della citata norma, cosicché il finanziamento sarà integralmente prededucibile, e non solo nella misura dell'80%. Cfr. sul punto F. BRIZZI, *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 803 ss., spec. p. 846 s.; F. BRIOLINI, *I finanziamenti alle società in crisi dopo la legge n. 134/2012*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, I, p. 683 ss., spec. p. 695. *Contra*, cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2014, p. 404 ss.

[369] Ed infatti, il socio finanziatore, seppure abbia conseguito una posizione di vantaggio in una situazione di crisi o precrisi della società, in virtù delle utilità prospettiche discendenti dall'eventuale risanamento della stessa e a discapito dei rischi subiti nelle medesime circostanze dai creditori, si troverà pur sempre in una posizione più conveniente rispetto a quella che avrebbe conseguito ove avesse optato per il conferimento, dal momento che il suo credito potrà essere ammesso al passivo dell'eventuale fallimento, ancorché con rango subordinato. Cfr. in tal senso G. TERRANOVA, *sub Art. 2467 c.c.*, cit., p. 449.

[370] Principio che, alla luce del disposto dell'art. 41 Cost. va in vero letto come corretta ripartizione dei rischi tra soci e creditori. Devono allora ritenersi pacifici non solo l'inesistenza di un obbligo di apportare nuove risorse all'impresa dopo la costituzione, ma anche l'obbligo di apportarle esclusivamente mediante il ricorso al conferimento di capitale sociale, a prescindere dalla sussistenza di un obbligo di adeguata capitalizzazione della società nella fase costitutiva, anche nella forma del divieto di costituire società con capitale manifestamente insufficiente al conseguimento dell'oggetto sociale. Cfr., sulla discrezionalità dei soci circa il "se" ed il "come" finanziare l'impresa U. TOMBARI, *"Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 560 s., il quale, osservando come l'ordinamento italiano imponga, secondo un programma minimo, solo

non opera, a differenza di quanto accade in altri ordinamenti[371], una

alcune regole sulla formazione e sulla conservazione del capitale sociale, afferma l'esistenza di «*un principio di libertà nel finanziamento dell'impresa societaria*» che rimette alla discrezionalità dei soci la decisione riguardante se, in quale misura e con quali mezzi finanziare la società; l'A. sottolinea poi che tale principio generale trova un limite nell'art. 2467 c.c., il quale ultimo, al ricorrere dei presupposti di cui al co. 2, riduce la discrezionalità dei soci rispetto al "come" finanziare l'impresa, nel senso che se decidono di effettuare un finanziamento invece di un conferimento l'ordinamento giuridico predispone la specifica reazione della postergazione e della revoca del rimborso avvenuto nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento.

Secondo M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., pp. 187 ss. e 192, non esiste «*un principio nel nostro ordinamento che imponga al socio di intervenire finanziariamente a sostegno della propria società secondo forme negoziali tipiche*», essendo libero «*in mancanza di una situazione di crisi della società* […] *di optare per il rifinanziamento della società, attraverso lo strumento del mutuo, del versamento in conto capitale, del conferimento imputato a capitale nominale*». Cfr. così anche N. BACCETTI, *Postergazione dei finanziamenti e tipi sociali*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 804 ss. Cfr. invece, sull'esistenza di un principio di carattere generale che obbliga i soci a dotare la società di un capitale congruo rispetto all'oggetto sociale, G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., p. 41 ss. e ID., *Capitale sociale e ragionevolezza nelle società di capitali*, in G.B. PORTALE, *Lezioni pisane di diritto commerciale*, a cura di F. Barachini, Pisa, 2014, p. 49 ss. L'A. da ultimo citato ritiene che, sebbene manchi una regola espressa sul punto, il sistema esprima non solo il divieto di costituire società di capitali con capitale manifestamente insufficiente al conseguimento dell'oggetto sociale e, con particolare riguardo alla disciplina sulla postergazione dei finanziamenti soci, ma anche il principio di ragionevole ricapitalizzazione della società al momento della sua costituzione, in conformità alla prassi maturata tra gli operatori del settore e del territorio.

[371] E come sostenuto con riferimento all'ordinamento italiano da G.B. PORTALE, *I «finanziamenti» dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 668, sulla scorta dell'argomento comparatistico tratto dal sistema tedesco. In Germania, infatti, si è assisto in un primo momento, e cioè a partire dall'introduzione, nel 1980, della *Gesetz betreffend die Gesellshaften mit beshränkter Haftung*, §§ 32a e 32b (con norme riferibili, dunque, alla sola *GmbH*), alla riqualificazione del finanziamento "sostitutivo del capitale di rischio" in conferimento nella circostanza in cui fosse stato concesso in un momento in cui ragionevolmente un ordinario uomo d'affari terzo non avrebbe finanziato la società; per arrivare all'odierna regolazione contenuta nella legge sull'insolvenza (§§ 39, 44a, 135, 143 *InsO*; §§ 6, 6a, 11 *AnfG*) – e dunque applicabile tanto alle *GmbH* quanto alle *AG*, sul presupposto, per queste ultime, che il socio abbia un autonomo interesse imprenditoriale, nonché il potere di determinare concrete decisioni organizzative –, dopo le modifiche apportate dalla riforma del 1998 e del 2008 (il già citato *MoMiG*). Tali ultime modifiche hanno, oltre che fatto transitare la disciplina dei finanziamenti anomali nella legge sull'insolvenza, previsto non più la riqualificazione del prestito in capitale di rischio, quanto piuttosto la regola della postergazione. Tale meccanismo opera in via automatica ed oggettiva al momento in cui si apra una procedura di insolvenza, ma non coinvolge i "piccoli soci" non amministratori, titolari di una partecipazione inferiore al 10% del capitale sociale.

Cfr., oltre ai già citati scritti di G.B. Portale, C. ANGELICI, *La novella tedesca sulle società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, p. 185 ss.; G.E. COLOMBO, *La "GmbH-Novelle" del 1980*, in *Riv. soc.*, 1981, p. 673 ss.; U. HAAS, *Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes*, München, 2006, p. 20 ss.; R. BORK, *Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zugusten des Insolvenzrechts*, in *ZGR*, 2007, p. 250 ss.; K. SCHMIDT, *Normzweke und Zurechnungsfragen im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Grundfragen zur Neufassung der §§ 39, 135 InsO durch das MoMiG*,

riqualificazione coattiva del finanziamento in capitale[372], ma piuttosto individua quale rimedio congruo[373] rispetto all'abuso perpetrato, una forma di subordinazione involontaria e così, per un verso, appare corretto ritenere che la disposizione operi non solo in costanza di un procedimento liquidatorio (volontario o concorsuale), ma anche *durante societate*[374]; per un altro, e

in *GmbHR*, 2009, p. 1009 ss.; W. SCHRODER, *Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG. Gesellschafterforderungen in der Insolvenz nach neuem Recht*, Köln, 2012, p. 282 ss.; J. THIESSEN, *Gesellschafterfremdfinanzierung nach dem MoMiG. Bestandsaufnahme und Perspektive*, in *ZGR*, 2015, p. 396 ss.

Nel sistema statunitense, invece, viene punito il comportamento del socio contrario alla regola del *disregard of legal entity* (e, dunque, contrario ai principi di *equity*). In particolare, vi sono due diversi modelli normativi riguardanti la postergazione dei prestiti, l'uno (§ 510(a) del *Bankruptcy Code*), il quale disciplina i crediti volontariamente subordinati; l'altro (art. §§ 510(b), 726(a) (3), (4) e (5)) attinente ai crediti obbligatoriamente subordinati in caso di concorso o che attribuiscono al giudice dell'insolvenza la possibilità di postergare alcune tipologie di crediti. Più nel dettaglio, per il caso in cui i soci abbiano erogato finanziamenti in un momento in cui la società fosse sottocapitalizzata, si sono previste due differenti soluzioni: *i*) la *recharacterization* in capitale sociale e *ii*) la *equitable subordination doctrine*, entrambe previste solo in caso di concorso. Il primo istituto prevede una vera e propria riqualificazione del prestito in conferimento, sicché il socio sarà degradato a *residual claimant* anche per il credito dovuto a titolo di rimborso del prestito, il quale ultimo potrà essergli attribuito solo una volta che siano stati soddisfatti tutti gli altri creditori; in virtù della *equitable subordination doctrine*, invece, il credito del socio sarà postergato solo rispetto a quello dei creditori non soci, al contempo essendo poziore rispetto a quello degli altri soci, qualificandosi, dunque – riprendendo le parole di M. CAMPOBASSO, *sub Art. 2467*, cit., p. 257 – alla stregua di "sottochirografario". Il primo dei due meccanismi appena descritti è stato superato, prima dalla giurisprudenza, poi, come visto, anche a livello legislativo, dall'introduzione della subordinazione equitativa, ossia da una subordinazione involontaria ma non automatica, rimessa cioè alla discrezionalità del giudice, il quale dovrà effettuare una valutazione caso per caso tanto sull'*an* della postergazione, quanto sul *quomodo*, ossia sul grado in cui collocare il credito.

Cfr. sul punto le opere di M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 62 ss.; M. GELTER, *The subordination of shareholder loans in bankruptcy*, *Harvard Olin Fellows' Discussion Paper Series n. 4*, in *International Review of Law and Economics*, vol. 26, n. 4, 2006; P.O. MÜLBERT, *A synthetic view of different concepts of creditor protection, or: a high-level framework for corporate creditor protection*, in *ECGI*, *Law Working Paper* n. 60/2006; M. GELTER-J. ROTH, *Subordination of shareholder loans from a legal and economic perspective*, *Harvard Law and Economics Discussion Paper n. 13*, in *Journal for Institutional Comparisons*, vol. 5, n. 2, 2007, p. 40 ss.; G. BALP, *sub Art. 2467*, cit., p. 284 s., nt. 119; D. VATTERMOLI, *La subordinazione equitativa (Equitable Subordination)*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 1401 ss.; ID., *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., p. 97; E. WARREN, *The law of debtors and creditors*, New York 2009, p. 581.

372 Cfr. in giurisprudenza Trib. Monza, 13 novembre 2003, in *Soc.*, 2004, p. 746 ss.

373 U. TOMBARI, *"Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 563, parla di «*specifica reazione*».

374 È discusso, in particolare, se la postergazione operi solo una volta che si sia aperto il concorso tra i creditori (e dunque solo in costanza di procedure concorsuali o di liquidazione volontaria), come sembrerebbe emergere dal dato letterale e da quello comparatistico, ovvero se essa operi già *durante societate*. Cfr., in favore della prima soluzione prospettata (tesi processualista), G.B. PORTALE, *I «finanziamenti» dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 680 s.; M. IRRERA, *sub Art. 2467*, in *Il nuovo diritto societario.*

Commentario diretto da G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti, Bologna, 2004, vol. III, p. 1789 ss., spec. p. 1794 s.; G. TERRANOVA, *sub Art. 2467 c.c.*, cit., p. 1463 ss., il quale ravvisa nella postergazione una forma di integrazione della responsabilità patrimoniale; D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., *passim*, ma spec. p. 90 ss; C. ANGELICI, *I finanziamenti dei soci nel tempo e nello spazio*, cit., p. 450; per la tesi c.d. sostanzialistica, cfr. invece A. BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, cit., p. 397; F. TASSINARI, *Sottocapitalizzazione della società di capitali e riforma del diritto societario*, in Aa.Vv., «Corporate governance» *e nuovo diritto societario. Aspetti di diritto commerciale e americano e riforma delle società*, Milano, 2003, p. 143; G.E. COLOMBO, *Il bilancio nella riforma*, cit., p. 203; G. FERRI JR., *In tema di postergazione legale*, cit., p. 969 ss., il quale, pur considerando esigibile il credito postergato, individua nella postergazione una tecnica di ampliamento della garanzia patrimoniale destinata ad operare (non nella fase attiva della società ma) in sede di liquidazione, secondo un congegno prossimo a quello dell'art. 2495, co. 2, c.c. Sicché, l'art. 2467, co. 1, c.c. renderebbe, secondo l'A., il socio che ha ottenuto il rimborso garante *ex lege* della società, nei limiti di quanto ricevuto, nei confronti dei creditori che siano rimasti insoddisfatti: poiché l'operatività di tale garanzia durante la liquidazione impedirebbe la definizione dei rapporti tra creditori, soci e società, il rimborso del finanziamento al socio non potrebbe essere effettuato prima del pagamento di tutti gli altri creditori sociali; F. VASSALLI, *Sottocapitalizzazione della società e finanziamenti dei soci*, cit., p. 266 ss.; G. LO CASCIO, *La riforma della società a responsabilità limitata e le procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2005, p. 237 ss., spec. p. 246, il quale osserva che se «*si limita al portata della previsione della postergazione all'ipotesi di una presenza del concorso di creditori, potrebbe risultare priva di effetti rilevanti la tutela che il legislatore della riforma ha inteso introdurre, attesa l'esiguità dell'attivo generalmente ripartito ai creditori chirografari in sede fallimentare*»; M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 94 ss., il quale rinviene nella postergazione un riflesso operativo del vincolo di destinazione del patrimonio sociale, sicché il rimborso sarà inesigibile solo nella misura corrispondente alle perdite che abbiano intaccato l'integrità del capitale sociale. L'A. inoltre ritiene (p. 104) che la sussistenza del divieto di rimborso in capo agli amministratori cessi al momento del venir meno delle condizioni della postergazione legale; ID., *Dalla struttura alla funzione della disciplina sul finanziamento dei soci*, cit., p. 144 ss.; G. PRESTI, *sub Art. 2467*, in *Codice commentato delle s.r.l.*, diretto da P. Benazzo-S. Patriarca, Torino, 2006, p. 98 ss., spec. p. 118, il quale ritiene che il diritto al rimborso del socio-finanziatore sia soggetto ad una condizione legale di esigibilità, consistente nella neutralità del pagamento rispetto alla capacità della società di soddisfare regolarmente i propri creditori; O. CAGNASSO, *«Nuovo» concordato preventivo, suddivisione in classi dei creditori e soci finanziatori di società a responsabilità limitata*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1635 ss., spec. p. 1639; ID., *La società a responsabilità limitata*, cit., p. 108 ss.; A. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, I, Torino, 2007, p. 177 ss., spec. p. 193 s.; U. TOMBARI, *"Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci nelle società di capitali*, cit., pp. 563 e 572; M. CAMPOBASSO, *Finanziamento del socio*, cit., p. 449 s.; N. ABRIANI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, cit., p. 319 ss., spec. pp. 330 e 337 ss., secondo il quale (p. 333), l'esigibilità del credito del socio è subordinata sì al venir meno della originaria situazione di squilibrio tra l'indebitamento e il patrimonio netto, ma più esattamente «*al preventivo riscontro da parte degli amministratori dell'influenza del rimborso del credito postergato rispetto alla capacità della società di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni*», secondo una loro «*valutazione prospettica, assistita dalla insindacabilità nel merito delle scelte gestorie*», e così in base ad un *test* di solvibilità; M. BIONE, *Note sparse in tema di finanziamento dei soci e apporti di patrimonio*, cit., p. 33 ss.; R. CALDERAZZI, *I finanziamenti dei soci*

conseguentemente, ponendo il problema se il rimborso debba avvenire, come sostenuto da alcuni autori, solo a seguito del recupero di un equilibrio patrimoniale e finanziario da parte della società[375], o, secondo altro orientamento dottrinale, solo una volta che siano stati soddisfatti gli "altri creditori" (non soci), purtuttavia con preferenza rispetto agli altri soci (non creditori e unicamente *residual claimants*) [376].

E se lo stato dell'indagine non appare ancora maturo per poter affrontare l'appena cennato problema[377], si ponga mente invece, con riguardo al secondo aspetto sopra segnalato, agli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l. fall. Volendo dare un ordine alle disposizioni in base al momento in cui i finanziamenti vengano eseguiti, *i*) il secondo comma dell'art. 182-*quater* disciplina i cc.dd. "finanziamenti ponte", ossia quei finanziamenti erogati in funzione dell'accesso ad una procedura concordataria ovvero dell'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti; *ii*) l'art. 182-*quinquies*, co. 1, 2, 3, regola i cc.dd. "finanziamenti interinali" (o "autorizzati") e sancisce espressamente il principio per cui la richiesta di autorizzazione debba essere accompagnata dall'attestazione di un professionista il quale abbia valutato che tali finanziamenti siano volti alla "migliore soddisfazione dei creditori", principio elastico che, con tutta probabilità, riassume in sé un valore già rintracciabile nel sistema; *iii*) il primo comma dell'art. 182-*quater* è invece

---

nelle società di capitali, cit., p. 203; F. BRIOLINI, *Verso una nuova disciplina delle distribuzioni del netto?*, cit., p. 83 ss.

Si deve osservare, in relazione alla soluzione proposta nel testo, che: *i*) prospettando l'operatività della norma anche *durante societate*, non si finisce con l'ostacolare tentativi di risanamento auspicabili dal punto di vista economico, poiché, una volta identificato il presupposto della postergazione in una situazione di difficoltà che non importa necessariamente insolvenza o crisi dell'impresa, non si dovrà confondere l'ambito applicativo dell'art. 2467 c.c. con quello di altri maccanismi di protezione del ceto creditorio tesi ad evitare la conservazione in vita di imprese non più in grado di operare secondo canoni di economicità (si pensi alla causa di scioglimento *ex* art. 2485, co. 1, c.c. ed alla configurazione quale impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale della costante inadeguatezza patrimoniale che ostacoli il raggiungimento degli obiettivi economici prefissati). I creditori, a fronte della minor propensione del socio ad apportare risorse nella società in difficoltà (seppure a titolo di capitale di credito), saranno più propensi, per effetto della postergazione, ad effettuare finanziamenti o a non attivare strumenti di tutela che potrebbero accelerare l'espulsione della società dal mercato; *ii*) se il principio da cui prendere le mosse è quello di libertà dell'iniziativa economia (art. 41 Cost.), la postergazione si atteggia quale limite legale della libertà di finanziamento del socio indotta dalla situazione di crisi della società, oltre a tradursi in una regola di comportamento per gli amministratori, sicché la reazione dell'ordinamento dinanzi ad una scelta non rispondente ai limiti imposti all'autonomia privata consisterà nel trattare il prestito erogato dal socio in conformità con la funzione che obiettivamente lo stesso è chiamato a svolgere nel sistema delle fonti di finanziamento dell'impresa.

375 Cfr. *infra*, nt. 413.

376 Cfr. A. BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, cit., p. 397; M. IRRERA, *sub Art. 2467*, cit., p. 1792, il quale ritiene che non esistano riferimenti normativi riguardo all'eliminazione della sanzione prevista dall'art. 2467 c.c. nella situazione in cui la società non sia più sottocapitalizzata; D. SCANO, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l. e l'art. 2467 c.c.*, cit., p. 879 ss.

377 Sul quale vedi *infra*, par. 3.2.

applicabile alle ipotesi di cc.dd. "finanziamenti in esecuzione" della procedura di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti a seguito dell'omologazione[378]. Le predette disposizioni, ciascuna operante in uno dei diversi momenti in cui sono scandite le due procedure, rendono i finanziamenti, da chiunque effettuati, prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall.[379]. Con particolare riferimento al tema dei finanziamenti soci, il terzo

---

[378] Occorre altresì notare come, tra le norme della legge fallimentare applicabili a società che accedano (o si accingano ad accedere) ad una procedura di concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti, vi sia anche l'art. 182-*sexies* l. fall., il quale evidenzia come le regole in materia di capitale siano inutili, ed anzi, in potenza capaci di paralizzare il buon esito della procedura concorsuale alternativa al fallimento. Tale norma, difatti, nel disinnescare l'operatività delle disposizioni sulla riduzione del capitale per perdite, non solo evidenzia come la tutela dei creditori, in tali circostanze, sia demandata agli strumenti predisposti nell'ambito della procedura scelta, ma, inoltre, permette di destinare gli eventuali apporti dei soci non già alla ricostituzione di un capitale ormai privo di funzione, ma alla soluzione della crisi d'impresa.

Sui problemi sollevati dai rapporti tra gli artt. 2467, 2497-*quinquies* c.c. e 182-*quater*, 182-*quinquies* e 182-*sexies* l. fall., cfr., senza pretesa di esaustività, gli studi di N. ABRIANI, *Il finanziamento dei soci alle imprese in crisi alla luce del nuovo art. 182*-quater *l. fall.: dal sous-sol della postergazione all'attico della prededuzione?*, in *Riv. dir. impr.*, 2010, p. 429 ss.; L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, p. 1346 ss.; F. NIEDDU ARRICA, *Le operazioni di finanziamento funzionali alle soluzioni concordate delle crisi di impresa alla luce dell'art. 182*-quinquies *l.f.*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, II, p. 434 ss.; F. BRIOLINI, *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497*-quinquies *c.c. e sull'art. 182*-quater *l. fall.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, p. 523 ss.; ID., *Concordato preventivo e nuova finanza. Note sui «finanziamenti autorizzati» a norma dell'art. 182-quinquies, comma 1-3, legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2015, I, p. 1 ss.; F. BRIZZI, *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 803 ss.; M. MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, cit., p. 1079 ss.; M. IRRERA, *Luci e ombre della nuova finanza ponte (il nuovo art. 182*-quinquies *legge fall., a seguito del d.l. n. 83/2015*), in NDS, 2015, p. 37 ss.; A. PISANI MASSAMORMILE, *La prededuzione ed i finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, p. 43 ss.

[379] Cfr. sul punto N. ABRIANI, *Il finanziamento dei soci alle imprese in crisi alla luce del nuovo art. 182*-quater *l. fall.: dal sous-sol della postergazione all'attico della prededuzione?*, cit., p. 429 ss.; S. BONFATTI, *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, Milano, 2011, p. 101 ss.

È discusso se il credito concesso "in occasione" della presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo, anche con riserva (o concordato in bianco), o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di una proposta di accordo, sia integralmente prededucibile (cfr. F. BRIZZI, *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 847 s.; P. F. CENSONI, *Concordato preventivo e nuova finanza*, in *Fall.*, 2014, p. 377 ss., spec. p. 385 s.; e, in giurisprudenza, Trib. Prato, 22 aprile 2014, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, p. 533 ss., con nota di A. DENTAMARO), integralmente postergato (cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., p. 407 ss.) ovvero prededucibile, ma solo nei limiti dell'80% dell'ammontare del credito, così come previsto dall'art. 182-*quater*, co. 3, l. fall. (cfr. U. TOMBARI, *Principi e problemi di diritto societario della crisi*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 1138 ss., spec. p. 1154 (da cui si cita), nonché in ID., *Diritto societario e crisi d'impresa*, a cura di U. Tombari, Torino, 2014, il

comma dell'art. 182-*quater* l. fall. dispone che «*in deroga agli artt. 2467 e 2497*-quinquies *del codice civile, il primo e il secondo comma del presente articolo si applicano anche ai finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'80 per cento del loro ammontare*[380]*. Si applicano i commi primo e secondo quando il finanziatore ha acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo*»[381].

---

quale parla di "prededucibilità *semiplena*" come criterio di portata generale per i finanziamenti dei soci nell'ambito del diritto della crisi; F. BRIOLINI, *Concordato preventivo e nuova finanza. Note sui «finanziamenti autorizzati» a norma dell'art. 182-quinquies, comma 1-3, legge fallim.*, cit., p. 15), in coerenza con una visione del diritto societario della crisi come ambito "autonomo" dal diritto societario tradizionale.

380 Si tratterà poi di comprendere se il restante 20% *i*) sia subordinato, al fine di responsabilizzare i soci e indurli a ponderare attentamente le effettive possibilità di recupero dell'impresa, al soddisfacimento di tutti i creditori concorsuali, ancorché chirografari, e non possa essere rimborsato né durante la fase esecutiva del concordato o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, né in un momento successivo, finché la società non abbia superato lo stato di crisi; *ii*) sia da qualificare alla stregua di un ordinario credito chirografario, poiché altrimenti verrebbero preclusi tentativi di ristrutturazione capaci di assicurare un più elevato soddisfacimento dei creditori; *iii*) secondo un'ultima tesi, che invero sembra più coerente con la *ratio* del sistema e con il chiaro *favor* del legislatore in questa materia, la quota del 20% del finanziamento dovrà essere postergata non all'intero ceto creditorio, ma solo agli altri crediti egualmente prededucibili, come quelli sorti da finanziamenti erogati ai sensi dei primi due commi dell'art. art. 182-*quater* l. fall. o in pendenza di concordato preventivo ed autorizzati dal tribunale *ex* art. 182-*quinquies* l. fall., o dal giudice delegato ai sensi dell'art. 167 l. fall.

Nel primo senso di esprimono M. FABIANI, *L'ulteriore* up-grade *degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fall.*, 2010, p. 898 ss., spec. p. 905 s.; L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, cit., p. 1364; N. ABRIANI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, cit., p. 354 ss.; M. CAMPOBASSO, *sub Art. 2467*, cit., p. 263 s.; M. SCIUTO, *I finanziamenti dei soci nell'art. 2467 c.c. e nell'art. 182* quater *l. fall.*, in *Dir. banc. mer. fin.*, 2011, I, p. 54 ss.; E. MARCHISIO, *I "finanziamenti anomali" tra postergazione e prededuzione*, in *Riv. not.*, 2012, I, p. 1295 ss., spec. p. 1310; F. BRIZZI, *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 838; A. BARTALENA, *Crediti accordati in funzione od in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*quater *l. fall.)*, in *Soc., banche e crisi d'impresa.* Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, 3, Torino, 2014, p. 2945 ss., spec. p. 2972 s. Sostiene la seconda tesi *supra* richiamata L. BENEDETTI, *Lo statuto dei finanziamenti dei soci e infragruppo a favore della società in crisi*, Youcanprint Self-Publishing, 2016, p. 119. Per la terza tesi cfr. L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, cit., p. 1348 e 1359 s.

381 Ci si è chiesti, al proposito – e la soluzione data al problema riverbera ricadute interpretative con riferimento all'art. 182-*quinquies* l. fall. – se tale ultima parte della disposizione sia una specificazione del periodo precedente, sicché gli unici soci a cui si applicherebbe la regola della prededuzione nei limiti dell'80% dell'ammontare del finanziamento sarebbero quelli diventati tali "in esecuzione" dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo; ovvero, se i crediti dei predetti soggetti siano prededucibili per il loro intero ammontare, a differenza dei crediti di soggetti che erano già soci della società, per i quali varrà allora il limite dell'80% (così M. MAUGERI, *sub Art. 2497*-quinquies, in *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Milano, 2016, t. II, p. 3120 s.). Cfr. per tutti F. BRIOLINI, *Concordato*

Quanto testé osservato induce a ritenere che, sebbene il socio rimanga libero di decidere "se" continuare a finanziare l'attività sociale (ovvero far si che venga attivata la liquidazione o dato impulso ad una procedura concorsuale), la comune funzione degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* e 2394 c.c. possa essere individuata nell'imposizione di un vincolo – in virtù di un principio di corretto finanziamento dell'impresa in forma societaria (o *eine Finanzierungsverantwortung*)[382] – al "*quomodo*" dell'apporto. Se così è, a ben vedere, potrebbe dirsi che la regola della postergazione non sia posta a tutela del solo interesse dei creditori a conservare inalterata la propria posizione di *fixed claimants* senza che i soci possano concorrere sui valori destinati al loro soddisfacimento; ma, conducendo in concreto ad un assoggettamento del finanziamento alla disciplina prevista per il capitale proprio (anche in funzione di garanzia dei terzi), verrebbe altresì in rilievo l'"interesse della società" stessa a non subire la privazione delle risorse finanziarie acquisite dai soci finché perdura non solo la situazione di squilibrio, ma anche la meno grave situazione di sottocapitalizzazione (spesso propedeutica allo stato di crisi)[383].

Il punto merita però di essere chiarito. Ancora una volta, onde non incorrere in una ipostatizzazione del concetto di interesse sociale, va osservato come il presupposto applicativo della disposizione risieda nello stato di insufficienza patrimoniale, inteso – secondo il dato letterale – tanto nella sua dimensione statica (eccessivo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto), quanto in quella dinamica (ragionevolezza di un conferimento anziché di un finanziamento soci, misurabile in base ai flussi futuri generabili dall'esercizio dell'impresa)[384]. Il valore (o l'"interesse

preventivo e nuova finanza. Note sui «finanziamenti autorizzati» a norma dell'art. 182-quinquies, comma 1-3, legge fallim., cit., p.13 ss.

[382] Nonostante l'esatta traduzione del termine sia "responsabilità per corretto finanziamento", è ben possibile ad esso attribuire, nell'opera di comparazione implicita nel riferimento fatto nel testo, il senso ivi indicato. Si veda, difatti, quanto scritto da M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 177 ss.; ID., *Sul regime concorsuale dei finanziamenti soci*, cit., p. 807; N. ABRIANI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, cit., p. 326 s.; R. CALDERAZZI, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, cit., *passim*. In giurisprudenza, cfr. Cass., 24 luglio 2007, n. 16393, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 288 ss., con nota di S. FERRI, *Versamenti in conto capitale, riserve «targate» e finanziamenti dei soci*.

Cfr. per un completo quadro delle differenze nella disciplina interna ed in quella tedesca G. BALP, *I finanziamenti infragruppo: direzione e coordinamento e postergazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 329 ss., spec. p. 332, nt. 5; EAD., *La riforma della disciplina tedesca della società a responsabilità limitata a seguito dell'entrata in vigore del c.d. MoMiG*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 1528 ss.

[383] Cfr. G.B. PORTALE, *I «finanziamenti» dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 681; M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 193 ss.; ID., *Sottocapitalizzazione della s.r.l. e "ragionevolezza" del finanziamento soci*, cit., p. 169 ss.

[384] Cfr. nel sistema tedesco e con riferimento alla disciplina non ancora modificata per effetto del *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Mishräuchen* (c.d. *MoMiG*) del 2008, K. SCHMIDT, *Insolvenzgründe und Haftung für*

sociale") che si intende tutelare è quello, allora, della continuazione dell'attività di impresa, della continuità aziendale (o *going concern*) così probabilmente – ma il punto verrà meglio argomentato *infra* – giustificandosi il ricorso ad *on going tests of solvency*.

Il pericolo per i creditori, in ultima analisi, è quello che i soci – nel finanziare – e gli amministratori – nel destinare i finanziamenti ad impieghi incongrui rispetto alla funzione di conservazione dell'integrità patrimoniale che, in stato di crisi o nel suo approssimarsi[385], è loro dovere perseguire – possano eludere la disciplina del patrimonio netto, mantenendo in vita un'impresa ormai incapace di autosostentarsi, così consumando la residua massa attiva sulla quale essi avrebbero potuto trovare soddisfazione ove si fosse tempestivamente fatto ricorso alla liquidazione, a procedure concorsuali o ad accordi mirati ad una sistemazione concordata della crisi[386].

E così, anche con riferimento ai problemi posti dal fenomeno della sottocapitalizzazione nominale, sembra che, tra i diversi itinerari argomentativi percorsi in dottrina[387], quello maggiormente convincente sia la lettura in combinato disposto delle norme poste a tutela del patrimonio (effettivo)[388] della società con la clausola generale, già in precedenza richiamata, della *honest business judgment rule*[389], da altri intesa come *business purpose* o ragionevolezza economica[390].

Insolvenzverschlepung, in M. Lutter (*Hrsg.*), *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa*, Berlin, 2006, p. 188 ss., spec. p. 198 s., il quale ritiene che, leggendo il concetto di insufficienza patrimoniale nel suo significato dinamico, piuttosto che statico, si giunga ad obbligare gli amministratori ad una valutazione di tipo prognostico circa il probabile manifestarsi dell'insolvenza, per il tramite, appunto, di un *on going test of solvency*, così giungendo ad anticipare il momento in cui debba esser richiesta obbligatoriamente la dichiarazione di fallimento; G. TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, Torino, 2013, p. 121; M. MAUGERI, *Sottocapitalizzazione della s.r.l. e "ragionevolezza" del finanziamento soci*, cit., p. 169 ss., spec. p. 178.

385 Cfr. G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, cit., p. 477 ss.

386 Cfr. M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., pp. 39 ss., 202 ss., 238 ss.; ID., *Sottocapitalizzazione della s.r.l. e "ragionevolezza" del finanziamento soci*, cit., p. 169 ss.

387 Tra le teorie più convincenti si possono ricordare quella della causa concreta del contratto, dell'abuso del diritto nella duplice forma del *venire contra factum proprium* o dell'abuso del tipo negoziale, della frode alla legge.

Per un'approfondita disamina delle richiamate tesi, cfr. G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., p. 143 ss.; G. TERRANOVA, *sub Art. 2467 c.c.*, cit., p. 1449 ss.

388 Cfr. E. GINEVRA, *Oltre il capitale sociale? Spunti per la ripresa del dibattito sulla riforma della struttura finanziaria delle società di capitali*, cit., p. 7 ss.; G. GIANNELLI, *Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, «corretto» finanziamento della società e tutela dei creditori*, cit., p. 486 s., il quale scrive che «*la disciplina del capitale ha per destinatari in primo luogo i soci, in quanto titolari del diritto alla distribuzione dell'utile (per il cui accertamento è, appunto, necessario il capitale), mentre è la disciplina del patrimonio effettivo, che determina, al netto del capitale, l'utile distribuibile, ad essere posta a tutela anche dei creditori*».

389 Cfr. A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., p. 831.

390 Cfr. P. MONTALENTI, *Operazioni straordinarie e* business purpose *tra diritto interno*

3.2. *"Sottocapitalizzazione nominale" e tutela dei creditori tra tecniche* ex ante *e rimedi ex post.*

Tutto quanto sin qui osservato sollecita ulteriori riflessioni circa i criteri dettati dal secondo comma dell'art. 2467 c.c. per qualificare un finanziamento come "anomalo", criteri la cui (forse eccessiva) vaghezza e genericità permettono di ricondurre anche la disposizione in parola – oltre, come visto, quella sulla responsabilità nei gruppi di società – nell'alveo degli *standards* (tecniche di tutela *ex post*), piuttosto che delle *rules* (tecniche di tutela *ex ante*).

Ed infatti, sebbene meno problematico possa apparire – per vero solo a livello intuitivo – il criterio statico dello squilibrio tra mezzi propri e mezzi di terzi (per la cui concretizzazione si potrebbe far riferimento a *ratios* di matrice aziendalistica e che, dunque, potrebbe qualificarsi come una *rule*)[391],

---

e profili comparatistici, cit.

Inoltre, una simil lettura e, più oltre, l'idoneità dei principi espressi dall'art. 2467 c.c. ad assurgere a regole generali del diritto d'impresa, trovano conforto nella lettura in combinato disposto con l'art. 2381, co. 3 e 5, c.c., espressione, quest'ultimo, del principio di adeguatezza "organizzativa" e gestoria.

391 Il che, secondo G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., p. 31 e G. BALP, *I finanziamenti dei soci «sostitutivi» del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, cit., p. 401, non deve destare stupore, in quanto, per la repressione del fenomeno in analisi, non sono idonei strumenti incentrati su di una esatta definizione aritmetica.

Si può al proposito aggiungere che, ad avviso di chi scrive, la prospettiva a cui si è appena fatto cenno risulta vieppiù confermata dal dato letterale della disposizione, la quale introduce un elemento di discrezionalità per gli amministratori anche con riferimento al criterio dello squilibrio nel prevedere che esso vada comunque letto «*anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società*». Si pensi, ad esempio, che le imprese operanti nei settori in crescita (come quello dell'alta tecnologia e delle biotecnologie) si caratterizzano per un indebitamento (molto) basso, mentre altri settori (come quello immobiliare, del trasporto aereo, dell'auto e dei servizi pubblici) presentano rapporti di indebitamento più elevati. Inoltre, la natura dell'attività d'impresa esercitata è correlata anche con la volatilità tipica dei flussi di cassa e del valore dell'attivo della società. Il livello ottimale di debito di una società dipende infatti, da un lato, dalla volatilità dei flussi di cassa, in quanto imprese con flussi di cassa stabili possono ricorrere a un indebitamento più elevato; dall'altro lato, dal valore dell'attivo, così che imprese che presentano un attivo il cui valore deriva principalmente da beni materiali (es. società immobiliari), potranno sostenere un indebitamento più elevato, avendo modo di liquidare (con relativa facilità) i propri beni, mentre imprese il cui valore deriva soprattutto dal capitale umano (es. imprese tecnologiche) avranno un indebitamento più contenuto, a causa della presenza di minori attività tangibili da liquidare e degli elevati costi del dissesto legati, ad esempio, alla perdita di clienti e alla difficoltà di trattenere i dipendenti più qualificati. Così cfr. J. BERK-P. DEMARZO, *Corporate finance*, Boston, 2014, pp. 35 ss. e 540 ss.

Sicché essi dovranno effettuare il raffronto tenendo conto anche della composizione qualitativa dell'attivo patrimoniale, poiché, come nota G. PRESTI, *sub Art. 2467*, cit., p. 111, quanto più peseranno le immobilizzazioni, tanto più la quota di mezzi propri dovrà essere elevata perché la società possa essere considerata in equilibrio finanziario. Cfr. anche G. BALP, *ivi*, p. 403 s.; EAD., *I finanziamenti dei soci soggetti a postergazione*, cit., p. 1290.

lo stesso, a ben vedere, solleva non minori incertezze rispetto a quelle legate al criterio dinamico della "ragionevolezza", letto alla luce della situazione "finanziaria" della società. A sollecitare tale riflessione è, in prima battuta, proprio il dato letterale della disposizione, il quale impone, nel valutare lo squilibrio, di tenere conto «*del tipo di attività esercitata dalla società*»[392] (art. 2467, co. 2, c.c.). In questa prospettiva, il finanziamento del socio, pur concesso in un momento di squilibrio tra patrimonio netto ed indebitamento, potrebbe tuttavia considerarsi "ragionevole" se la sua erogazione renda possibile per la società la realizzazione di progetti di investimento dal rendimento attuale netto positivo, quindi idonei ad incrementare il valore complessivo dell'impresa[393]. Da ciò ne derivano un corollario ed un ulteriore problema: *i*) l'aggravamento del rischio per i creditori esterni (che l'art. 2467 c.c. mira ad eliminare) si determina, in vero, non quale conseguenza diretta del finanziamento, quanto piuttosto in ragione della destinazione che gli organi gestori imprimano sui valori apportati: «*dunque, più un problema di gestione dell'attivo che di composizione del passivo*»[394]; *ii*) il problema che si pone, invece, attiene all'individuazione dell'esatto criterio per la qualificazione del prestito come "anomalo", e cioè se debbano ricorrere alternativamente l'uno o l'altro requisito (squilibrio e irragionevolezza), ovvero se essi vadano letti congiuntamente, l'uno alla luce dell'altro, e ancora, in questa seconda ipotesi, se l'uno sia pleonastico rispetto all'altro[395].

In dottrina (cfr. G. BALP, *ivi*, p. 402; S. ROSSI, *Le crisi d'impresa*, in AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2013, p. 17 s.) sono stati considerati indici idonei a valere quale parametro dello squilibrio: *i*) l'art. 2, co. 1, lett. *b*), d.lgs. n. 270/1999, il quale prevede tra i requisiti per l'assoggettamento alla procedura dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza quello dei «*debiti per un ammontare complessivo non inferiore ai due terzi tanto del valore dell'attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio*»; *ii*) l'art. 2412 c.c., che stabilisce quale limite all'emissione di un prestito obbligazionario nella s.p.a. una «*somma complessivamente non eccedente il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili*»; *iii*) l'art. 2545-*quinquies*, co. 2, c.c., il quale prevede, in tema di società cooperative, che «*possono essere distribuiti dividendi, acquistate azioni proprie quote o azioni ovvero assegnate ai soci le riserve divisibili se il rapporto tra il patrimonio netto e il complessivo indebitamento della società è superiore ad un quarto*».

[392] Come notato anche da G. BALP, *I finanziamenti dei soci soggetti a postergazione*, cit., p. 1291.

[393] Con riferimento alla struttura del debito, si è in giurisprudenza affermato che «*incide, ovviamente, in misura inferiore sullo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto la presenza di una componente di debito a medio-lungo termine rispetto ad una componente a breve termine, avvenendo, in tale ultima eventualità, che i finanziamenti erogati da terzi devono essere necessariamente utilizzati per pagare altri debiti di imminente scadenza e non per finanziare gli investimenti*». Così Trib. Venezia, decr. 21 aprile 2011, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, p. 264 ss.

[394] Cfr. M. MAUGERI, *Sottocapitalizzazione della s.r.l. e "ragionevolezza" del finanziamento soci*, cit., p. 178.

[395] Si legga sul punto, sebbene non risolutivo ai fini della problematica segnalata, il § 11 della Relazione ministeriale di accompagnamento alla legge delega di riforma del diritto societario, a tenor del quale «*la soluzione prescelta indicata dal comma 2 dell'art. 2467, non potendosi individuare parametri quantitativi, è stata quella di un approccio*

Dare una risposta ai quesiti appena posti significa inquadrare la disciplina in analisi nell'alveo dei rimedi *ex ante* ovvero *ex post*, in quanto, chi propende per la tesi della lettura congiunta tesa a far prevalere il dato statico dello squilibrio, oltre a travisare il dato letterale[396], tende a svalutare il canone della "ragionevolezza"[397] per ricondurre tutto sul piano di *ratios* individuabili,

---

tipologico, con il quale ricercare se la causa del finanziamento è da individuare nel rapporto sociale (e non in un generico rapporto di credito): in tal senso l'interprete è invitato ad adottare un criterio di ragionevolezza, con il quale si tenga conto della situazione della società e la si confronti con i comportamenti che nel mercato sarebbe appunto ragionevole aspettarsi».

In dottrina, si è espresso nel senso di ritenere che il criterio dello squilibrio ricomprenda in sé quello della irragionevolezza G.B. PORTALE, *I «finanziamenti» dei soci nelle società di capitali*, cit., pp. 667 e 681, utilizzando un argomento comparatistico che guarda al sistema tedesco, nel quale viene dalla giurisprudenza utilizzato il criterio della *Kreditunwürdigkeit* per misurare il merito creditizio della società, precisando che esso possa mancare alle normali condizioni di mercato anche solo per assenza di liquidità. Secondo G. TERRANOVA, *sub Art. 2467 c.c.*, cit., p. 1459 s., invece, esisterebbe una differenza tra primo e secondo criterio, la quale andrebbe individuata nella contrapposizione tra una valutazione in astratto (giudizio sullo squilibrio) e una in concreto (giudizio di ragionevolezza), senza che abbia eccessivo rilievo il merito di credito della società. Cfr. poi F. VASSALLI, *Sottocapitalizzazione della società e finanziamenti dei soci*, cit., p. 265 s.; M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 157 ss.; M. CAMPOBASSO, *Finanziamento del socio*, cit., p. 444, il quale afferma che «*il presupposto di postergazione dei soci è unico, ed è che la situazione patrimoniale e finanziaria della società presenta un significativo rischio di insolvenza*»; G. FERRI JR., *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, cit., p. 432 ss., poi, ritengono che il criterio dello squilibrio abbia natura economico-patrimoniale, mentre quello della ragionevolezza natura finanziaria. Così anche, in giurisprudenza, Trib. Venezia, 3 marzo 2011, in *Fall.*, p. 1349 ss., con nota di N. ABRIANI, *Finanziamenti «anomali» e postergazione: sui presupposti di applicazione dell'art. 2467*.

Cfr. altresì M. IRRERA, *sub Art. 2467*, cit., p. 1791 s.; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, *Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 58 s.; G. PRESTI, *sub Art. 2467*, cit., p. 110; G. OLIVIERI, *Questioni aperte in tema di finanziamenti anomali dei soci nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, p. 515 ss., spec. p. 524 s.

Secondo G. BALP, *I finanziamenti dei soci «sostitutivi» del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, cit., p. 405 ss.; EAD., *Questioni in tema di postergazione* ex *art. 2467 e 2497* quinquies *c.c.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, p. 246 ss.; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., p. 106 s.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 460 s., il criterio della ragionevolezza opererebbe qualora, pur non sussistendo al momento della concessione del finanziamento una condizione di squilibrio dell'indebitamento, tale ultima condizione risulti quale effetto immediato e diretto della decisione di effettuare il prestito.

396 Nota G.B. PORTALE, *I «finanziamenti» dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 680 che, nonostante la disposizione utilizzi la congiunzione disgiuntiva "oppure", gli Autori che aderiscono alla tesi del pleonasmo dei due criteri sono costretti ad interpretare la locuzione come "ossia".

397 Il concetto di "ragionevolezza", secondo M. MAUGERI, *Sottocapitalizzazione della s.r.l. e "ragionevolezza" del finanziamento soci*, cit., p. 170, «*svolge un ruolo significativo, in quanto serve a tradurre la somiglianza esistente, sul piano economico, tra la vicenda del finanziamento soci all'impresa in crisi e quella del conferimento – somiglianza, di per sé, insuscettibile di sussunzione normativa, perché incapace di fungere da elemento della fattispecie di un enunciato precettivo – in un criterio* formale

tramite tecniche aziendalistiche[398], *ex ante*, così probabilmente avallando una lettura asistematica del disposto normativo[399].

S'impone dunque l'esigenza di operare una revisione critica dell'impostazione appena tracciata. Già si osservava in precedenza come nel diritto comunitario si assista ormai da tempo, in riferimento al diritto delle società, ad una trasformazione del ruolo del capitale sociale e, di conseguenza, della disciplina del patrimonio: esso non può essere unicamente considerato quale elemento di garanzia dei creditori sociali (ragione per cui ne viene vincolata la distribuzione ai soci), quanto, piuttosto, anche quale regola di organizzazione (o di *corporate governance*) volta, da un lato, a misurare la remunerazione dell'investimento dei soci e, dall'altro, a tutelare i creditori nei confronti di comportamenti opportunistici dei consociati[400].

Come notato in precedenza[401], soprattutto a seguito della riduzione dei valori minimi di capitale richiesti dalla legge per la costituzione di società di

---

di valutazione del caso concreto sottoposto al vaglio giudiziale».

398 Cfr. F. GALGANO-G. SBISÀ, *sub Art. 2497*-quinquies, in F. GALGANO-G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, Bologna, 2014, p. 297 ss., spec. p. 319 s., secondo i quali «*non si dovrà avere riguardo a comportamenti imprenditoriali diversi da quelli che, nella letteratura aziendalistica, vengono giudicati come ottimali, bensì ai comportamenti che se ne discostano notevolmente, sì da rivelarsi come degni della qualificazione di «irragionevole», e tale da provocare uno squilibrio «eccessivo». È, insomma, il criterio che nei paesi anglo-sassoni si esprime quando si fa riferimento a ciò che nessun imprenditore ragionevole farebbe*».

399 Come nota Cfr. M. MAUGERI, *Sottocapitalizzazione della s.r.l. e "ragionevolezza" del finanziamento soci*, cit., p. 172, «*lo scopo ultimo cui deve tendere una disciplina delle decisioni concernenti la struttura finanziaria dell'impresa in crisi, a ben vedere, non può ravvisarsi nell'esigenza di assicurare una tutela "ad ogni costo" dei creditori sociali, bensì in quella di individuare un criterio di valutazione che consenta di discriminare tra tentativi "inefficienti" di ristrutturazione, perché tali da ridurre il valore complessivo dell'impresa e quindi socialmente indesiderabili, e tentativi "efficienti" di risanamento, perché idonei a incrementare quel valore ad una soglia tale da permettere il soddisfacimento dei creditori esterni, nonché il rimborso del finanziamento erogato dal socio e la distribuzione di utili sul conferimento da egli inizialmente effettuato*».

400 Cfr. quanto detto nella Sezione 1 del presente capitolo e, in particolare, E. GINEVRA, *Formazione del capitale sociale nella costituzione della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 102 ss., spec. p. 112 ss.; G. FERRI JR., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, cit., p. 741 ss.; A. PACIELLO, *La funzione normativa del capitale nominale*, cit., p. 15 ss.; A. BARTOLACELLI, *Società chiuse e capitale sociale minimo: tendenze europee*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 519 ss., il quale osserva come la tendenza a diminuire il valore minimo del capitale sociale in Europa «*accade da un lato senza che il concetto stesso di capitale sociale – salvo, parzialmente, nel solo caso olandese – abbia patito un formale smantellamento; dall'altro dovendo necessariamente considerare come le ragioni dei creditori sociali trovino differente soddisfazione all'interno dei singoli modelli considerati*».

Nel diritto tedesco, attribuiscono funzione di garanzia al capitale sociale E. EKKENGA-W. BAYER, *Fixed Capital under German Stock Corporation Law and its significance for the protection of investors and minority shareholders*, in M. LUTTER, *Legal capital in Europe*, Berlin-New York, 2006, p. 342 ss.; T. BAUMS, *Eigenkapital: Begriff, Aufgaben, Sicherung*, in *ZHR*, 2011, p. 161 ss.; M.C. FUNKE, *Gläubigerschutz durch Information im Recht der Aktiengesellschaft*, Baden-Baden, 2011, p. 122 ss.

401 Cfr. Sezione 1 del presente capitolo.

capitali[402], sebbene si possa aderire alla tesi di quella parte della dottrina che, muovendo da una lettura della disciplina sulle forme del netto[403] quali norme di azione[404], giunge ad affermare che la disciplina della riduzione del capitale

[402] La cui funzione, come notato per tutti da G. FERRI JR., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, cit., p. 741 ss., con riferimento però al sistema nel suo assetto precedente all'introduzione della s.r.l. con capitale pari ad un euro e alla rimodulazione del capitale minimo della s.p.a. (oggi pari a cinquantamila euro), è quella di imporre un vincolo di "serietà" alla scelta del tipo societario.

[403] Anche delle forme del netto si è già parlato nella Sezione 1, è qui però il caso di aggiungere e specificare che, come scritto da M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società per azioni*, cit., p. 161, «*il punto è che non si tratta di passivo in senso giuridico, connotazione, questa, che ha bisogno di essere necessariamente coniugata con un "soggetto", ma, si può dire, di passivo in senso economico (di cui il passivo in senso giuridico costituisce una parte); passivo dell'attività, nel senso cioè che rappresentano valori che il divenire dell'azione deve costantemente riprodurre attraverso la pluralità e i differenti impieghi (di valore) in cui l'azione si concreta. Una siffatta valutazione del "passivo" consente anche di (e risulta da ciò comprovata) far emergere la relazione tra le due sezioni di bilancio. Deve anzi a questo proposito essere rilevato come, nella prospettiva qui indicata, "ideale" e "reale" appaiono, piuttosto che predicati diretti a distinguere dall'interno le due sezioni, qualificazioni dirette a connotare rispettivamente il passivo e l'attivo. E in vero, l'attivo di bilancio rappresenta ciò che, alla data di riferimento, "è" (transita) nel fondo patrimoniale in termini di impieghi, è la zona, si può dire, dell'essere (esistente) in termini di valori impiegati e tutt'ora esistenti; il passivo ciò che "deve essere" in termini di valori in transito da quel fondo*».

[404] Cfr. M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società per azioni*, cit., p. 114 ss., il quale, ricorrendo alla dicotomia tracciata da E. GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1943, p. 31 ss. nell'ambito del diritto amministrativo tra norma di azione («*quella che disciplina il comportamento nel suo farsi*») e norma di relazione («*quella che regola i rapporti che quel comportamento pone in essere*») osserva come «*se l'attività è valore che diviene, tipicamente, disciplinare l'attività significa regolare il comportamento, che esprime il valore, nel suo divenire e non già dettare regole che disciplinano i rapporti che a quel comportamento conseguono (comportamento che in questo caso non può che essere assunto come essere storicamente già avvenuto posto che si disciplinano le conseguenze di esso: il rapporto appunto)*».

Il discorso dell'A., in vero, attiene alla disciplina sulla riduzione del capitale per perdite *ante riforma*, e, muovendo dal presupposto che gli interessi coinvolti dalla disciplina non possano essere solo quelli dei consociati, altrimenti si perverrebbe alla paradossale conclusione di poter derogare a tali regole con il consenso unanime dei soci, giunge ad affermarne il carattere imperativo in virtù del fatto che «*in realtà l'operare della regola in discorso prescinde dall'esistenza attuale di terzi creditori; prescinde cioè dalla sussistenza di quel tipo di rapporto*» e «*l'emergere di siffatti rapporti costituisce un dato fisiologico per la natura dell'affare considerato e quindi è ben possibile che la legge abbia considerato la rilevanza di quell'interesse indipendentemente dalla sua attualità, consapevole che nella produzione dell'azione di certo quei rapporti verranno ad esistenza nell'immediato futuro*».

per perdite[405], quale "campanello d'allarme"[406] di un malfunzionamento gestorio e/o organizzativo – e, a ben riflettere, del sopravanzare delle passività rispetto alle attività[407] – nelle s.r.l. con capitale pari ad un euro (e, probabilmente, non solo con riferimento ad esse) vada applicata assumendo quale parametro non il valore del capitale sociale, ma di tutto il netto (capitale e riserve)[408], si deve altresì notare come il sistema spinga a ricercare una tutela per i creditori anche altrove[409].

---

405 Ma in verità lo stesso è a dirsi per la disciplina in tema di emissione di prestito obbligazionario, la quale si concretizzerebbe in norme di azione, piuttosto che di relazione, poiché, come notato da M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società per azioni*, cit., p. 224 s. (con riferimento alla disciplina previgente, ma con argomentazione ancor oggi del tutto spendibile), se il limite all'emissione delle obbligazioni (in precedenza, capitale versato ed esistente; oggi, *ex* art. 2412 c.c., il doppio del capitale sottoscritto, della riserva legale e delle riserve disponibili) «*opera come strumento di controllo delle forme di finanziamento si ammette altresì che beneficiari di codesto controllo non sono solo gli obbligazionisti*». Sicché, individuata la *ratio* della disposizione nell'intento del legislatore di non far gravare sugli obbligazionisti un rischio maggiore (diremmo oggi, "sproporzionato") rispetto a quello sopportato dagli stessi azionisti, così prevenendo il pericolo che si incorra in una non oculata gestione dell'impresa (come accade quando ci si trovi a speculare con capitale altrui), l'A. afferma che, in quanto «*diretta ad impedire il verificarsi di una situazione di pericolo per una corretta gestione dell'impresa*», «*la disposizione si muove in una prospettiva finalizzata a tutelare, sia pure in occasione della particolare operazione disciplinata, non solo gli interessi degli obbligazionisti bensì gli interessi di tutti quei soggetti che risultano coinvolti dalla gestione dell'impresa (e quindi anche i terzi creditori non obbligazionisti)*».

406 Cfr. A. MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, cit., p. 516 ss.; L. STANGHELLINI, *Director's duties and the optimal timing of insolvency. A reassessment of the "recapitalize or liquidate" rule*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, diretto da P. Benazzo-M. Cera-S. Patriarca, Torino, 2011, p. 761 ss.; M. MIOLA, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 237 ss., spec. p. 294; G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 605 ss., spec. p. 609 ss.; F. BRIOLINI, *Verso una nuova disciplina delle distribuzioni del netto?*, cit., pp. 66 e 87.

407 In dottrina si è parlato al proposito di *balance sheet insolvency* in relazione allo sbilancio patrimoniale, il quale non coincide con lo stato di insolvenza. Cfr. M. MIOLA, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1199 ss., spec. p. 1205; ID., La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive, cit., p. 243 s.

408 In questo senso cfr., in particolare, M. CASTELLANO, intervento nell'ambito del seminario "*Organizzazione sociale e patologia dell'impresa*", "*Colloqui baresi di diritto commerciale*", Bari il 17 novembre 2014; ma anche G. FIGÀ-TALAMANCA, *Bilanci e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Milano, 1997, p. 160 s.; G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., p. 108 ss.; ID., *La parabola del capitale sociale nella s.r.l. (dall'«importancia cuasi-sacramental» al ruolo di «ferro vecchio»)*, 2015, p. 815 ss., spec. p. 827.

409 Cfr. in tal senso anche G. GIANNELLI, *Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, «corretto» finanziamento della società e tutela dei creditori*, cit., p. 492.

È noto il dibattito che in dottrina ha visto contrapposti coloro che propugnano l'abbandono dell'istituto del capitale sociale, poiché strumento inefficiente rispetto al fine perseguito e chi, invece, ne invoca la persistente efficacia. La sollecitazione ad abbandonare l'istituto del capitale sociale deriva da quanto accaduto nel sistema statunitense a seguito dell'introduzione, a far data dal 1° gennaio 2012, del *Revised Model*

Ed infatti, ancora una volta richiamando quanto già scritto a suo tempo circa l'idoneità espansiva dei principi desumibili dal sistema delle regole sul patrimonio delle società[410], si potrebbe dire che essi, fungendo da limite alla discrezionalità gestoria, rappresentino meri indici di un più ampio principio generale volto ad impedire, a chiunque ne abbia il potere, di distribuire[411]

Business Corporation Act, il quale ha previsto, per la distribuzione di valori ai soci, la preventiva predisposizione di un *balance sheet test* e di un *liquidity test* (sui quali cfr. in particolare B. MANNING-J.J. HANKS JR., *Legal capital*, Westbury NY, 1990, p. 5 ss.; J.J. HANKS JR., *Legal capital and the Model Business Corporation Act: an essay for Bayless Manning*, in *Law & Contemp. Probs.*, 2011, p. 211 ss.), oltre che dal diffondersi in ambito comunitario della prospettiva di una concorrenza tra ordinamenti (il riferimento è soprattutto alle *Limited liability companies* di diritto inglese), incentivata dalle note sentenze della Corte di Giustizia (Corte Giust. CE, 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros Ltd v. Erhverrvs-og Selskabsstyrelsen*, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 317 ss., con nota di S. FORTUNATO; Corte Giust. CE, 5 novembre 2002, C-208/00, *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 305 ss., con nota di G. COLANGELO; Corte Giust. CE, 30 settembre 2003, C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd*, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 24 ss., con nota di G. COLANGELO) riguardanti i casi *Centros*, *Überseering* ed *Inspire Art*.

A livello comunitario, sono da segnalare gli interventi dell'*High Level Group of Comapny Law Experts*, il quale aveva, nel suo *Report of the High Level Group of Comapny Law Experts on a modern regulatory framework for Company Law in Europe*, Bruxelles, 2002, consultabile sul sito *http://ec.europa.eu*, suggerito di adottare il c.d. approccio SLIM-*plus*, consistente nella modifica della disciplina comunitaria sul capitale (seconda direttiva) semplificandola e rendendola più agile, concedendo inoltre ai legislatori nazionali la scelta di adottare un regime alternativo, in sostituzione di quello attualmente previsto, basato su di un *solvency test*, a sua volta articolato in un *balance sheet test* ed in un *liquidity test*, ed auspicando l'introduzione di norme di responsabilità degli amministratori analoghe a quelle del *wrongful trading*; di particolare rilievo sono anche l'*Action Plan* formulato il 23 maggio 2003 dalla Commissione europea (*Action Plan on modernising Company Law and enhancing corporate governance in the European Union*, Bruxelles, 2003, COM(2003), consultabile sul sito *http:// eur-lex.europa.eu*), il quale recepisce le indicazioni del *report* dell'*High Level Group*, ed il rapporto della KPMG (*Feasibility study on capital maintenance – Main report, January 2008*, *http://ec.europa.eu)*, il quale, invece, conclude a favore del mantenimento del sistema del capitale sociale.

Per un'attenta ricostruzione del dibattito cfr. M. MIOLA, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, cit., p. 1213 ss.; ID., *Legal capital and Limited companies: the European perspective*, in *ECFR*, 2005, p. 413 ss.; ID., *Capitale sociale e tecniche di tutela dei creditori*, cit., p. 363 ss.; ID., *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, cit., p. 237 ss.; P.O. MÜLBERT, *A synthetic view of different concepts of creditor protection, or: a high-level framework for corporate creditor protection*, cit.; A. SCHALL, *Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz. Grund und Grenzen der Haftungsbeschränkung nach Kapitaldebatte, MoMiG und Trihotel*, München, 2009, p. 37 ss.; G. STRAMPELLI, *Distribuzioni ai soci e tutela dei creditori. L'effetto degli IAS/IFRS*, Torino, 2009, p. 144 ss.; E. GINEVRA, *Oltre il capitale sociale? Spunti per la ripresa del dibattito sulla riforma della struttura finanziaria delle società di capitali*, cit., p. 3 ss.

410 Cfr. *supra* Sezione 1.

411 Cfr. F. BRIOLINI, *Verso una nuova disciplina delle distribuzioni del netto?*, cit., p. 64 ss., il quale osserva come, quando si discorra del tema in analisi, il termini "distribuzioni" vada inteso in senso atecnico, indicando «*tutte le vicende le quali si caratterizzino per il duplice dell'"uscita" dal patrimonio sociale di risorse e dal loro*

valori ai soci, ove ciò si risolva in un riversamento del rischio d'impresa sui creditori[412].

Pare allora congruo ritenere che il meccanismo della postergazione, operando quale condizione sospensiva dell'esigibilità del credito del socio, ne permetta comunque il rimborso, ma solo ove sia venuta meno "la condizione di sottocapitalizzazione" di cui all'art. 2467, co. 2, c.c.[413].

Ed infatti, se, come più volte ribadito, dal sistema sembra emergere un dovere per gli amministratori di gestire l'impresa societaria in maniera efficiente, ciò implica che essi dovranno sempre essere in grado di «*riconoscere tempestivamente i segnali di crisi, ponendosi così nelle condizioni di adottare i rimedi più adatti in relazione alle circostanze del caso, a seconda, cioè, del livello di gravità riscontrato*»[414]. L'ordinamento avrebbe così predisposto un meccanismo a "tutela crescente" e via via più rigida quanto più ci si avvicini all'insolvenza, sì da garantire all'organo amministrativo un margine di discrezionalità tanto meno ampio quanto più prossima sia la situazione irreversibile di dissesto, limitata perciò da confini oggettivi a tutela dei diritti dei creditori e dei terzi in generale[415].

E allora, se con riferimento al momento in cui la società sia in fase di

---

"ingresso" nel patrimonio dei singoli soci: e ciò al di fuori di una normale procedura di liquidazione – vale a dire, prima dell'avvio del procedimento nel cui contesto la priorità delle ragioni creditorie su quelle dei soci emerge con chiarezza dall'art. 2491 c.c., e con riguardo al quale il codice discorre, per l'unica volta, di «distribuzione» a proposito dell'«attivo» – con conseguente affiorare di una «tensione antinomica» fra i soci, che di tali distribuzioni siano beneficiari, e altri stakeholders dell'impresa costituita in forma di società, in primo luogo i creditori, cioè quanti da esse possano invece patire un pregiudizio».

412 Cfr. F. VESSIA, *La responsabilità per la gestione nelle società di persone*, cit., p. 72 ss.

413 Così anche G.B. PORTALE, *I «finanziamenti» dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 676; F. VASSALLI, *Sottocapitalizzazione della società e finanziamenti dei soci*, cit., p. 268; M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 100 ss.; G. PRESTI, *sub Art. 2467*, cit., p. 118 s.; M. BIONE, *Note sparse in tema di finanziamento dei soci e apporti di patrimonio*, cit., p. 34 ss.; G. GUERRIERI, *I finanziamenti dei soci*, cit., pp. 76 ss. e 91 ss.; M. CAMPOBASSO, *sub Art. 2467*, cit., p. 252 s.; ID., *Finanziamento del socio*, cit., p. 441 ss., il quale osserva come la sospensione dell'esigibilità non dipenda dal preventivo pagamento dei creditori esterni e venga meno qualora cessi lo squilibrio patrimoniale. In tal senso cfr. anche G. FERRI JR., *In tema di postergazione legale*, cit., p. 974; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., p. 107; G. STRAMPELLI, *Distribuzioni ai soci e tutela dei creditori. L'effetto degli IAS/IFRS*, cit., p. 57 s.; N. ABRIANI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, cit., p. 330 ss.; G. BALP, *I finanziamenti dei soci soggetti a postergazione*, cit., p. 1266 ss.

Contra, cfr. gli Autori già citati *supra* alla nt. 374.

414 F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, cit., p. 73.

415 Così ancora cfr. F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, *op. ult. cit.*, p. 73, il quale prosegue osservando come «*ne consegue che l'articolazione dei doveri degli amministratori in situazioni di crisi dovrà contenere un sufficiente tasso di elasticità, sì da consentire anche in caso di insolvenza l'effettuazione delle scelte di risanamento, assieme ad un mergine di rigidità progressivamente crescente, costituito dalla più volte ricordata esigenza di tutela*».

liquidazione, volontaria o concorsuale, o abbiano comunque trovato applicazione gli artt. 182-*quater*, co. 3, e 182-*quinquies*, co. 1-3, l. fall., è del tutto ragionevole ritenere che, intanto il finanziamento postergato potrà essere rimborsato, in quanto siano stati soddisfatti tutti gli altri creditori non soci le cui ragioni siano sorte in precedenza rispetto ai momenti caso per caso rilevanti per l'applicazione delle predette discipline[416], ovvero siano state accantonate le somme per provvedervi[417], probabilmente così non è in relazione alle fattispecie riconducibili all'ambito applicativo dell'art. 2467

[416] Quanto scritto nel testo trova conferma, sul piano sistematico, nelle differenze strutturali tra il *test* da eseguire in virtù dell'art. 2467 c.c. e quello *ex* art. 182-*quater*, co. 2, l. fall. per l'ipotesi di riconoscimento della prededucibilità ai finanziamenti erogati dal socio in funzione della presentazione della domanda di ammissione a concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione. In entrambi i casi la legge impone una valutazione di mercato, ma nella prima impone l'assunzione del punto di vista del creditore potenziale, nella seconda quella dei creditori attuali, di coloro cioè che subiscono il rischio di un insuccesso del tentativo di risanamento, confrontando il valore ricavabile all'esito della procedura concorsuale con quello ricavabile dalle alternative concretamente praticabili e, cioè, dall'immediata liquidazione fallimentare (art. 180, co. 4, l. fall.). Una tale valutazione non avrebbe senso di essere richiesta per l'ipotesi disciplinata dall'art. 182-*quater*, co. 1, l. fall., dal momento che il giudice avrà già valutato, in sede di omologazione, la natura del finanziamento, e la valutazione "di mercato" sarà surrogata dall'approvazione della maggioranza dei creditori terzi.

[417] Così M. IRRERA, *La nuova disciplina dei «prestiti» dei soci alla società*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2003, p. 143; D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, cit., p. 201; F. TASSINARI, *Il finanziamento della società mediante mezzi diversi dal conferimento*, cit., p. 130, il quale ritiene che il divieto di rimborso in capo agli amministratori operi, sotto sanzione della loro responsabilità (oltre che del socio medesimo, in presenza dei presupposti di cui all'art. 2476, co. 7, c.c.), anche «*nell'ipotesi in cui la società, nel momento della restituzione, abbia riacquistato il proprio equilibrio finanziario e sia quindi in condizione, in quel momento, di attingere ai normali canali di erogazione del credito*»; D. SCANO, *I finanziamenti dei soci*, in *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, a cura di F. Farina-C. Ibba-G. Racugno-A. Serra, Milano, 2004, p. 377 ss., secondo cui il finanziamento può, e deve, essere rimborsato anche prima della liquidazione della società «*qualora ricorrano, cumulativamente, le seguenti due condizioni: - l'originario eccessivo squilibrio tra l'indebitamento e il patrimonio netto sia venuto meno, - i debiti esigibili siano stati soddisfatti o sussistano sufficienti mezzi finanziari perché lo possano essere*»; M. BIONE, *Note sparse in tema di finanziamento dei soci e apporti di patrimonio*, cit., p. 35, secondo cui, ove i soci titolari di crediti postergati non prestino idonee garanzie (ai sensi dell'art. 2491 c.c.), il rimborso dei prestiti da essi erogati non potrebbe avvenire se non procedendo ad accantonamenti, non risultando sufficiente, *durante societate*, dimostrare che dai bilanci risulti possibile il rimborso senza pregiudicare l'integrale e la tempestiva soddisfazione degli altri creditori; G. GUERRIERI, *I finanziamenti dei soci*, cit., p. 76 ss., il quale, dopo aver espressamente aderito alla tesi per cui sia possibile il rimborso dei finanziamenti postergati anche prima che siano stati soddisfatte tutte le altre obbligazioni sociali, scadute e non scadute, dando rilievo alla situazione patrimoniale e finanziaria della società, sostiene che «*è dunque ipotizzabile che gli amministratori, per procedere al rimborso, debbano seguire il procedimento previsto dall'art. 2491 c.c., applicato in via analogica, o debbano comunque assicurarsi, sulla base dei principi ivi dettati, che la società si trovi in una situazione patrimoniale e finanziaria tale da consentire, in ogni caso, la tempestiva e integrale soddisfazione degli altri creditori; in mancanza, dovranno richiedere ai soci, beneficiari del rimborso, idonee garanzie*».

c.c.

Quando sia venuto meno il rischio per i creditori sociali di una dispersione di valori cagionata dalla prosecuzione di un'attività strutturalmente in perdita e la società, ormai risanata, sia in grado di finanziarsi normalmente sul mercato[418], una definitiva "conversione" del prestito anomalo in posta del patrimonio netto della società debitrice, comportando l'estinzione del diritto al rimborso, porrebbe il socio finanziatore in una condizione deteriore[419] rispetto a quella assunta da chi ha sin dall'inizio prescelto il modello negoziale della subordinazione, accettando consapevolmente il rischio di una riallocazione del proprio diritto nell'ordine concorsuale dopo i crediti non subordinati, e rendendo nella sostanza il mutuo difficilmente distinguibile dal modello, ben diverso, di un prestito munito di clausola di automatica o forzosa convertibilità in azioni (o quote) della società debitrice al verificarsi di eventi rivelatori di una grave crisi finanziaria[420].

---

418 Così M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 101 s.

419 Osserva M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 104, nt. 68, come «*subordinando la restituzione del finanziamento al preventivo soddisfacimento di tutti i creditori esterni o all'accantonamento delle somme all'uopo necessarie, si individuerebbe un regime addirittura più rigoroso di quello operante per la riduzione volontaria del capitale, la cui esecuzione può essere autorizzata dal tribunale, nonostante l'opposizione dei creditori, qualora la società presti "idonea garanzia" (cfr. artt. 2445, ult. co. e 2481, ult. co., c.c.)*» laddove – riprendendo il pensiero di R. NOBILI-M.S. SPOLIDORO, *La riduzione del capitale*, cit., p. 279 – «*l'idoneità della garanzia deve essere valutata con riferimento ai crediti dei soli opponenti e non a tutta la massa passiva della società*». E dunque, è «*da escludere che la restituzione dei prestiti subordinati alla scadenza sia soggetta ad un procedimento analogo a quello previsto dall'art. 2445*» (così M.S. SPOLIDORO, *Capitale sociale*, cit., p. 204) ed anzi, secondo un Autore – ma la posizione appare troppo radicale – una volta superata la crisi, andrebbero neppure osservate le disposizioni sulla riduzione del capitale sociale (cfr. P. ULMER, in *GmbHG*, diretto da M. Hachenburg, § 32a, Rdn. 176).

Aderiscono alle osservazioni appena svolte anche M. BIONE, *Note sparse in tema di finanziamento dei soci e apporti di patrimonio*, cit., p. 35 e G. GUERRIERI, *I finanziamenti dei soci*, cit., p. 76.

420 Cfr. M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 102. Prosegue l'A. affermando che «*la tesi secondo cui il rimborso del finanziamento eseguito dal socio sarebbe subordinato "al preventivo pagamento dei creditori sociali od all'accantonamento delle somme all'uopo necessarie" sembra arrestarsi alla "portata* meramente descrittiva*" dell'art. 2467, comma 1, c.c., mentre l'essenza della postergazione legale, al pari di quella convenzionale, risiede nel "subordinare la restituzione dell'apporto finanziario,* verificandosi determinate fattispecie*, al preventivo soddisfacimento degli altri creditori del beneficiario del prestito. In sostanza, il rischio è quello di registrare come presupposto della postergazione – con procedimento chiaramente circolare – ciò che ne costituisce l'effetto tipico (e cioè l'obbligo di attendere il preventivo soddisfacimento degli altri creditori), omettendo invece di individuare l'accadimento che sta alla base della subordinazione e che potrà rintracciarsi, di volta in volta, e a seconda della tesi prescelta, nell'apertura di una procedura di liquidazione concorsuale o anche volontaria oppure, ancor prima e nel corso della gestione della società, nella persistenza di una situazione di crisi finanziaria o di sbilancio patrimoniale*».

La prospettata soluzione, oltre a risultare incongrua rispetto al sistema, dal momento che, scoraggiando il finanziamento da parte dei soci, si porrebbe in contrasto con l'atteggiamento legislativo anche di favore – a seconda del contesto in cui vengano erogati – nei confronti dei "prestiti soci", potrebbe essere agevolmente superata attraverso un aumento del capitale con conseguente riduzione e, ove i creditori non si oppongano (come è difficile che sia, dato che il presupposto dal quale si è partiti è che vi sia stato un recupero dell'equilibrio patrimoniale-finanziario), distribuzione dei valori ai soci. Per di più, essendo la categoria dei creditori destinata a «*mutare incessantemente, in ragione della dinamicità dell'attività d'impresa*»[421], una completa soddisfazione dell'intero ceto creditorio[422] è a rigore prospettabile solo al termine di una vicenda, come si diceva, di carattere liquidatorio[423].

Come in parte si accennava in relazione ai gruppi di società, tali principi andranno pertanto letti, a loro volta, in combinato disposto con gli artt.

421 A. BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, cit., p. 394.

422 La postergazione deve, ad avviso di chi scrive, ritenersi efficace rispetto alla generalità degli "altri" creditori (non soci), anche futuri, poiché altrimenti si ammetterebbe l'operatività del divieto di trasferire il rischio all'esterno solo nei confronti di determinati creditori, il che appare soluzione incongrua.

Il punto è, in altre parole, di evitare che il socio finanziatore si sottragga al rischio d'impresa, e non quello di individuare quali creditori debbano di esso farsi carico.

Cfr. in tal senso, ma con argomentazioni diverse, M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 132 ss.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 469 s.

423 Prosegue M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 104, osservando come «*l'effetto di postergazione, invero, si giustifica per la situazione di sbilancio patrimoniale o di squilibrio finanziario della società, superato il quale cessa ogni ragione di equiparazione funzionale tra vicende, quella del finanziamento e quella dell'apporto, che aderiscono a schemi formali ben distinti; gli "altri" creditori, del resto, non possono dolersi di nulla posto che il patrimonio della società debitrice ha recuperato piena capacità solutoria (ciò che* […] *costituisce scopo precipuo della disciplina in esame*».

2357[424], 2358[425], 2445, 2446[426], 2447-*ter*, co. 1, lett. *c*)[427], 2482[428], 2433-

[424] Cfr. M.S. SPOLIDORO, *Capitale sociale*, cit., p. 233 s.; G. STRAMPELLI, *Distribuzioni ai soci e tutela dei creditori. L'effetto degli IAS/IFRS*, cit., p. 157; N. ABRIANI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, cit., p. 340 s.; L. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., p. 38 s.

[425] La disposizione in parola prevede che l'assistenza finanziaria alla società per l'acquisizione di azioni proprie debba essere preventivamente autorizzata dall'assemblea straordinaria e, soprattutto, accompagnata da una relazione dell'organo gestorio sulla liquidità e solidità della medesima società. Gli amministratori, dunque, dovranno predisporre una relazione che illustri, sotto il profilo giuridico ed economico, l'operazione, descrivendone le condizioni, evidenziandone le ragioni e gli obiettivi imprenditoriali che la giustificano, lo specifico interesse che l'operazione presenta per la società e – ciò che più interessa – i rischi che essa comporta per la liquidità e la solvibilità della società ed indicando il presso al quale il terzo acquisirà le azioni.

È di tutta evidenza come, in questo, come negli altri casi citati nel testo, la tutela dei creditori non risieda unicamente nel capitale sociale, già di per sé "debole" data la presenza di azioni proprie, quanto piuttosto in *standard* e prassi applicative di carattere finanziario, ispirate ai principi di corretta amministrazione. Cfr. in tal senso le osservazioni di E. CIVERRA, *Il finanziamento delle società di capitali*, Milano, 2013, p. 70.

[426] Cfr. M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società per azioni*, cit., p. 94 s., il quale, partendo dalla constatazione per cui la *ratio* dell'art. 2446 c.c., nella parte in cui prevede che gli amministratori debbano convocare l'assemblea perché adotti gli opportuni provvedimenti, sia da ricondurre al più ampio dovere di diligenza, vero e proprio cardine del bacino assiologico cui attinge il sistema delle figure di sostituzione dell'agire, traccia un parallelismo con la norma in materia di diligenza del mandatario (art. 1710 c.c.), disposizione che impone l'obbligo in capo a quest'ultimo «*di rendere note al mandante le circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o la modificazione del mandato*».

Dal combinato disposto degli artt. 2446 e 1710 c.c. (ma in vero, secondo N. DE LUCA, *Riduzione del capitale ed interessi protetti. Un'analisi comparatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 559 ss., spec. p. 596, nt. 117, anche dei più generali principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione dell'incarico gestorio) sarebbe possibile ricavare un limite alla discrezionalità degli amministratori, i quali – sempre secondo l'A. di cui si dice (p. 95, nt. 135) – saranno obbligati ad informare i soci anche nel caso, non disciplinato dal legislatore, in cui le perdite siano inferiori al terzo del capitale (dimensione quantitativa), ma tali da poter comunque incidere sull'assetto patrimoniale della società – potremmo dire oggi, sulla sua continuità aziendale – (dimensione qualitativa delle perdite).

Mettendo a sistema gli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., è possibile inferire l'operare implicito di un meccanismo presuntivo basato su quanto appena esposto, il quale ha portato il legislatore, adottando un approccio tipologico, ad approntare quale rimedio congruo rispetto all'abuso perpetrato la postergazione del rimborso, senza però escludere ulteriori forme di responsabilità.

[427] Il quale richiede che l'istituzione di un patrimonio destinato ad uno specifico affare sia accompagnata da un piano economico-finanziario da cui risulti la congruità del patrimonio rispetto alle obbligazioni che saranno contratti per la realizzazione dell'affare. Osserva G. GIANNELLI, *Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, «corretto» finanziamento della società e tutela dei creditori*, cit., p. 498 come «*la tutela dei creditori del patrimonio destinato è legata alla congruità del patrimonio rispetto all'affare, congruità che deve essere intesa non come rigida equivalenza di mezzi allocati dalla società rispetto all'impegno richiesto dalla realizzazione dell'affare, quanto dal punto di vista di una tendenziale corrispondenza, sotto il profilo patrimoniale e finanziario, ma sempre in una logica di (futuro) esercizio dell'attività (settoriale)*

bis[429], 2486, 2491, co. 2[430], 2501-*bis*[431], 2503[432], i quali sarebbero espressione di un generale principio di "ragionevolezza economica dell'operazione"[433] e dai quali tutti si ricava che la tutela dei creditori non risiede unicamente nella disciplina del capitale, ma anche, in una visuale prospettica, nella capacità

---

dell'impresa e cioè in una logica di proiezione, sul piano della (programmata) attività di impresa; e prova ne sia che la congruità deve risultare non già da una situazione patrimoniale al momento della costituzione del patrimonio, quanto da un business plan *e cioè da una proiezione, rapportata alla durata dell'affare, dei mezzi necessari e degli impegni; in una logica cioè non solo patrimoniale ma anche – e direi soprattutto – finanziaria*».

428 Cfr. sulle cc.dd. riduzioni non per perdite nella prospettiva che qui interessa M.S. SPOLIDORO, *Capitale sociale*, cit., p. 233 s.; G. STRAMPELLI, *Distribuzioni ai soci e tutela dei creditori. L'effetto degli IAS/IFRS*, cit., p. 157; ID., *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, cit., p. 646; N. DE LUCA, *Riduzione del capitale ed interessi protetti. Un'analisi comparatistica*, cit., p. 607 s.; V. CALANDRA BUONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in *Società, banche e crisi d'impresa.* Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, 3, Torino, 2014, p. 2593 ss., spec. p. 2596 s.; F. NIEDDU ARRICA, *La rilevanza dell'equilibrio finanziario nelle opposizioni dei creditori alle riduzioni del capitale sociale*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 1358 ss., ma spec. p. 1376 ss.

429 Cfr. M.S. SPOLIDORO, *Il capitale sociale*, in *Il diritto delle società per azioni. Problemi, esperienze, progetti*, a cura di P. Abbadessa e A. Rojo, Milano, 1993, p. 59 ss., spec. p. 84 ss.; M. DI RIENZO, *La disciplina degli acconti sui dividendi: dall'adeguamento alla Seconda direttiva CEE al Testo unico del mercato finanziario*, in *Studi in onore di Luca Buttaro*, vol. I, *Società**, Milano, 2002, p. 213 ss., spec. p. 253; G. STRAMPELLI, *Distribuzioni ai soci e tutela dei creditori. L'effetto degli IAS/IFRS*, cit., p. 157; N. ABRIANI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, cit., p. 341; M. MIOLA, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, cit., p. 280 s.

430 Ai sensi del quale i liquidatori, mercé una loro responsabilità personale e solidale nei confronti dei creditori, non possono ripartire tra i soci acconti sul risultato della liquidazione a meno che non abbiano contezza che dai bilanci non risulti che la distribuzione dei medesimi possa incidere sulle risorse necessarie all'integrale e tempestiva soddisfazione dei creditori della società; i liquidatori dovranno, infatti, in tale ipotesi, effettuare una valutazione prospettica del tutto assimilabile, sembrerebbe, a quella richiesta dall'art. 2467 c.c.

431 Il quale, è vero che prevede, in caso di fusione con indebitamento (*merger leveraged buy out*), che il patrimonio della società di cui si è acquisito il controllo debba costituire garanzia a fronte dei debiti contratti per tale acquisto, ma l'elemento caratterizzante è l'attenzione alle risorse finanziarie coinvolte dall'operazione. È infatti necessaria, al fine del completamento del *MLBO*, la predisposizione di un progetto che indichi le risorse finanziarie per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla medesima, oltre che di una relazione contenente un piano economico e finanziario con indicazione, in particolare, delle risorse finanziarie che s'intendono utilizzare.

432 Nella parte in cui rimette la tutela dei creditori nei confronti di operazioni di fusione alternativamente *i*) all'espressione del loro consenso; *ii*) al pagamento di coloro che non hanno acconsentito (ovvero al deposito della una corrispondente somma presso una banca); *iii*) ciò che qui più interessa: ad una relazione con la quale una società di revisione asseveri, sotto la propria responsabilità, che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione renda non necessarie garanzie a tutela dei suddetti creditori. Tale norma è richiamata, altresì, in tema di scissione dall'art. 2506-*ter*, co. 5, c.c.

433 Cfr. P. MONTALENTI, *Operazioni straordinarie e* business purpose *tra diritto interno e profili comparatistici*, cit.

patrimoniale e finanziaria della società. Tra le norme richiamate, particolare rilievo riveste l'art. 2491 c.c., il quale prescrive che, nel corso della fase di liquidazione, sia possibile distribuire ai soci acconti sul ricavato (parziale) di operazioni tese, principalmente, alla soddisfazione dei *fixed claimants*, non tanto nel rispetto del limite imposto dal vincolo di capitale, quanto piuttosto di quello legato all'esistenza di posizioni creditorie non soddisfatte ed alla necessità di subordinare la restituzione degli apporti ai soci ad un *test* di solvibilità della società (c.d. *equity solvency test*)[434]. *Test* di solvibilità che non va inteso in termini di capienza dei valori rappresentati dagli *assets* patrimoniali, quanto come valutazione anche prospettica della possibilità di realizzo di flussi di cassa derivanti dalla dismissione dei cespiti aziendali (ma

[434] Un esame comparatistico permette di inferire come la precipua funzione del *solvency test* sia quella di ampliare al massimo le distribuzioni "permesse" del patrimonio netto, di modo da consentire la conservazione della solvibilità della società; esso rappresenta, dunque, un limite minimo di conservazione della liquidità medesima e, conseguentemente, del mantenimento dell'equilibrio patrimoniale e finanziario.

Cfr. A.R. PALMITER, *Corporations. Examples and explanations*, New York, 2003, p. 523 ss.; F. EWANG, *Regulating share capital transactions and creditor protection: a multi-faceted model*, in *Australian Journal of Corporation Law*, 2007, p. 4 ss.; M. MIOLA, *Capitale sociale e tecniche di tutela dei creditori*, cit., p. 363 ss.; ID., *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, cit., p. 260 ss.; P. SANTANELLA-R. TURINI, *Capital maintenance in the EU: is the Second Company Law Directive really that restrictive?*, in *EBOR*, 2008, p. 499 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Legalismo e tutela dei diritti:* leveraged buy out *e* leveraged cash out *nel diritto delle società*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 1035 ss., spec. p. 1046 ss.; N. ABRIANI, *Il capitale sociale dopo la «nuova» seconda direttiva e il d.lg. 4 agosto 2008, n. 142: sulla c.d. «semplificazione» della disciplina dei conferimenti in natura, dell'acquisto di azioni proprie e del divieto di assistenza finanziaria*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, p. 227 ss.; ID., *Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, cit., p. 342; G. STRAMPELLI, *Distribuzioni ai soci e tutela dei creditori. L'effetto degli IAS/IFRS*, cit., pp. 53 ss. e 91 ss., il quale evidenzia come l'art. 2491 c.c., essendo norma dettata per disciplinare il concorso fra i creditori e i soci e, dunque, fra soggetti che hanno il diritto di concorrere sul patrimonio sociale secondo un preciso ordine di graduazione, ed essendo espressione di principi generali dell'ordinamento giuridico, abbia quale scopo quello di consentire la soddisfazione di coloro che si trovino nella posizione di *residual claimants* anche nell'eventualità in cui i titolari di pretese destinate ad essere soddisfatte in via prioritaria non siano ancora stati (interamente) pagati; J.J. HANKS JR., *Legal capital and the Model Business Corporation Act: an essay for Bayless Manning*, in *Law & Contemp. Probs.*, 2011, p. 211 ss.; G. GIANNELLI, *Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, «corretto» finanziamento della società e tutela dei creditori*, cit., p. 490, nt. 36.

Il *liquidity test*, è, invece, costituito da un *solvency statement* redatto dagli amministratori, in base al quale si attesta che la società, una volta distribuiti valori afferenti al patrimonio (e dunque anche a seguito del rimborso del finanziamento), sia comunque in grado di pagare i propri debiti in scadenza (compresi anche quelli potenziali) entro i dodici mesi successivi, e tenendo conto della consistenza prevedibile del patrimonio attivo al netto di operazioni straordinarie, nonché di mantenere di non far venir meno la continuità aziendale avuto riguardo ai piani gestionali ed alle risorse finanziarie prospettate. Tale *test*, dunque, consente, attraverso il confronto dei flussi di cassa in entrata e in uscita alle rispettive scadenze, di valutare la persistenza dell'equilibrio finanziario, offrendo una migliore informazione sulla solvibilità societaria. Cfr. M. MIOLA, *ivi*, p. 261 ss.

non solo), cioè per l'appunto secondo una valutazione ancora una volta patrimoniale ma soprattutto finanziaria[435].

Una lettura sistematica dell'art. 2467 c.c. sollecita, in vero, la sensazione che la valutazione da essa richiesta non investa il livello di adeguata capitalizzazione della società ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale, né incida sulla libertà dispositiva dei soci in ordine alla struttura del patrimonio netto e alla definizione di una "corretta" relazione tra le diverse voci di riserva, da un lato, ed il capitale, dall'altro. Probabilmente essa concerne, invece, la capacità prospettica della società, pur privata delle disponibilità corrispondenti al finanziamento, di far fronte alle proprie obbligazioni alle rispettive scadenze, di generare cioè in futuro flussi finanziari sufficienti a permettere l'integrale soddisfacimento degli "altri" creditori[436].

È probabile dunque che l'introduzione della società a responsabilità limitata con capitale pari a un euro non abbia fatto che rafforzare, data l'opzione per il mantenimento dell'istituto del capitale – e così del sistema del netto, di cui il capitale sociale è elemento cardine –, l'idea per cui la tutela dei creditori nei confronti delle conseguenze derivanti dall'ingresso della società in uno stato di insolvenza, non vada ricercata direttamente nel sistema del capitale, quanto piuttosto nell'esigenza che, all'avvicinarsi dello stato di dissesto, tale sistema riduca il rischio di comportamenti opportunistici[437] impedendo il compimento di operazioni dissipatorie e fungendo, in ultima istanza, da parametro di condotta per i gestori, per gli organi di controllo nonché per i medesimi soci[438].

Sicché, allo strumento della postergazione verrà ad affiancarsi quello della responsabilità gestoria.

3.3. *Il metodo tipologico quale parametro per l'individuazione dell'ambito operativo della disciplina sui finanziamenti soci.*

Quanto sin qui detto trova ancora una volta conferma, ad avviso di chi

---

435 In altri ordinamenti è stato autorevolmente sostenuto che sia addirittura possibile distribuire valori afferenti al patrimonio della società anche in presenza di perdite o a fronte di un valore negativo del patrimonio netto, a condizione che gli amministratori attestino la ragionevole emersione di utili in futuro, così applicando il *solvency test* a *cash flows* il cui realizzo si dovrebbe verificare anche a distanza di un cospicuo lasso temporale. Cfr. B. MANNING-J.J. HANKS JR., *Legal capital*, cit., p. 182 ss.; J.J. HANKS JR., *Legal capital and the Model Business Corporation Act: an essay for Bayless Manning*, cit., p. 211 ss.

436 Cfr. M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 106; G. GIANNELLI, *Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, «corretto» finanziamento della società e tutela dei creditori*, cit., p. 498 s.

437 Cfr. F. DENOZZA, *A che serve il capitale? (Piccole glosse a L. ENRIQUES-J.R. MACEY, Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules)*, cit., p. 597 s.; P.O. MÜLBERT, *A synthetic view of different concepts of creditor protection, or: a high-level framework for corporate creditor protection*, cit., p. 383 ss.

438 Spunti in tal senso in M. MIOLA, *Capitale sociale e tecniche di tutela dei creditori*, cit., p. 437 e in L. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., p. 145.

scrive, oltre che nelle norme poco sopra richiamate, anche nella disciplina apprestata dalla legge fallimentare per i finanziamenti concessi dai soci alla società in esecuzione o in occasione di (e dunque anche in funzione dell'accesso ad) una procedura di concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti (artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l. fall.). Nell'ambito di tali procedure, la gestione della crisi viene a godere del crisma di una ragionevolezza "rafforzata" in virtù, tanto dei paletti imposti dal legislatore soprattutto in punto di pianificazione economico-finanziaria, quanto dell'apprezzamento giudiziale circa l'idoneità della nuova finanza ad incrementare le possibilità di soddisfacimento dei creditori; e ciò è tanto più vero ove si consideri non solo la previsione di una deroga al disposto degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. ma, vieppiù, l'introduzione, anche in presenza di fattispecie analoghe, di una disciplina di favore, qual è la prededuzione[439].

In questa prospettiva, si tratta allora di leggere le norme in tema di finanziamento soci in un'ottica teleologico-efficientistica[440], in modo cioè da

---

[439] Si consideri difatti che la deroga e la disciplina di favore di cui si è detto nel testo sono destinate a produrre i propri effetti solo ove si acceda al concordato preventivo o ad accordi di ristrutturazione dei debiti, cosicché, nell'ipotesi in cui lo stato di dissesto sia qualificabile come stato di crisi ai sensi dell'art. 160 l. fall. e gli amministratori (artt. 161, co. 4 e 152, co. 2, lett. *b*), l. fall.) non si siano attivati per l'accesso alle predette procedure concorsuali, dovranno essere applicati rimedi diversi a fronte di fattispecie analoghe. La predisposizione di un piano, e dunque la "ragionevole" programmazione dell'attività tesa al recupero (o alla conservazione, anche solo temporanea) della prospettiva della continuità aziendale, sarà idonea a fungere da *discrimen* per l'applicazione di una disciplina promozionale e, anzi, del passaggio da una disciplina in cui il rimborso del prestito viene postergato rispetto al soddisfacimento dei creditori esterni, ad una in cui, al contrario, il finanziamento da parte del socio, in una medesima condizione di crisi, viene addirittura incentivato con la della prededucibilità.

Non si può sul punto concordare con M. MAUGERI, *Sottocapitalizzazione della s.r.l. e "ragionevolezza" del finanziamento soci*, cit., p. 181-182, ove afferma che «*l'ordinamento italiano reagisce, in vero, con la sanzione societaria della postergazione, ove l'impresa abbia ancora un valore di liquidazione positivo, pur nello squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto che la caratterizza, sicché i creditori si troverebbero a sopportare in via esclusiva il rischio di insuccesso di un tentativo di salvataggio* unilateralmente *deciso dai soci; e reagisce invece con il* beneficio concorsuale della prededuzione *in presenza dello «stato di crisi» di cui agli artt. 160 e 182*-bis *l. fall., ove cioè il valore potenzialmente ricavabile da una liquidazione concorsuale dell'impresa sia inferiore all'ammontare complessivo delle pretese dei creditori esterni, sicché questi ultimi trarrebbero senz'altro beneficio da una preventiva riorganizzazione dell'impresa finanziata (anche) dai soci*». Non si può concordare, si diceva, poiché non è affatto detto che la società che versi in stato di crisi debba necessariamente accedere ad una delle due procedure concorsuali nell'ambito delle quali il beneficio della prededuzione viene concesso; è anzi ben possibile che i finanziamenti vengano concessi quando la società versi in uno stato di crisi senza che però sia stata aperta una procedura concorsuale.

Così, sebbene rimanga inconfutata l'argomentazione sino a quel punto condotta dall'A., sembra più opportuno non ancorare l'applicazione della disciplina congrua rispetto alla fattispecie dello stato di crisi "iniziale", o l'altra congrua rispetto ad uno stato di crisi "avanzata", ad un dato formale, quanto piuttosto rimetterne la valutazione caso per caso al Tribunale.

[440] E si è parlato al proposito di *delay* o di *haste effect*, l'uno rappresentando fenomeno

non scoraggiare tentativi di risanamento efficienti ma, al contempo, in maniera tale da non permettere che tentativi di risanamento inutilmente distruttivi di ricchezza riversino i propri effetti sui creditori[441].

La cennata esigenza ha condotto gli interpreti a seguire un "approccio tipologico"[442] nell'applicazione degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., ossia «*ad adottare un criterio di ragionevolezza, con il quale si tenga conto della situazione della società e la si confronti con i comportamenti che nel mercato sarebbe* […] *ragionevole attendersi*»[443], così da distinguere se la causa del

speculare ed inverso rispetto all'altro. Secondo R. MOKAL, *An agency cost analysis of the wrongful trading previsions, perverse incentives and the creditors' bergain*, in *Cambridge Law Journal*, 2000, 59, p. 26 ss., l'avvicinarsi della crisi, come già si diceva in precedenza, crea dei *perverse incentives* non solo per i soci, ma anche per gli amministratori, i quali potrebbero essere indotti a ritardare l'emersione della crisi e, quindi, il ricorso a procedure concorsuali, al fine di evitare di subire le conseguenti sanzioni (azioni di responsabilità o anche solo sostituzione); al contrario, l'*haste effect* consiste nell'affrettare eccessivamente la liquidazione di una compagine sociale produttiva e nella quale persista una prospettiva di continuità aziendale.

441 Cfr. M. MAUGERI, *Sottocapitalizzazione della s.r.l. e "ragionevolezza" del finanziamento soci*, cit., p. 172.

442 Per la distinzione tra metodo tipologico e metodo concettuale cfr. P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., p. 20 ss.; M. SCIUTO-P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, cit., p. 81 ss. In estrema sintesi, si potrebbe dire che, a differenza del metodo concettuale, ove il comune denominatore dei fenomeni che s'intendono regolare è individuato da una pluralità di elementi a tal fine necessari e sufficienti, il metodo tipologico, muovendo da una definizione dei confini di un "tipo normativo" – ossia di un archetipo socio-economico che il legislatore ha avuto presente nel dettare una determinata disciplina –, si risolve in un modello empirico e sociale che rileva come esemplare più rappresentativo della categoria, sì che l'appartenenza ad esso si misura in termini di maggiore o minore approssimazione del singolo fenomeno concreto a tale esemplare.

Cfr. anche G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 460; C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 491, nt. 102; G.B. PORTALE, *Capitale sociale e ragionevolezza nelle società di capitali*, cit., p. 66 s.

443 Cfr. nuovamente al riguardo il § 11 della Relazione ministeriale di accompagnamento alla riforma del diritto societario.

Secondo E. FAZZUTI, *sub Art. 2467*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 49, «*il legislatore intende penalizzare i prestiti "sostitutivi" dei conferimenti e non possono considerarsi tali i prestiti non gratuiti ancorché effettuati dai soci stessi*» (sulla qualificazione dell'atto di disposizione come gratuito o oneroso, v. in generale R. SACCHI, *La prova della gratuità od onerosità dell'atto compiuto dall'insolvente*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 155 ss.), ma tale impostazione non sembra condivisibile in quanto gli artt. 2467 e 2497-*quinquies* fanno espresso riferimento ai «*finanziamenti dei soci a favore della società*», dando rilievo esclusivo al diritto del socio al rimborso e non, invece, al loro carattere, oneroso o meno che sia. Ed infatti, a fronte della portata generale della disciplina in esame, risulterebbe del tutto incongrua la soluzione di assoggettare al rimedio della postergazione i soli prestiti gratuiti e non invece quelli onerosi concessi in presenza dei medesimi presupposti applicativi previsti dall'art. 2467, co. 2, c.c.

A conferma della prospettiva qui adottata si può richiamare il Principio OIC n. 28 sul patrimonio netto, per il quale cfr. quanto detto in precedenza alla nt. 7 e quanto affermato da G. PRESTI, *sub Art. 2467*, cit., p. 112, il quale osserva che la relazione ministeriale non ha valore precettivo e che «*gli spunti in essa contenuti non trovano riscontro nell'art. 2467 che* […] *per catalogare i finanziamenti dei soci come "anomali" si limita a richiedere la sussistenza dei requisiti di cui al 2° co.*».

finanziamento sia da rinvenire, su un piano oggettivo, nel rapporto sociale e non in un generico rapporto di credito[444], a prescindere dall'intento perseguito dal socio[445].

Si tratterebbe, in altre parole, di costruire uno *standard* sociale di comportamento relativo ad un terzo finanziatore (*indipendent creditor*, *wirtschaftlich vernünftig denkenden außenstehenden Kretidtgeber*), valutando se nel caso concreto sarebbe stato ragionevole attendersi che egli avrebbe finanziato la società[446]. Se così non fosse, gli amministratori sarebbero incentivati – per il tramite, come si diceva, dei meccanismi predisposti dalla legge fallimentare – a ricostituire l'equilibrio patrimoniale tra mezzi propri ed indebitamento ricorrendo a procedure concorsuali (spetta loro la relativa competenza decisionale in virtù del combinato disposto degli

---

Cfr. però *contra* Trib. Milano, 24 aprile 2007, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, p. 611, il quale, nel richiamare la Relazione ministeriale, sottolinea come questa indichi all'interprete di adottare «*un criterio di ragionevolezza con il quale si tenga conto della situazione della società al tempo del finanziamento e la si confronti con i comportamenti che nel mercato sarebbe ragionevole aspettarsi*».

444 A tal fine rileva la proposta di chi invita a porsi nell'ottica del socio (piuttosto che della società), così focalizzando l'attenzione sulla dimensione quantitativa del finanziamento ed osservando come tanto più essa si avvicini alla misura della partecipazione del socio-finanziatore alla complessiva esposizione debitoria della società oltre che alla partecipazione sociale detenuta, tanto più risulta elevata la probabilità che la propensione al rischio riveniente dalla posizione di socio sia temperata o addirittura neutralizzata dall'avversione al rischio che usualmente caratterizza la situazione di interesse di un creditore. Cfr. così M. MAUGERI, *I finanziamenti anomali "endogruppo"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, I, p. 726 ss., spec. p. 747; ID., *Sottocapitalizzazione della s.r.l. e "ragionevolezza" del finanziamento soci*, cit., p. 179 ss.

445 Cfr. C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, *Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 60, il quale osserva che, anche alla luce della disciplina in tema di bilancio che richiede, all'art. 2424 c.c., l'indicazione dei «*debiti verso soci per finanziamenti*», e all'art. 2427, n. 19-*bis*, c.c. la specificazione nella nota integrativa di quelli «*con clausola di postergazione rispetto agli altri creditori*», l'intento del socio assume rilievo nel caso in cui, non ricorrendo i presupposti dell'art. 2467, co. 2, c.c., questi assoggetti comunque il proprio finanziamento al rischio d'impresa, tramite, ad esempio, versamenti in conto capitale o in conto futuro aumento di capitale; M. CAMPOBASSO, *sub Art. 2467*, cit., p. 240, il quale precisa che ricercare la causa del finanziamento non vuol dire «*indagare se, nell'animo del socio al momento della concessione del prestito, albergasse amore per la società oppure spirito speculativo di finanziatore*», ma valutare se la ragione del finanziamento del socio risieda nel rapporto sociale, poiché in una simile situazione un terzo non avrebbe concesso credito alla società; ritiene poi G. BALP, *sub Art. 2467*, cit., p. 288, che la postergazione non dipende dall'effettiva conoscenza da parte del socio della «*situazione finanziaria discriminante*», né dallo «*scopo specifico perseguito con l'erogazione*».

446 Così cfr. C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, *Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 59.

Cfr. anche M. CAMPOBASSO, *sub Art. 2467*, cit., p. 240 s.; ID., *Finanziamento del socio*, cit., p. 441 ss., il quale, proprio in considerazione del fatto che il terzo finanziatore per concedere un prestito a società sovraindebitate pretenderebbe condizioni particolari, sostiene che il criterio della ragionevolezza dovrebbe essere interpretato nel senso di verificare se un terzo disinteressato ed informato avrebbe concesso credito alla società alle normali condizioni di mercato e, possibilmente, in assenza di garanzie; in caso contrario, il credito del socio dovrebbe essere postergato.

artt. 161, co. 4 e 152, co. 2, lett. *b*), l. fall.), ovvero ponendo in liquidazione la società o modificandone la struttura, onde non incorrere in responsabilità per non essersi tempestivamente attivati affinché la stessa si doti di un piano di risanamento idoneo a permetterle di superare la crisi o comunque a non ledere gli interessi, in prima istanza, dei creditori.

Quanto sin qui detto porta ad inferire che i presupposti richiesti dall'art. 2467, co. 2, c.c. per la postergazione vadano letti quali regole di condotta imposte ai soci e agli amministratori che, in una situazione di squilibrio patrimoniale della società[447], abbiano, i primi, incrementato l'indebitamento effettuando prestiti anziché conferimenti, di fatto traslando il rischio d'impresa sui creditori; i secondi, impiegato le risorse fornite dai primi proseguendo l'attività d'impresa in una normale prospettiva di continuità aziendale e non, invece, in prospettiva conservativa, come imposto dai doveri di corretta gestione societaria ed imprenditoriale[448].

Quanto alla posizione dei soci-finanziatori, l'art. 2467 c.c. non distingue a seconda che essi siano o meno soci cc.dd. "imprenditori", sicché si potrebbe dire che l'ordinamento faccia ricadere su qualsiasi consociato l'onere di condurre un preventivo accertamento sull'equilibrio patrimoniale, economico e finanziario della società e che, ove si configuri uno squilibrio rilevante ai sensi del secondo comma, si debba presumere che tale condizione sia da esso conosciuta o comunque conoscibile, in virtù dei particolari diritti di informazione e controllo posseduti in quanto socio[449]. Il che sembrerebbe esser dimostrato dall'art. 2483, co. 2, c.c.[450], e appare congruo rispetto al

---

447 In dottrina si è posto il problema di quale sia il momento da prendere in considerazione per l'applicazione della disciplina in analisi.

448 Tale idea sembra già trasparire dalle pagine di C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, *Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 59. Cfr. poi A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., p. 839 ss.; L. STANGHELLINI, *Director's duties and the optimal timing of insolvency. A reassessment of the "recapitalize or liquidate" rule*, cit., p. 731 ss.

449 Così cfr. M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., pp. 214 ss.; M. BIONE, *Note sparse in tema di finanziamento dei soci e apporti di patrimonio*, cit., p. 23 ss.; M. CAMPOBASSO, *sub Art. 2467*, cit., pp. 243-244.

Secondo alcuni autori, però, l'art. 2467 c.c. sarebbe inapplicabile per finanziamenti anomali erogati da soci di minoranza di s.r.l. monade privi di un effettivo potere di influenza imprenditoriale e con una partecipazione ai risultati inidonea a rendere il finanziamento strumentale al perseguimento di un interesse partecipativo rilevante. Così cfr. G. TERRANOVA, *sub Art. 2467 c.c.*, cit., p. 1477; G. BALP, *I finanziamenti dei soci «sostitutivi» del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, cit., pp. 406-407; EAD., *Questioni in tema di postergazione ex artt. 2467 e 2497-quinquies c.c.*, cit., p. 248 ss.

Si pone soltanto il problema, ma senza risolverlo, C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, *Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 63 s.

450 L'art. 2483, co. 2, c.c. prevede, difatti, che la garanzia di cui gli investitori professionali alienanti un titolo di debito sono *ex lege* onerati non opera se l'acquirente sia un socio della s.r.l. che ha emesso il titolo. Dal momento che una simile deroga non è prevista in relazione ai soci di s.p.a. per obbligazioni emesse in eccedenza rispetto al limite indicato dall'art. 2412 c.c. e sottoscritte da investitori professionali, si può

generale principio di autoresponsabilità sancito dall'art. 2740 c.c., oltre che alla funzione anti-abusiva[451] assolta dalla norma in commento, la quale rimette l'onere probatorio circa la non ricorrenza dei presupposti indicati dall'art. 2467, co. 2, c.c. su chi voglia dimostrare che il prestito non abbia ad essere postergato (e quindi ai soci al momento in cui chiedano il rimborso, ovvero agli amministratori nel momento in cui venga esercitata azione di responsabilità nei loro confronti da parte dei creditori per aver rimborsato il finanziamento).

È vero, poi, che la disposizione in analisi fa espresso riferimento al tempo in cui venga erogato il finanziamento, sicché gli amministratori, nel valutare se sia possibile rimborsare i soci una volta che il credito diventi esigibile, dovranno considerare solo quel particolare momento[452]; ma sembra congruo ritenere che il meccanismo della postergazione debba operare anche con riferimento alla situazione economico-finanziaria presente alla data del rimborso[453]. S'intende dire che dal sistema sembrerebbe emergere un obbligo

---

desumere che il sistema ricolleghi la postergazione ai poteri di controllo. Cfr. N. ABRIANI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, cit., p. 325; M. BIONE, *Note sparse in tema di finanziamento dei soci e apporti di patrimonio*, cit., p. 24 s.; N. BACCETTI, *Postergazione dei finanziamenti e tipi sociali*, cit., p. 822 ss.

451 E di abuso dell'autonomia privata parla M.S. SPOLIDORO, *La parziale liberalizzazione della disciplina del capitale*, in *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia 13-14 novembre 2015*, Milano, 2016, p. 205 ss.

452 Altra fattispecie è poi quella del prestito che non venga rimborsato nonostante il finanziamento sia scaduto: sembra che la soluzione da preferire sia che anch'esso vada postergato. Sufficientemente concordi sono gli scrittori nel sostenere che la "riqualificazione", fuori dalle procedure "collettive", non necessariamente abbia il carattere della definitività poiché i «*crediti che in presenza di insolvenza o di Kreditunwürdigkeit sono stati erogati alla società o sono stati alla medesima lasciati [nel caso di "*Stehenlassen*"], sono automaticamente liberati [entsperrt], se lo scopo [Zweck] agli stessi connesso è stato durevolmente [nachhaltig] raggiunto: la società, dunque, non è più insolvente, né soprindebitata [überschuldet], o non meritevole di credito [Kreditunwürdig]. I crediti possono senz'altro essere rimborsati ai soci e ridiventano realizzabili le garanzie ad essi concessi dalla società*». Ma con l'avvertenza che il verificarsi di una nuova crisi comporterebbe, ancora una volta, la riqualificazione dei crediti già scaduti e non riscossi. Gli stessi principi sono anche adottati, tenuti presenti "*Sinn und Zweck*" dell'istituto, nei casi (rari) di chiusura di una procedura collettiva con un residuo di attività: pure in queste ipotesi cessa la "postergazione" dei crediti sostitutivi (essendo soddisfatti *tutti* i creditori sociali, *compresi quelli assoggettati a postergazione pattizia*), di modo che - se la società viene liquidata - i soci creditori devono essere rimborsati prima della ripartizione del restante patrimonio tra *tutti* i soci. Le citazioni sono tratte da G.B. PORTALE, *I «finanziamenti» dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 676 s., ma cfr. anche M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 223 ss.

453 La prospettata soluzione sembra trovare conforto nella constatazione per cui, ritenendo di dover prendere in considerazione anche la data del rimborso per l'applicazione della postergazione, si potrebbe risolvere l'ulteriore problema della applicabilità di tale regola ai finanziamenti erogati nella fase costitutiva della società, momento nel quale non è corretto parlare di "squilibrio patrimoniale, economico o finanziario", ma, tutt'al più, di sottocapitalizzazione.

diretto nei confronti dei creditori per l'organo gestorio, il quale, prima di effettuare il rimborso ai soci, e quindi prima di distribuire loro valori destinati – seppur a titolo di finanziamento – allo svolgimento dell'attività d'impresa, dovrà effettuare dei *test* di solvibilità e liquidità[454] al fine di valutare se la distribuzione possa compromettere le prospettive di continuità aziendale della società, oltre che la possibilità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni[455].

È in tale ottica possibile risolvere il problema della responsabilità dell'amministratore il quale, trovandosi tra "l'incudine" dell'esigibilità del rimborso e "il martello" della sottrazione di valori alla società, debba contemperare l'interesse del socio-finanziatore alla restituzione con quello dei creditori a non vedere alterate le prospettive economico-finanziarie dell'ente societario[456]; così, ove egli ritenga di non poter distogliere quei valori dall'attività d'impresa, sarà esonerato da responsabilità nei confronti del socio che abbia diritto al rimborso[457].

Bisogna anzitutto notare come la legge, allo stato attuale, permetta la costituzione di società dotate di capitale pari ad un euro, sicché, come osservato da M. MAUGERI, *Sottocapitalizzazione della s.r.l. e "ragionevolezza" del finanziamento soci*, cit., p. 183 ss., «*la questione non può essere risolta impostando il discorso intorno all'esistenza o meno di un obbligo dei soci di dotare la società di un capitale adeguato al tipo di attività che essi intendono esercitare, anche se non si può fare a meno di osservare, dinanzi alla "nuova" s.r.l. con capitale pari a un euro, che la eventuale applicazione dell'art. 2467 c.c. ai finanziamenti inizialmente (e inevitabilmente) erogati dai soci imporrebbe all'interprete di spiegare un assetto normativo in forza del quale il legislatore, dopo aver espressamente legittimato la sottocapitalizzazione nominale della società, l'avrebbe poi contrastata con la postergazione dei finanziamenti*».

Sicché, ferme le considerazioni prospettate appena *infra* nel testo, anche il rimborso dei crediti derivanti da finanziamenti concessi al momento in cui sia stata costituita una società potrà ritenersi soggetto a postergazione, dato che, come detto, non sarà l'atto di destinazione a configurarsi come abusivo, quanto piuttosto la funzione attribuita a quei valori sul piano organizzativo.

454 Vedi quanto scritto *supra* alla nt. 434.

455 Cfr. N. ABRIANI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, cit., p. 330 ss., il quale ritiene che gli amministratori abbiano il dovere di effettuare un *test* di solvibilità per vagliare la sostenibilità del rimborso alla luce dell'esposizione della società verso gli altri creditori e delle relative scadenze.

456 Ed infatti, l'amministratore, ove non esegua un'indagine accurata sulla situazione economico-finanziaria della società, potrà incorrere in tre diversi tipi di responsabilità: *i*) per non aver accertato la natura postergata del finanziamento e per non averne dato informazione in bilancio; *ii*) per non aver effettuato le valutazioni sull'impatto finanziario dell'eventuale rimborso (a prescindere dall'anomalia dello stesso) richiesto dal socio; *iii*) per non aver informato i "soci-non imprenditori" dell'avvenuto finanziamento da parte del socio in un momento in cui sia acclarato che non vi siano possibilità di risanamento della società e il medesimo avrebbe potuto favorire un aggravio del dissesto e così del rischio in capo a soci disinformati, i quali rimarranno veri *residual claimants*, dato che i soci che abbiano concesso il finanziamento concorreranno con i creditori, per l'ammontare del rimborso, nel riparto dell'attivo.

Cfr. sul punto R. CALDERAZZI, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 256.

457 Tale discorso si pone in linea di continuità con il problema attinente alla

Non si ignora, in definitiva, che la soluzione qui accolta, traslando sul piano della responsabilità gestoria quanto il legislatore avrebbe inteso disciplinare tramite le regole sulle forme del netto, potrebbe essere contraddetta da argomenti che individuino in tali norme la disciplina dei valori apportati in società a titolo diverso dal conferimento[458]. Il riferimento è agli artt. 2430 e 2431 c.c., i quali attengono, rispettivamente, alla formazione della riserva legale ed alla "disponibilità" (sebbene la norma parli in vero di "distribuzione") della riserva da sovrapprezzo azioni. Ove si aderisca alla tesi – ad avviso di chi scrive condivisibile – della indisponibilità della riserva legale per l'aumento di capitale gratuito (artt. 2442 e 2481-*ter* c.c.)[459], poiché altrimenti valori che nell'intenzione del legislatore dovrebbero rimanere in società potrebbero, invece, essere distribuiti a seguito di successiva riduzione del capitale *ex* artt. 2445 e 2482 c.c., si dovrà ritenere che anche la riserva da sovrapprezzo azioni non possa a tal fine essere utilizzata, almeno finché la riserva legale non sia completamente formata. Ciò potrebbe sortire ripercussioni anche in punto di indistribuibilità di valori accantonati a riserve "targate" (da versamenti in conto capitale, in conto aumento capitale, in conto futuro aumento di capitale) che però qui non possono essere indagate *funditus*[460]. Interessa invece considerare, sul piano teleologico[461], che, a seguito dell'introduzione della possibilità di costituire

discrezionalità degli amministratori circa l'esecuzione della delibera di riduzione reale del capitale sociale. Secondo N. DE LUCA, *Riduzione del capitale ed interessi protetti. Un'analisi comparatistica*, cit., p. 607 s.; V. CALANDRA BUONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, cit., p. 2597, nonostante l'omessa opposizione dei creditori, gli amministratori sono comunque tenuti – in una prospettiva di tutela degli stessi – a non eseguire la delibera potenzialmente lesiva delle ragioni di questi ultimi.

458 Si veda quanto detto *supra* alle ntt. 400 ss. e nel testo corrispondente.

459 Tale tesi trova oggi conforto nel combinato disposto degli artt. 2442, il quale dispone che l'assemblea (straordinaria) possa decidere l'aumento di capitale imputando a capitale le riserve e «*gli altri fondi iscritti in bilancio in quanto disponibili*», e 2412 c.c., il quale, in tema di limiti all'emissione di obbligazioni, espressamente distingue la riserva legale dalle riserve disponibili. Ma cfr. prima della riforma M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società per azioni*, cit., *passim*, ma spec. p. 264 ss., il quale argomenta tale soluzione in base alla diversa funzione, anche contabile, svolta da capitale sociale e riserva legale.

460 Cfr. da ultima G. BALP, *I finanziamenti dei soci soggetti a postergazione*, cit., p. 1295 ss.

461 Era proprio su tale piano che M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società per azioni*, cit., *passim*, ma spec. p. 249 ss., individuava, prima della riforma e, quindi, anche prima dell'introduzione della s.r.l. a capitale un euro, la distinzione tra capitale e riserve. Scrive l'A. che l'assunto per cui «*la distinzione tra capitale e riserve in ragione dei diversi ruoli che sono chiamati a svolgere in ordine alla produzione dell'attività sociale, consente di riprendere l'ordine di idee secondo cui "la riserva, nella sua concezione legale, non è che un patrimonio, o pezzo di patrimonio di scopo", che ritrova quindi nell'atto di costituzione delle riserve la natura di atto di destinazione di valori patrimoniali ad uno scopo*» va parzialmente corretto e modificato. Infatti, «*se il riferimento alla "destinazione allo scopo" rende l'idea della natura teleologica dell'atto che presiede alla costituzione di capitale e di riserve, natura, questa, coerente a quanto si è venuto fin qui dicendo, pur tuttavia non appare idoneo a comprendere la vicenda* de qua *nelle sue specifiche componenti. L'atto di destinazione,*

s.r.l. con capitale pari a un euro, ci si potrebbe trovare nella situazione in cui, non essendovi altri valori oltre la riserva legale e da sovrapprezzo azioni, e oltre al credito derivante dai finanziamenti dei soci, tollerando il sistema l'imputazione della riserva legale, e dunque, anche, si deve ipotizzare, di quella da sovrapprezzo azioni, a capitale sociale (art. 2463, co. 5, c.c.), così da permetterne inoltre, secondo alcuni autori[462], la distribuibilità a seguito di riduzione reale del capitale, la garanzia patrimoniale per i creditori si appunti proprio sui finanziamenti dei soci. Adottando una prospettiva *ex ante* e aderendo alla tesi che vuole applicabile il rimedio della postergazione ai soli finanziamenti erogati in un momento in cui la società versava in stato di squilibrio, si avverte come le *rules* riguardanti le forme del netto non siano

infatti, ha un valore "puntuale" che non è capace di esprimere quel ruolo di "dover essere" rispetto all'attività che […] *è invece una caratteristica del modo d'essere di riserve e capitale. In altri termini, l'atto di destinazione esaurisce i suoi effetti nella destinazione appunto, e sta fuori del valore dell'atto poi il comportamento successivo all'atto di destinazione; non è così* […] *in tema di costituzione di riserve e capitale, ché qui il valore dell'atto che costituisce capitale e riserve, pur essendo valutabile in via autonoma, direttamente riguarda il comportamento successivo (divenire); è valore cioè che* […] *concerne direttamente il controllo e il governo del divenire*».

462 Si esprimono a favore della possibilità di ridurre il capitale sociale al di sotto del valore di diecimila euro e fino ad un euro, oltre al Consiglio Nazionale del Notariato, *Studio d'Impresa n. 892-2013/I*, § 3.3.1 (consultabile al link http://www.notariato.it/sites/default/files/892-13-i.pdf), G. FERRI JR., *La società a responsabilità limitata semplificata e la società a responsabilità limitata a capitale ridotto. Prime osservazioni*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, 2, *Società: amministrazione, scioglimento, gruppi, s.r.l., cooperative*, Torino, 2014, p. 1727 ss., spec. p. 1743; E. MACRÌ, *La s.r.l. semplificata e la s.r.l. con capitale inferiore al minimo legale: le recenti novità normative*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, 2, *Società: amministrazione, scioglimento, gruppi, s.r.l., cooperative*, Torino, 2014, p. 1797 ss., spec. p. 1818; G.A. RESCIO, *Le s.r.l. con capitale ridotto (semplificate e non semplificate)*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, 2, *Società: amministrazione, scioglimento, gruppi, s.r.l., cooperative*, Torino, 2014, p. 1869 ss., spec. p. 1891. Nel senso, inoltre, di ritenere possibile la riduzione del capitale purché la somma della riserva legale e del capitale legale rimanga pari a diecimila euro cfr. Cons. not. Milano, *Massima n. 143/2015*.

Tuttavia, si ritiene che la soluzione contraria si lasci preferire non solo sul piano sistematico, ma anche in base al dato letterale: l'art. 2482 c.c., infatti, impone quale limite alla riduzione quello previsto dal n. 4) dell'art. 2463 c.c., ossia diecimila euro. V'è però da dire, in vero, che il disposto normativo non è stato modificato a seguito dell'introduzione della s.r.l. a capitale un euro, sicché ci si potrebbe trovare di fronte ad una mera mancanza di coordinamento. Per l'impossibilità di ridurre il capitale al di sotto dei diecimila euro si pronunciano anche M.S. SPOLIDORO, *Una società a responsabilità da tre soldi (o da un euro?)*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 1085 ss., spec. pp. 1111-1112; M. RESCIGNO, *La società a responsabilità limitata a capitale ridotto e semplificata*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, 2, *Società: amministrazione, scioglimento, gruppi, s.r.l., cooperative*, Torino, 2014, p. 1841 ss., spec. p. 1859 ss.

affatto sufficienti a garantire un'adeguata tutela ai creditori, in quanto gli amministratori sarebbero costretti, per non incorrere in responsabilità, a rimborsare i finanziamenti ai soci al momento della loro scadenza. È probabilmente ragionevole ipotizzare, al contrario, che la disciplina sulla postergazione, se letta nel sistema delle norme anti-abuso, sia tesa proprio a reprimere tali condotte, ponendo i creditori in una condizione poziore rispetto a quella dei soci-finanziatori e permettendo inoltre di affiancare a tale strumento quello della responsabilità gestoria.

In altre parole, sembra che l'odierno assetto del sistema delle forme del netto, in una prospettiva "organizzativa"[463], e dunque nella sua funzione programmatica e ordinante[464], sia, da un lato, caratterizzato da una più ampia autonomia concessa agli operatori, dall'altro, però, limitato nel "divenire" dei valori che ne fanno parte per il tramite di vincoli imposti sul suo "dover essere" e, dunque, direttamente sulla destinazione di tali valori. In altre parole – e per spiegarsi meglio –, la disciplina dell'art. 2467 c.c. incide non sull'atto di destinazione, quanto piuttosto sul dover essere dei valori destinati nel loro divenire, in quanto, cioè, organizzati.

Sembra corretto, allora, se così è, ritenere legittima, sul piano dell'atto di destinazione, la "direttiva"[465] impartita dai soci agli amministratori di qualificare i valori apportati come "finanziamenti soci", salvo poi a verificare, sul piano dell'organizzazione, e dunque del divenire di quei valori una volta assunto rilievo organizzativo, che tale atto non possa in potenza sortire l'effetto di traslare il rischio d'impresa sui creditori, così rimettendo all'organo gestorio il dovere di controllare che ciò non accada.

Accanto alle *rules* predisposte dagli artt. 2446, 2447, 2482-*bis*, 2482-*ter* c.c. sembra porsi in parallelo uno *standard* il quale, affinché l'attività d'impresa possa proseguire anche a seguito dell'emergere di una situazione in cui sia messa a repentaglio la prospettiva del *going concern* (come ad esempio nel caso in cui la società si trovi in stato di squilibrio economico-finanziario), impone agli amministratori il dovere di improntare la propria condotta al principio di corretta gestione e di lealtà nei confronti dei creditori, a prescindere dal verificarsi di perdite superiori al terzo del capitale sociale o che abbiano portato il patrimonio ad un valore inferiore rispetto al valore minimo di capitale richiesto dalla legge.

Essendo fuori dubbio, di conseguenza, che il sistema riconosca il ricorso alla leva finanziaria (e cioè all'indebitamento) come strumento fisiologico per lo svolgimento dell'attività d'impresa (dimostrazione ne siano l'espresso riconoscimento del *leveraged buy out*, *ex* art. 2501-*bis* c.c., e la s.r.l. con capitale pari ad un euro), sul presupposto però che il "*quantum*" degli oneri

---

463 Cfr., sul problema del significato da attribuire all'elemento della "organizzazione", M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società per azioni*, cit., p. 250 ss.

464 Cfr. M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società per azioni*, *op. ult. cit.*, p. 258.

465 Intesa nel senso in cui la intende M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società per azioni*, *op. ult. cit.*, p. 249 ss.

finanziari vada commisurato alla programmata remunerativà dell'attività, è agevole constatare come sia proprio nel ricorso alla "programmazione" – e non necessariamente a quella connaturata nelle procedure concorsuali, ma a programmi la cui incisività vada di volta in volta commisurata allo stato di dissesto in cui versa la società – che è in via interpretativa possibile concretizzare i doveri di corretta amministrazione e di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. Non sarebbe un fuor d'opera aggiungere allo *slogan* "*ripristina l'equilibrio finanziario o liquida*", riferito da un Autore[466] ai doveri incombenti sugli amministratori di società in stato di dissesto, che intanto si potrà perseguire il ripristino dell'equilibrio, in quanto si siano scelti strumenti congrui al fine; e il giudizio di congruità andrà calibrato su base programmatica.

Quanto detto sollecita riflessioni di carattere sistematico sul rimedio della postergazione. Ed infatti, ponendosi l'abuso perpetrato sul piano dell'organizzazione dei valori, rimedio congruo non poteva che essere uno strumento anch'esso operante su tale piano, con ciò non escludendosi la possibilità di esperire azione risarcitoria nei confronti di chi quei valori avrebbe dovuto correttamente organizzare e, dunque, gestire.

3.4. *L'applicazione della disciplina sul finanziamento soci alla s.p.a. monade.*

Aver fatto chiarezza sui presupposti applicativi della disciplina dei finanziamenti soci nella s.r.l. e nei gruppi di società, permette ora di passare a trattare il problema della sua applicabilità alla s.p.a.[467].

---

[466] Il riferimento è a M. MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, cit., p. 1112 ss.

[467] Si esprimono in senso favorevole all'applicazione della disciplina sulla postergazione, seguendo itinerari argomentativi spesso diversi e dei quali si darà conto nelle pagine che seguono, A. NIGRO, *La società a responsabilità limitata nel nuovo diritto societario: profili generali*, cit., pp. 20-21; G.B. PORTALE, *I «finanziamenti» dei soci nelle società di capitali*, cit., pp. 669-670, 681; ID., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., pp. 150-151, nota 273-bis; M. RESCIGNO, *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, cit., p. 54; ID., *Problemi aperti in tema di s.r.l.: i finanziamenti dei soci, la responsabilità*, in *Soc*., 2005, p. 15 ss.; M. IRRERA, *sub Art. 2467*, cit., p. 1796 ss.; G. TERRANOVA, *sub Art. 2467 c.c.*, cit., p. 1474 ss.; M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 231 ss.; ID., *Dalla struttura alla funzione della disciplina sul finanziamento dei soci*, cit., p. 144 ss.; V. SALAFIA, *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, cit., pp. 1084-1085; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, *Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 56 ss.; ID., *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 487 ss.; L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, in *Soc*., 2006, p. 174 ss., spec. pp. 181-182; G. BALP, *I finanziamenti dei soci «sostitutivi» del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, cit., p. 387 ss.; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., p. 118-120; U. TOMBARI, *"Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 563; N. BACCETTI, *Creditori extracontrattuali, patrimoni destinati e gruppi di società*, Milano, 2009, p. 633 ss.; ID., *Postergazione dei finanziamenti e tipi sociali*, cit., p. 830 ss.; ID., *Metodo tipologico e sottocapitalizzazione nominale nelle società azioni indipendenti*, cit., p. 855 ss.; N. ABRIANI, *Finanziamenti*

«anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata, cit., p. 325 ss.; M. BIONE, *Note sparse in tema di finanziamento dei soci e apporti di patrimonio*, cit., p. 27 ss.; D. ARCIDIACONO, *I prestiti dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 150 ss.; R. CALDERAZZI, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 279 ss.; G. OLIVIERI, *Questioni aperte in tema di finanziamenti anomali dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 527 ss.; E. PEDERSOLI, *Sulla nozione di «finanziamento» ai fini dell'applicazione della regola della postergazione*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 1202 ss., spec. p. 1204; M. PRESTIPINO, *Diritto al rimborso e postergazione nella disciplina dei finanziamenti dei soci*, Milano, 2015, p. 171 ss.

Contra, negano l'applicabilità della regole della postergazione dei finanziamenti anomali per le s.p.a. non eterodirette, cfr. A. BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, cit., p. 398; A. IRACE, *sub Art. 2497*-quinquies, cit., p. 342; G.C.M. RIVOLTA, *La società per azioni e l'esercizio di piccole e medie imprese*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 629 ss., spec. pp. 653-654; G. DE FERRA, *La postergazione del credito del socio finanziatore*, cit., 194 ss.; P. MONTALENTI, *Il diritto societario a dieci anni dalla riforma: bilanci, prospettive, proposte di* restyling, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 1068 ss.

In giurisprudenza, nel senso dell'applicazione della postergazione anche ai finanziamenti concessi dai soci "imprenditori" di s.p.a. monadi, cfr. Trib. Pistoia, 8 (21) settembre 2008, *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, p. 191 ss., con nota di G. BALP, *Dell'applicazione dell'art. 2467 c.c. alla società per azioni*, nonché in *Riv. dir. soc.*, 2009, II, p. 562 ss., con nota di M. MAUGERI, *I finanziamenti «anomali» dell'azionista*, in cui la postergazione è stata applicata al finanziamento erogato da un socio in posizione "dominante", poi nominato liquidatore della società, nonché a quello concesso da altro socio (come concreditore solidale del primo in relazione all'anticipo delle spese per una procedura di concordato preventivo); Trib. Reggio Emilia, 23 ottobre 2008, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, p. 714 ss., con nota di S. BOATTO, *Atti funzionali al sostegno finanziario della società da parte del socio: dalla «qualificazione» alla «disciplina»*, ove, in un caso anteriore all'entrata in vigore della riforma del diritto societario, si afferma (come *obiter dictum*) che l'art. 2467 cod. civ. esprime un principio di diritto dell'impresa applicabile anche alla s.p.a. non eterodiretta; Trib. Udine, 3 marzo 2009, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, p. 225 ss., ove la postergazione è stata applicata al credito di regresso per una fideiussione concessa dal socio nell'interesse di una s.p.a. partecipata da soli tre soci, in cui il socio garante era presidente del consiglio di amministrazione, nonché soggetto a cui era riconducibile, in via diretta o indiretta, una partecipazione complessiva pari al 55%; Trib. Venezia, 8 marzo (10 febbraio) 2011, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, p. 222 ss., con nota di G. BALP, *Questioni in tema di postergazione ex artt. 2467 e 2497-quinquies c.c.*, ove la postergazione è stata applicata a un socio di s.p.a. con una partecipazione pari al 41% del capitale sociale che ha esercitato un'influenza imprenditoriale congiunta con altri 3 soci (di cui uno con una partecipazione pari al 42,73% del capitale sociale). *Contra*, per la soluzione negativa, cfr. Cass., 24 luglio 2007, n. 16393, in *Soc.*, 2009, p. 457; Trib. Milano, 25 luglio 2014, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 1313 ss., con nota di G. DOMENICHINI-M. M. PRATELLI, *Prestito obbligazionario e postergazione legale*, nonché in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, p. 155 ss., con nota di G. BALP, *Prestiti obbligazionari e finanziamenti dei soci «in qualsiasi forma effettuati»: sulle ragioni della difficoltosa convivenza delle rispettive discipline*.

Altro problema è quello della applicabilità della regola sulla postergazione ai tipi societari personalistici. Si pronunciano in senso favorevole, con riferimento ai finanziamenti effettuati dal socio accomandante di s.a.s., M. IRRERA, *La nuova disciplina dei «prestiti» dei soci alla società*, cit., p. 139 ss.; U. TOMBARI, *"Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 564. Più restrittivo, ma sempre favorevole all'applicabilità dell'art. 2467 c.c. ai tipi personalistici, l'orientamento di M. MAUGERI, *Dalla struttura alla funzione della disciplina sul finanziamento dei soci*, cit., p. 147 ss., il quale ritiene, aderendo all'orientamento invalso nel sistema tedesco, che la regola della postergazione trovi applicazione solo ove tutti i soci illimitatamente

La scelta di introdurre tale regola nei cennati *corpora* normativi potrebbe spiegarsi in considerazione della crescente importanza che il metodo della *Typuslehre*, sulla scia di quanto già accadeva altrove[468], è venuto acquisendo nel nostro ordinamento. Basti pensare, con riferimento al socio di s.r.l. – e senza considerare un modello più vicino ai tipi personalistici, come quelli in cui sia prevista, ad esempio, l'amministrazione disgiuntiva, o il caso in cui siano stati attribuiti ai soci particolari diritti *ex* art. 2468, co. 3, c.c. – ai diritti anche individualmente riconosciutigli: come il diritto, per il socio non amministratore, di ottenere notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare i libri ed i documenti relativi all'amministrazione, anche servendosi di professionisti di propria fiducia (art. 2476, co. 2, c.c.); di promuovere azione di responsabilità contro gli amministratori, eventualmente anche chiedendone la revoca (art. 2376, co. 3, c.c.), oltre che contro i soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti per essi dannosi (art. 2476, co. 7, c.c.); di impugnare le delibere invalide[469] *ex* art. 2479-*ter* c.c.[470].

In altre parole, il prototipo socio-economico tenuto a mente dal legislatore nel momento in cui ha introdotto la disciplina sui finanziamenti dei soci nell'ambito della s.r.l. è quello in cui il soggetto che effettua il finanziamento intrattenga (anche solo in astratto) un rapporto "qualificato" con la società

responsabili siano società di capitali.

468 Per una ricostruzione dell'utilizzo del metodo tipologico quale strumento interpretativo e applicativo del diritto societario nella dottrina tedesca (a partire dagli anni '70 del secolo scorso) cfr. G. ZANARONE, *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, VIII, Padova, 1985, p. 20 ss.; ID., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, cit., p. 81 ss.; ID., *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, I, Torino, 2007, p. 57 ss., spec. p. 89 ss.

469 L'art. 2479-*ter* c.c. non distingue, sul piano formale e letterale, a differenza di quanto accade invece per la s.p.a. ad opera degli artt. 2377 e 2379 c.c., tra vizi che danno origine ad annullabilità e vizi invece esitanti nella nullità delle delibere. Tuttavia, per quanto servir possa – data la specialità che caratterizza le invalidità nel diritto societario –, non si dubita che, nella sostanza, le fattispecie rientranti nei commi 1 e 2 dell'art. 2479-*ter* c.c. siano riconducibili alla prima delle due patologie, mentre quelle disciplinate dal comma 3 alla seconda. Cfr. per tutti G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, cit., p. 576 ss. Ciò che rileva ai presenti fini è che anche le delibere affette da "annullabilità" possono, nella s.r.l., essere impugnate da qualunque socio che non vi abbia consentito, anche individualmente.

470 Secondo C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, *Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 57 s.; G. TERRANOVA, *sub Art. 2467 c.c.*, cit., p. 1476, il legislatore avrebbe introdotto una sorta di meccanismo presuntivo secondo cui nella s.r.l. (e nei gruppi), in considerazione del carattere, di regola, imprenditoriale della partecipazione, i rapporti finanziari tra la società e il socio si caratterizzerebbero per una *causa societatis*, avendo il socio lo scopo di ottenere dal proprio finanziamento vantaggi ulteriori rispetto all'eventuale remunerazione del prestito. Cfr. in tal senso anche G. TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, cit., p. 799; M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 233 s.; U. TOMBARI, *"Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 563; G. BALP, *Dell'applicazione dell'art. 2467 c.c. alla società per azioni*, cit., p. 197.

finanziata[471]. Sicché, potrebbe dirsi che l'art. 2497-*quinquies* c.c. – l'ipotesi, cioè, della capogruppo che finanzi le società eterodirette o di finanziamento tra società sorelle[472] – si atteggi quale *species* del più ampio *genus* del

[471] In particolare, si può osservare come il sistema, a seguito della riforma del diritto societario del 2003, abbia dato preponderanza centrale alla figura del socio nella s.r.l., ed all'azione nella s.p.a., sicché nel primo tipo societario la partecipazione del socio potrà sempre considerarsi di carattere imprenditoriale. Cfr. gli artt. 3 e 4 della legge delega per la riforma, nonché D. SCANO, *I finanziamenti dei soci*, cit., p. 407.

[472] Non pochi dubbi solleva l'ipotesi, non disciplinata dal legislatore, dei cc.dd. finanziamenti in senso ascendente (o *up-stream*), dalla controllata alla capogruppo. Secondo F. GALGANO-G. SBISÀ, *sub Art. 2497*-quinquies, cit., p. 311 s., se la logica complessiva emergente dal sistema dei gruppi è quella di subordinare la tutela e gli interessi dei soci e dei creditori della capogruppo a quelli dei soci esterni e dei creditori delle società coordinate e dirette, la postergazione del finanziamento della controllata alla *holding* sovvertirebbe l'impostazione di fondo della disciplina, perché favorirebbe i creditori della capogruppo a danno dei creditori e dei soci esterni della controllata, sottraendole risorse finanziarie e, quindi, trasferendo il rischio di insolvenza sulla controllata. Il che significa, come notato da G. BALP, *sub Art. 2497*-quinquies, cit., p. 304, che «*la postergazione condurrebbe proprio al risultato che si è inteso evitare, di consentire ai creditori della capogruppo di vedere le risorse defluite dal patrimonio della società diretta e coordinata e attratte in via sostanzialmente definitiva a "garanzia" delle loro posizioni nei confronti della capogruppo, facendo così gravare l'instabilità finanziaria dell'ente esercente direzione unitaria sulla società diretta e coordinata a carico dei suoi creditori*». Così anche cfr. G.B. PORTALE, *I «finanziamenti» dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 672; M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 251 s.; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., p. 66 s.

Ma in senso favorevole alla postergazione cfr. M. IRRERA, *sub art. 2497*-quinquies, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti, Bologna, 2004, vol. III, p. 2214 ss., secondo il quale la mancanza apparente di una disciplina sul punto rappresenta «*una lacuna grave che potrebbe essere colmata sul piano interpretativo ritenendo che la norma in commento si applichi – in realtà – a tutte le fattispecie che vedono coinvolte le società appartenenti ad un gruppo*»; A. IRACE, *sub Art. 2497*-quinquies, cit., p. 342 s., per la quale ai finanziamenti provenienti da una società figlia si applica la disciplina dell'art. 2467 c.c. solo nel caso in cui non si riesca a dimostrare che siano stati effettuati in elusione della disciplina sul divieto di sottoscrizione reciproca di azioni e sul divieto di sottoscrizione e acquisto di azioni da parte di società controllata; l'A. sottolinea, però, che anche «*in questa limitata ipotesi* […] *l'effetto può risultare abnorme: in tal modo, viene garantita tutela agli interessi dei creditori della società controllante penalizzando altri interessi degni di tutela che sono poi quelli dei soci di minoranza e dei creditori della società versante. È indispensabile, quindi, vi siano adeguati vantaggi compensativi*»; M.S. SPOLIDORO, *La tutela dei soci di minoranza e dei creditori della holding nella nuova disciplina delle società di capitali*, cit., p. 3924; N. ABRIANI, *Finanziamenti «anomali» e postergazione: sui presupposti di applicazione dell'art. 2467*, cit., p. 1363, il quale afferma che «*ove si ravvisi la giustificazione nella "imputabilità" del finanziamento in questione alla società od ente che dirige e coordina il gruppo, sicché esso merita di essere trattato alla stessa stregua del finanziamento direttamente accordato dalla holding, andrebbe forse riconsiderata la (asserita) scelta di politica legislativa di non estendere la regola della postergazione anche ai finanziamenti erogati dalle controllate alla società che esercita l'attività di direzione e coordinamento*». Per un inquadramento dei finanziamenti *upstream* nell'ambito della gestione accentrata della tesoreria, cfr. M. MIOLA, *Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale*, cit., p. 54 ss.

"rapporto qualificato"[473], e così che, di conseguenza – essendo essa per di più norma transtipica, operante in ogni ipotesi di attività di direzione e coordinamento, a prescindere dai tipi societari coinvolti –, la disciplina della postergazione debba trovare applicazione ogni qual volta un simile rapporto ricorra, a prescindere dal tipo societario adottato[474].

La divisata soluzione trova fondamento, pertanto, non solo in un'argomentazione *a fortiori* (*rectius*, analogica) – quanto vale in astratto a maggior ragione deve valere al ricorrere delle medesime condizioni nel caso concreto –, ma anche in un'interpretazione costituzionalmente orientata dei disposti normativi, onde evitare il verificarsi di una ingiustificata disparità di trattamento per situazioni analoghe (art. 3 Cost.).

Inoltre, la soluzione dell'applicabilità analogica della disciplina in analisi

---

[473] Ritengono che la *ratio* dell'art. 2497-*quinquies* c.c. sia da ricondurre, nei gruppi, al fatto che la società o l'ente esercente attività di direzione e coordinamento inciderebbe nella gestione delle società eterodirette, G. TERRANOVA, *sub Art. 2467 c.c.*, cit., p. 1476; G. BALP, *sub Art. 2497*-quinquies, cit., p. 296; EAD., *Dell'applicazione dell'art. 2467 c.c. alla società per azioni*, cit., p. 197; A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, cit., p. 858 s.

Si veda poi sul punto il dato comparatistico fornito dagli artt. 92, n. 5 e 93, par. 2, della *Ley Concursual* spagnola (l. 9 luglio 2003, n. 22): nell'ordinamento spagnolo, la postergazione colpisce in modo automatico e generale i crediti dei soci (illimitatamente responsabili o, nell'ambito delle società di capitali, titolari di una partecipazione significativa al capitale sociale), nonché i crediti delle entità appartenenti al medesimo gruppo della società fallita, in quanto "*personas especialmente relacionadas con el concursado*", al pari anche degli amministratori della stessa società fallita. Cfr. J.J. PÉREZ BENÌTEZ, *Los créditos subordinados*, in *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, Valencia, 2015, p. 640 ss.

[474] Secondo C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, *Lezioni di diritto commerciale*, cit., pp. 58 ss., l'art. 2497-*quinquies* c.c. rappresenterebbe un frammento normativo che, a prescindere dal tipo societario utilizzato, parrebbe «*individuare una sorta di statuto del socio di controllo (almeno quando esso è portatore di altri interessi imprenditoriali)*». Il finanziamento da parte della capogruppo non si risolverebbe in un mero investimento, ma costituirebbe un momento di esercizio dell'impresa, del suo governo. Vi sarebbe, in ultima istanza, una *ratio* comune individuabile nel coinvolgimento del soggetto finanziatore nell'attività d'impresa della società finanziata.

Esclude l'applicazione analogica dell'art. 2467 c.c. alle s.p.a., «*dato che l'azionista non ha di per sé poteri di informazione e di controllo paragonabili a quelli del socio di s.r.l.*», M. CAMPOBASSO, *Finanziamento del socio*, cit., p. 441 ss., il quale ritiene, invece, applicabile analogicamente l'art. 2497-*quinquies*, «*con la conseguenza che la postergazione colpirebbe esclusivamente i finanziamenti erogati dall'azionista di controllo e, più in generale, da chi (anche persona fisica) eserciti attività di direzione e coordinamento sulla società*».

Secondo A. IRACE, *sub Art. 2497*-quinquies, cit., p. 342, è l'art. 2497-*quinquies* c.c. ad avere valenza di norma generale, ed è sempre tale norma – e non l'art. 2467 c.c. – a consentire di applicare la regola della postergazione nei casi in cui un "soggetto" (ad esempio il socio di una s.p.a. o anche un terzo che non è socio di una s.r.l.) eserciti attività di direzione e coordinamento. Interessane è, inoltre, la posizione adottata da G. TERRANOVA, *sub Art. 2467 c.c.*, cit., pp. 1476 e 1475, il quale osserva come l'art. 2497-*quinquies* c.c. potrebbe assumere valenza generale qualora venisse interpretato in modo estensivo il concetto di società sottoposte ad attività di direzione e coordinamento, al fine di includere anche «*società isolate, sottoposte ad una direzione unitaria esercitata da persone fisiche*».

alla s.p.a. autonoma sembrerebbe trovare conferma nell'art. 182-*quater* l. fall. – anch'essa, come l'art. 2497-*quinquies* c.c., norma transtipica –, e si lascerebbe preferire in quanto, rappresentando – come già si diceva – la norma dettata dall'art. 2467 c.c. un principio generale di diritto dell'impresa[475], è congruo ritenere che il rimedio della postergazione sia

[475] Cfr. G.B. PORTALE, *I «finanziamenti» dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 681, il quale sostiene, di conseguenza, l'applicabilità dell'art. 2467 c.c. a tutte le società di capitali. Nel senso della vigenza nel nostro ordinamento di un principio di corretto finanziamento della società, cfr., oltre agli Autori citati *supra* alla nt. 31, ID., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., p. 155, nt. 284; U. TOMBARI, *"Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 563; G. GIANNELLI, *Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, «corretto» finanziamento della società e tutela dei creditori*, cit., *passim*. Affermano l'applicabilità della disciplina sulla postergazione anche alla s.p.a. F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, 2003, vol. XXIX, p. 386; M. IRRERA, *La nuova disciplina dei «prestiti» dei soci alla società*, cit., p. 139 ss.

Secondo M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 233 ss., «*non il finanziamento di ogni azionista va soggetto a postergazione bensì soltanto quello che sia espressione di una determinazione "qualificata" assunta dal socio nel perseguimento di un interesse, appunto, connesso alla partecipazione sociale*». L'A. ritiene che, mentre nella società per azioni aperta l'applicazione dell'art. 2467 c.c. non sarebbe ipotizzabile poiché «*il collegamento tra partecipazione sociale e operazione di finanziamento, presupposto dell'applicabilità dell'art. 2467, si prefigura labile*», nelle società per azioni chiuse la prospettiva è diversa; in particolare, l'"interesse imprenditoriale" dell'azionista non può non essere riconosciuto «*dinanzi ad una fattispecie di influenza dominante*», dovendo, negli altri casi di s.p.a. chiusa, «*considerarsi la concreta struttura organizzativa e la "vicinanza" dei soci alla conduzione dell'impresa*». Nello stesso senso cfr. D. SCANO, *I finanziamenti dei soci*, cit., p. 406; M. STELLA RICHTER JR., *La società a responsabilità limitata. Disposizioni generali. Conferimenti. Quote*, cit., p. 287 ss.

Cfr. poi U. TOMBARI, *"Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 563 ss., il quale ritiene che il principio posto dall'art. 2467 sia applicabile anche al socio c.d. imprenditore di s.p.a. e ai soci accomandatari di s.a.p.a., dovendo invece essere effettuata un'"indagine tipologica" per i prestiti concessi dai soci accomandanti.

Propendono, invece, per l'impossibilità di estendere analogicamente l'art. 2467 c.c. alla s.p.a., A. BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, cit., p. 389 ss.; M. CAMPOBASSO, *Finanziamento del socio*, cit., p. 441 ss., ritenendo però applicabile analogicamente l'art. 2497-*quinquies* c.c., come si diceva *supra* alla nt. 474.

In giurisprudenza, per l'applicazione dell'art. 2467 c.c. alla s.p.a., cfr. Trib. Pistoia, 8 settembre 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 191; Trib. Udine, 3 marzo 2009, in *Banca borsa tit. cred.*, II, 2012, p. 237 ss., secondo cui l'art. 2467 esprimerebbe un «*principio generale necessario, a tutela dei terzi creditori, per il corretto finanziamento di tutte le società con soci a responsabilità limitata*» e, come tale, dovrebbe ritenersi applicabile alla s.p.a. e alla s.a.p.a. che presentino «*una struttura "chiusa" analoga a quella delle s.r.l.: ossia una società con base azionaria ristretta, con soci partecipi all'attività economica e comunque coinvolti nella sua gestione, non meri "investitori", soci quindi che per la "misura", o anche solo la "qualità", della loro partecipazione siano assimilabili a quelli di s.r.l.*»; Trib. Venezia, 10 febbraio 2011, in *Fall.*, 2011, p. 1349; Cass., 7 luglio 2015, n. 14056, in *Soc.*, 2015, p. 543 ss. *Contra*, cfr. Cass., 24 luglio 2007, n. 16393, in *Riv. not.*, 2009, 1058 ss., in cui la Corte, rilevando in prima battuta che la disciplina sulla postergazione «*è prevista per le società a responsabilità limitata, pur se viene estesa anche alle società per azioni quando facciano parte di un gruppo (art.*

applicabile anche in altre ipotesi, qualora la partecipazione del socio alla società abbia, nel caso specifico, carattere imprenditoriale e non di mero investimento. Tale soluzione potrà essere probabilmente accolta tanto con riferimento alle s.p.a. "chiuse", quanto con riferimento a tutti i tipi societari in cui, da un'indagine basata sulle circostanze ricorrenti nel caso concreto, si evinca che il socio sia stato in grado di tenere condotte di finanziamento tali da traslare il rischio d'impresa sui creditori[476].

2497 quinquies *c.c.)*», negava l'applicazione dell'art. 2467 c.c. nella fattispecie presa in esame, data la non appartenenza ad un gruppo della s.p.a.

476 La soluzione favorevole all'applicabilità analogica dell'art. 2467 c.c. alle sole s.p.a. "chiuse" è sostenuta quasi all'unanimità in dottrina. Cfr. G. OLIVIERI, *Investimenti e finanziamenti nelle società di capitali*, Torino, 2004, p. 94 ss.; M. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 231; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., p. 118 ss.; U. TOMBARI, *"Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 563 ss.; G. BALP, *Dell'applicazione dell'art. 2467 c.c. alla società per azioni*, cit., p. 193 ss.; M. STELLA RICHTER JR., *Disposizioni generali. Conferimenti. Quote*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2012, p. 294 ss.

Tuttavia, un indizio letterale a favore dell'applicabilità a tutti i modelli di s.p.a. può rinvenirsi negli artt. 2424, co. 1, passivo, voce D3, e 2427, co. 1, n. 19 *bis*, c.c. in tema di bilancio, dal momento che questi, come visto, prescrivono, il primo, l'iscrizione, nel passivo dello stato patrimoniale, dei debiti verso soci per finanziamenti, ed il secondo, l'indicazione specifica, nella nota integrativa, dei finanziamenti effettuati dai soci alla società, ripartiti per scadenze e con indicazione separata di quelli postergati rispetto agli altri creditori. Così anche M. IRRERA, *La nuova disciplina dei «prestiti» dei soci alla società*, cit., p. 139.

SEZIONE 4
L'abuso dello schermo societario nell'art. 147, co. 5, l. fall.

4.1. *Il dato normativo ed il "micro-sistema" del fallimento in estensione.*

Limitrofa rispetto a quelle sin qui esaminate, sebbene cronologicamente più recente[477], è la disciplina dettata dall'art. 147, co. 5, l. fall.[478], il quale si inserisce, anch'esso, nel quadro delle norme che nel corso del presente lavoro si son chiamate anti-abuso. Tale disposizione mira, infatti, a sanzionare le condotte attraverso cui uno o più soggetti intendano limitare la propria responsabilità, tanto patrimoniale quanto gestoria, servendosi di un altro soggetto che appaia all'esterno quale "imprenditore individuale", ma la cui attività d'impresa sia, in realtà, "riferibile" ad una società "occulta" (e dunque di fatto, irregolare in senso stretto o apparente).

È tuttavia opportuno, al fine di poter ricostruire il fondamento sistematico della norma e, dunque, il suo ambito applicativo, fare chiarezza sul "micro-sistema" incardinato nell'intera disposizione.

Il primo comma dell'art. 147 l. fall.[479] fa conseguire, alla dichiarazione di

---

[477] In particolare, l'art. 131 del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, nel modificare l'art. 147 l. fall., vi ha inserito un quinto comma che, alla previsione per cui «*la sentenza che dichiara il fallimento di una società appartenente ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro quinto del codice civile, produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili*» (co. 1) e a quella ai sensi della quale «*se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il tribunale, su istanza del curatore, di un creditore, di un socio fallito, dichiara il fallimento dei medesimi*» (co. 4), aggiunge «*allo stesso modo si procede, qualora dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile*», così recependo la tesi favorevole al fallimento della società occulta e dei suoi soci in estensione.

[478] Come nota S. FORTUNATO, *Procedure concorsuali e società nella prospettiva della riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 213 ss., discorrendo dell'attenzione che la Commissione ministeriale, insediata nel dicembre 2001 e i cui lavori si sono chiusi nel luglio 2003, ha dedicato al tema delle società occulte ed apparenti, «*difficile ipotizzare che ci si possa spingere ad una regolamentazione di società apparente e di società occulta; perlomeno i temi meriterebbero una specifica attenzione che in Commissione non v'è stata. Forse si può sperare in qualche approfondimento nella fase parlamentare e soprattutto nella fase di elaborazione del o dei decreti delegati*».

Ed infatti, la Relazione ministeriale di accompagnamento al decreto legislativo di riforma della legge fallimentare ha espressamente chiarito che il quinto comma dell'art. 147 l. fall. recepito (in maniera acritica) l'orientamento giurisprudenziale che, a partire dal fallimento dell'imprenditore individuale, estendeva il fallimento di questi ai soci occulti di società occulta, in ciò allontanandosi dall'impostazione originaria della teoria dell'imprenditore occulto, ossia dalle tesi bigiaviane.

[479] Cfr. Cass., sez. I, 13 giugno 2016, n. 12120, in *Dir. fall.*, 2016, II, p. 1217 ss., con nota critica di G. FAUCEGLIA, *Verso la "fallimentarizzazione" del diritto societario ovvero la giurisprudenza della Cassazione nell'età dell'incertezza*; A. PENTA, *La* contemplatio domini *in ambito di fallimentare*; D. RESTUCCIA, *La Corte di Cassazione riconosce l'ammissibilità di una supersocietà di fatto: il difficile rapporto con l'attività di direzione e coordinamento*. La S. C., nella citata pronuncia, si è espressa nel senso di qualificare il meccanismo organizzativo contemplato dal primo comma dell'art. 147 legge fallim. come regola di cui quelli previsti dal quarto e quinto comma della stessa

fallimento di una società in nome collettivo o in accomandita semplice o per azioni, la contestuale estensione del fallimento ai suoi soci illimitatamente responsabili, e ciò a prescindere dalla regolarità o meno della società fallenda e a prescindere dalla natura del socio (persona fisica o giuridica che sia)[480]. Inoltre, la norma precisa che saranno soggette al fallimento in estensione anche le società, di capitali o di persone ("pur se non persone fisiche")[481], socie di società che comportino una responsabilità illimitata per i propri soci. Il quarto ed il quinto comma della suddetta norma, invece, prevedono l'estensione successiva del fallimento rispettivamente della società palese ai propri soci occulti e di "imprenditore individuale" alla società occulta ed ai soci occulti di questa.

Attraverso il meccanismo predisposto dalla citata norma, in altre parole, e a differenza che per gli altri strumenti nel corso del tempo configurati dalla dottrina o applicati dalla giurisprudenza – il riferimento corre spontaneo, in particolare, alla teoria dell'impresa fiancheggiatrice[482] – per il perseguimento

disposizione non sarebbero altro che mere esemplificazioni.

480 Tale ricostruzione è da tutti accettata, cfr. *ex multis* F. FIMMANÒ, *Super-società di fatto ed abuso della personalità giuridica*, in *www.ilcaso.it*, documento n. 135/2009, p. 8. Inoltre, come noto, il richiamo effettuato dall'art. 2293 c.c. all'art. 2251 c.c. implica, anche per il contratto costitutivo di s.n.c., la non essenzialità di specifiche formalità.

481 È la Relazione ministeriale di accompagnamento al decreto legislativo di riforma della legge fallimentare – ma sul punto si tornerà *funditus* più oltre – ad aver precisato che «*l'inciso "pur se non persone fisiche" è stato inserito quindi al fine di chiarire che falliscono per estensione anche le eventuali società (sia di capitali, sia di persone), socie (ai sensi dell'art. 2361, secondo comma, c.c.) di società di persone*».

482 Cfr. quanto scritto al par. 3 della Parte I del presente capitolo.

Può essere utile ribadire che, in virtù di tale meccanismo, i comportamenti tipici tenuti dal c.d. socio tiranno, quali ad esempio il sistematico sostegno finanziario alla società, l'ingerenza negli affari sociali, la direzione di fatto della vita sociale, possono integrare l'esercizio di un'autonoma attività di impresa di finanziamento e/o gestione. Per tale via si configurano due imprese, l'una delle quali esercitata dall'interposto e l'altra, la c.d. impresa fiancheggiatrice appunto, esercitata dall'interponente; ciò implica la necessità di tenere distinti i due fallimenti. In realtà, tale teorica non ha mancato di suscitare perplessità nella dottrina, la quale ha ravvisato in essa lo stimolo per critiche ancora più serie di quelle meritate dalla dottrina dell'imprenditore occulto, poiché del fallimento dell'impresa fiancheggiatrice possono giovarsi non tutti i creditori dell'impresa dominata, ma solo coloro i quali si siano procurati un tiolo, reale ovvero personale, contro il titolare dell'impresa fiancheggiatrice, finendo così per avvantaggiare i creditori forti.

Agli Autori già citati alle note relative al testo richiamato, *adde* P. VITALE, *Socio "finanziatore abituale" della società, pretesa "attività intermediaria nella circolazione dei crediti", e "impresa fiancheggiatrice"*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, II, p. 468 ss.; B. INZITARI, *La "vulnerabile" persona giuridica*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 679 ss.; A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 433 ss.; M. FABIANI, *Società insolvente e responsabilità del socio unico*, Milano, 1999, p. 39 ss.; N. ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica – tecniche sanzionatorie a confronto*, cit., p. 168 ss.; P. SPADA, *Diritto commerciale, I*, *Parte generale. Storia, lessico, istituti*, Padova, 2009, p. 137; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2013, p. 98 s.; M. CASTELLANO, *L'imputazione dell'attività. L'imprenditore occulto. Inizio e fine dell'impresa*, in L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale. 1 – Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, a cura di M. Castellano e

dei medesimi fini, il legislatore ha inteso sanzionare, ampliando la pletora dei patrimoni posti a garanzia dei creditori del fallito, il soggetto che abbia tenuto condotte tali da far ritenere che l'attività svolta (e dunque l'impresa in sé) non debba più essere imputata, secondo il principio della spendita del nome, a colui che all'esterno abbia operato come "imprenditore individuale", ma vada piuttosto "riferita" (quindi imputata) ad una società di cui quest'ultimo sia in realtà socio.

Occorre al proposito svolgere alcune considerazioni circa il requisito oggettivo per la dichiarazione di fallimento[483].

Come noto, lo stato di insolvenza (commerciale e non civile), si risolve nell'impossibilità di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni[484]. È un concetto che guarda al patrimonio del debitore in prospettiva dinamica e nella sua totalità, dove debitore è un imprenditore, ossia colui che esercita un'attività d'impresa.

Vi è congruità fra quanto appena detto ed il primo comma dell'art. 147 l. fall., prevedendo esso che, nel momento in cui una società con soci illimitatamente responsabili (siano essi iscritti o meno nel Registro delle Imprese e siano essi, pertanto, conosciuti o meno dai creditori), e che abbia

---

F. Vessia, Torino, 2015, p. 147.

In giurisprudenza, cfr. Cass., 26 ottobre 1956, n. 3963, in *Dir. fall.*, 1957, II, p. 35; Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 366, con nota di N. RONDINONE (è questa l'importante "sentenza Caltagirone"); Cass., 10 agosto 1990, n. 8154, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 592; Trib. Catania, 3 gennaio 1997 e App. Catania, 18 gennaio 1997, in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 415; Cass., 10 aprile 1999, n. 3515, in *de jure*.

Per un'aggiornata e completa ricostruzione delle diverse tecniche volte a reprimere il fenomeno della eterogestione abusiva, cfr. P. SPADA, *Patrimonio aziendale ed interposizione nell'esercizio dell'impresa, oggi*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2014, p. 27 ss.

483 Problema strettamente connesso a quello della natura della pronuncia che dichiari il fallimento in estensione della società occulta. Occorre sul punto precisare come bon vi sia unanimità di opinioni sulla natura della sentenza dichiarativa di fallimento in estensione ai sensi del co. 5 dell'art. 147 l. fall.: secondo un orientamento, per vero non più attuale, ci si troverebbe di fronte ad una sentenza meramente integrativa del fallimento già dichiarato dell'imprenditore individuale in realtà socio della società successivamente scoperta; secondo altri, invece, la sentenza pronunciata successivamente andrebbe a sostituire quella precedente, comportando pertanto il fallimento in estensione anche dell'imprenditore individuale già dichiarato fallito in quanto tale e non in quanto socio della società di cui si è scoperta l'esistenza. L'adesione all'una o all'altra delle due tesi comporta rilevanti differenze sul piano dell'indagine sulla sussistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento. Di recente la Cassazione si è espressa sul punto, aderendo alla seconda delle posizioni appena richiamate, cfr. Cass. civ., 24 febbraio 2016, n. 3621, in *de jure*; e in dottrina cfr. A. NIGRO, *sub Art. 147 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio, II, Torino, 2007, p. 2169 ss., spec. p. 2186, ove ulteriori riferimenti. Nel primo senso, invece, cfr. *ex multis* Cass., 1 agosto 1996, n. 6971, in *Fall.*, 1997, p. 389.

484 Cfr., *ex multis* e da ultimo, G. FERRI JR., *Lo stato d'insolvenza*, cit., p. 1149 ss., il quale, risolvendo la "solvibilità" imprenditoriale in una "attività solutoria", guarda allo stato di insolvenza, in prospettiva eziologica, come ad una «*disfunzione della complessiva organizzazione del finanziamento dell'impresa*»; come ad un'incapacità dell'intera organizzazione d'impresa, oggettivamente considerata, di svolgere regolarmente quell'attività solutoria.

speso nei traffici giuridici il proprio nome, non è più in grado di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni e venga dunque dichiarata fallita, ne debbano rispondere anche i soci, costituendo i loro singoli patrimoni, in uno con quello della società (che potrebbe, per altro, anche del tutto mancare), garanzia principale per i creditori.

Tuttavia la norma non chiarisce se lo stato d'insolvenza da prendere in considerazione per la dichiarazione di fallimento debba essere esclusivamente quello della società ovvero quello complessivo della società e dei suoi soci[485]. Per poter offrire una soluzione al problema, sembra opportuno muovere da quanto disposto in via generale dall'art. 149 l. fall., il quale prevede che il fallimento di uno o più soci illimitatamente responsabili non produce – mai – il fallimento della società[486]. Ciò vuol dire che, anche nel momento in cui si trovasse ad esser socio illimitatamente responsabile un solo socio (possibilità contemplata, per non più di sei mesi, dall'art. 2272, n. 4, c.c.) e questo venga dichiarato fallito, ove venisse presentata istanza di fallimento nei confronti della società, il giudice dovrà necessariamente verificarne lo stato di decozione a prescindere da quello già accertato del

---

485 La regola dell'estensione, oltre a presentare problemi relativamente al presupposto soggettivo per la dichiarazione di fallimento (qualità di imprenditore commerciale), mal sembra coordinarsi con il presupposto stato d'insolvenza del soggetto fallibile. La questione è tutt'ora aperta e discussa e in dottrina si segnalano tre posizioni: *i*) tesi dell'insolvenza globale, sostenuta da V. BUONOCORE, *Fallimento e impresa*, cit., p. 195 ss., F. DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, cit., p. 162 ss., ID., *Sul presupposto oggettivo del fallimento del socio receduto*, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 566 ss., F. VASSALLI, *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, cit., p. 67 ss., ma spec. p. 72, per cui tanto il fallimento della società, quanto quello in estensione dei soci, sarebbe dichiarabile solo a fronte di un'insolvenza cumulativa e complessiva dell'una e degli altri; *ii*) tesi dell'insolvenza reale, a tenore della quale l'insolvenza della società risulterebbe dalla somma dello stato d'insolvenza dei singoli soci, cfr. G. AULETTA, *Fallimento dell'ex socio con responsabilità illimitata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 546 ss.; *iii*) tesi che potremmo definire della presunzione: la società non potrebbe essere insolvente se non quando sono insolventi i soci illimitatamente responsabili (presunzione *iuris et de iure*), cfr. S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1964, p. 371 ss.

Per un'interessante sviluppo dialettico delle questioni cfr. A. NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, 1974, p. 86 ss.; ID., *sub Art. 147 l. fall.*, cit., p. 2170 ss.; e F. DENOZZA, *ibidem*.

486 La *ratio* dell'art. 149 l. fall. è chiaramente da ricondurre al fatto che il venir meno della garanzia patrimoniale fornita da un socio ai creditori sociali non può implicare automaticamente il fallimento della società, poiché la garanzia fornita dai patrimoni degli altri soci non è altresì venuta meno. Sicché, in forza del principio di conservazione dei rapporti giuridici, il sistema si risolve per l'esclusione di diritto del socio fallito (art. 2288 c.c.), rimettendo all'iniziativa dei creditori sociali l'eventuale escussione del patrimonio della società e dei soci e, nel caso, la provocazione del fallimento della società e dei suoi soci illimitatamente responsabili in estensione.

Secondo un Autore, l'art. 149 l. fall. si porrebbe a chiusura ed integrazione del sistema, evidenziando una volontà immanente dell'ordinamento di tenere il patrimonio della società e quelli dei singoli soci assolutamente separati, e di riflesso di differenziare il fallimento particolare del socio che derivi da quello della società ed il fallimento personale del socio che sia imprenditore individuale. Cfr. in questo senso A. NIGRO, *sub Art. 147 l. fall.*, cit., p. 2172, nt. 18.

socio fallito.

A ben riflettere, sembra che la predetta disciplina sia congrua rispetto ad una fattispecie in cui il socio che venga dichiarato fallito eserciti un'autonoma attività d'impresa, sicché è considerazione per certi versi superflua[487] quella per cui il suo fallimento in proprio non possa – e non debba – implicare il fallimento della società di cui sia eventualmente socio illimitatamente responsabile, la quale eserciti un'attività – e quindi un'impresa – altra e distinta rispetto alla prima.

Dubbio è se tale meccanismo, per ciò che si diceva sicuramente congruo rispetto a società che non presentino caratteri di "irregolarità" od "occultamento", possa continuare ad operare anche nell'ambito di una norma volta a colpire un fenomeno abusivo.

Nelle ipotesi diverse da quelle contemplate dal quinto comma dell'art. 147 l. fall., il presupposto oggettivo per la dichiarazione di insolvenza deve sussistere in capo al soggetto cui sia imputata l'attività d'impresa, peraltro conformemente a quanto previsto dal quarto comma della stessa norma[488]. L'estensione del fallimento ai soci occulti di società palese impedisce di per sé di tener conto dell'insolvenza di questi ai fini della determinazione dello stato di decozione della società, limitandosi ad operare quando sia già stato dichiarato il fallimento di una società con soci illimitatamente responsabili; tale dichiarazione coinvolgerà automaticamente il patrimonio dei soci di cui si sia successivamente scoperta l'esistenza, senza che si debba per questo condurre un'ulteriore indagine sullo stato di insolvenza della società (*recte*, della società in uno con quello dei soci).

Le due fattispecie summenzionate presentano in comune l'unicità del centro d'imputazione dell'attività economica organizzata in forma d'impresa rappresentato dalla società che figura all'esterno; in ciò differenziandosi da quanto, invece, disciplinato dal quinto comma dello stesso articolo 147 l. fall.,

---

487 Le fattispecie astratte ipotizzate dal legislatore nel dettare questa disposizione, rimasta invariata a seguito della riforma della legge fallimentare, sono quella, già considerata nel testo, di un socio che eserciti per conto proprio un'attività commerciale e che fallisca per siffatta altra qualità e l'altra di un socio che sia anche socio illimitatamente responsabile di una diversa società il cui fallimento sia ad esso esteso.

Secondo un Autore, quella contenuta nell'art. 149 l. fall. sarebbe «*una precisazione legislativa che appare frutto di un eccesso di zelo*» poiché «*la non espansione alla società del fallimento del socio è stata già sancita dal legislatore nell'art. 2288 c.c.*» e pertanto «*l'art. 149 l. fall. sembra avere un'unica giustificazione: con il fallimento in estensione* ex *art. 147 l. f. il legislatore ha in realtà derogato al principio di alterità sopra richiamato tra società e soci e con l'articolo in esame ha solo voluto sgomberare il campo da possibili suggestioni circa l'operatività di quella deroga nel caso inverso a quello lì disciplinato*». Cfr. in questi termini M. CASTELLANO, *sub Art. 149*, in *Il nuovo fallimento*, a cura di Santangeli, Milano, 2006, p. 680 – 681; ma già S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 467; *contra* cfr. V. CARIDI, *sub Art. 149*, in *La legge fallimentare dopo la riforma. Fallimento*, Torino, 2010, t. II, p. 1963 ss.

488 Conclusione da alcuni Autori ritenuta pacifica già prima della riforma del diritto fallimentare; cfr., per tutti, S. FORTUNATO, *Procedure concorsuali e società nella prospettiva della riforma*, cit., p. 213 ss.: «*credo che esistano, peraltro, soluzioni ormai consolidate su alcuni aspetti, come la valutazione dell'insolvenza della società indipendentemente dalla solvenza o meno dei soci pur illimitatamente responsabili* [...]».

il quale contempla un'estensione del fallimento "ascendente" prima e "discendente" poi[489]: l'attività che si pensava essere imputabile ad un imprenditore individuale era in realtà riferibile ad una società occulta, avente quali soci lo stesso imprenditore individuale insieme ad altri soggetti (persone fisiche o giuridiche che siano). Si tratta, dunque, di individuare il meccanismo di operatività del presupposto oggettivo per la società occulta, assumendo quali parametri normativi (nel senso della necessità per l'organo giudicante di verificare lo stato di insolvenza della stessa) gli artt. 5 e 149 l. fall.[490]; a

[489] Cfr. U. BELVISO, *La nuova disciplina dell'estensione del fallimento delle società ai soci (art. 147 l. fall.)*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, p. 1681 ss.

È discusso peraltro se la dichiarazione di fallimento della società occulta sia condizione necessaria per l'estensione del fallimento ai soci occulti. In dottrina si propende prevalentemente per la soluzione positiva, dal momento che la mancanza della previa proposizione e dichiarazione di fallimento della società occulta violerebbe il disposto dell'art. 148 l. fall. – che nei casi di fallimento *ex* art. 147 l. fall. stabilisce che il patrimonio dei soci e quello della società siano tenuti distinti –; determinerebbe l'inesistenza giuridica dei fallimenti individuali dei soci illimitatamente responsabili collegati alla società; e inoltre sarebbe incompatibile con alcune norme della legge fallimentare e del codice civile come, in particolare, l'art. 149 l. fall. e con l'art. 2288 c.c., secondo cui «*è escluso di diritto il socio che sia stato dichiarato fallito*». Cfr., *ex multis*, V. ANDRIOLI, *Fallimento sociale implicito e società con duplicità di oggetto*, in *Cinquant'anni di dialoghi con la giurisprudenza, 1931 – 1981*, 2, Milano, 1981, p. 601 ss.; F. FIMMANÒ, *Super-società di fatto ed abuso della personalità giuridica*, cit.; L. PANZANI, *Imprenditore individuale apparente, società occulta ed identità di impresa, commento a Cass. 30 gennaio 1995, n. 1106*, in *Fall.*, 1995, p. 923; A. BARBIERI, *L'estensione del fallimento del socio occulto o di fatto*, in *Fall.* 2008, p. 916 ss.; G. COTTINO, *Note minime su società di capitali (presunta) socia di società di persone e fallimento*, in *Giur. it.*, 2007, p. 2219 ss.; D. DI GRAVIO, *La società di fatto: la fantastica gabbia del fallimento implicito*, in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 9 ss.; *contra* cfr. U. BELVISO, *La nuova disciplina dell'estensione del fallimento delle società ai soci (art. 147 l. fall.)*, cit., pp. 1680 – 1681.

Di diverso avviso è invece la giurisprudenza, che – fatti salvi alcuni precedenti (App. Torino, 30 luglio 2007, decr.; App. Firenze 2 luglio 1985, in *Dir. Fall.* 1986, II, p. 576) – ha ritenuto che la mancanza di una esplicita dichiarazione di fallimento di una società con soci a responsabilità illimitata non rende illegittima la dichiarazione di fallimento dei suoi soci illimitatamente responsabili, in quanto la dichiarazione di fallimento della società può desumersi implicitamente dalla dichiarazione di fallimento dei soci, nella misura in cui questa venga pronunciata con riferimento al vincolo sociale e per obbligazioni contratte nell'esercizio dell'attività sociale. Cfr. Cass., 7 febbraio 1962, n. 251, in *Foro it.*, 1962, I, p. 1615; Cass., 26 aprile 1971, n. 1210, in *Foro it.*, 1971, I, p. 1927; Cass., 6 dicembre 1996 n. 10889, in *Dir. Fall.*, 1997, II, p. 9 e in *Dir. Fall.*, 1997, II, p. 666; App. Bologna, 20 maggio 1995, in *Dir. fall.* 1996, II, p. 662; App. Venezia, 30 ottobre 1993, in *Dir. fall.*, 1994, II, p. 249.

[490] Per tale soluzione, cfr. in dottrina per tutti A. NIGRO, *sub Art. 147 l. fall.*, cit., pp. 2181-2182; in giurisprudenza cfr. Cass., 20 maggio 2016, n. 10507, cit., ove si può leggere «*3.4) Quanto alla questione sollevata col secondo motivo, appare opportuno premettere che, nell'ipotesi contemplata dalla L. Fall., art. 147, comma 5, l'indagine del giudice deve essere indirizzata all'accertamento sia dell'esistenza di una società occulta (o di fatto) cui sia riferibile l'attività dell'imprenditore già dichiarato fallito, sia della sua insolvenza, posto che il fallimento di tale società costituisce presupposto logico e giuridico della dichiarazione di fallimento, per ripercussione, dei soci illimitatamente responsabili. Va escluso, in sostanza, che il fallimento di questi ultimi possa essere dichiarato in forza di un accertamento meramente incidentale della ricorrenza fra gli*

favore, invece, dell'ultroneità di detto accertamento, il paradigma che accomuna le norme cc.dd. anti-abusive.

Probabilmente si potrebbe ipotizzare che la soluzione debba essere in questo secondo senso[491].

Si consideri difatti che, nonostante l'art. 147 l. fall., nel prevedere l'osmosi dei patrimoni dei soci con quello della società, detti una regola in un certo senso inversa rispetto a quella contemplata dall'art. 149 l. fall., essa si giustifica forse alla luce delle finalità – come visto – spiccatamente anti-abusive che hanno animato il legislatore della riforma della legge fallimentare, sulla scia di quanto accadeva con la riforma del diritto societario nel 2003[492] e di quanto, a ben vedere, già poteva *in nuce* osservarsi nel diritto della concorrenza.

Ancora una volta, da una lettura sistematica delle previsioni – in parte già analizzate nel corso della presente indagine – che regolano le succitate materie si potrebbe inferire che, caratteristica ad esse comune sia, oltre ad avere tutte quale sostrato la categoria dell'attività[493], quella di prevedere non un unico rimedio, bensì di rimettere all'interprete l'individuazione della sanzione di volta in volta più congrua rispetto all'abuso perpetrato[494].

Le considerazioni appena svolte sollecitano l'idea per cui, in virtù dell'identità assiologica che connota il quarto ed il quinto comma dell'art. 147 l. fall.[495], il meccanismo probatorio implicito nel primo possa essere traslato

---

stessi e il fallito di una c.d. supersocietà di fatto, non solo perchè la sentenza dichiarativa ha natura costitutiva ed efficacia ex nunc (onde non si vede come il fallimento dei soci possa conseguire ad una dichiarazione di fallimento meramente virtuale, od implicita, della società) ma anche perchè all'insolvenza del socio già dichiarato fallito potrebbe non corrispondere l'insolvenza della s.d.f. (cui gli altri soci potrebbero, in tesi, conferire le liquidità necessarie al pagamento dei debiti)»; Cass., 13 giugno 2016, n. 12120, in www.iusexplorer.it.

491 Cfr. C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 111 ss., ma spec. p. 125, ove il citato A., con riferimento al c.d. "abuso della maggioranza", nel tracciare i confini delle fattispecie abusive propone di distinguere tra l'aumento reale di capitale deciso dalla maggioranza in un momento in cui i soci di minoranza non sono in grado di parteciparvi e l'esclusione del diritto di opzione. Concentrando l'attenzione su questa prima ipotesi – nel pensiero dell'A., delle due, l'unica qualificabile in termini di abusività –, sul piano probatorio spetterà a chi abbia invocato la tutela provare i "sintomi" dell'abuso, potendosi presumere che la maggioranza fosse a conoscenza della situazione "extrasociale" di "debolezza" della minoranza. Sicché, se ne potrebbe logicamente inferire che incomberà su chi ha abusato (la maggioranza) il difficile onere probatorio circa la concreta non abusività della propria condotta.

492 Cfr. M. CASTELLANO, *L'imputazione dell'attività. L'imprenditore occulto. Inizio e fine dell'impresa*, cit., p. 145 ss.

493 In questo senso cfr. C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 179, il quale esplicitamente afferma un'autonoma dimensione del concetto di abuso quando ci si trovi di fronte ad un'attività e non ad una singola operazione (*recte*: atto), adducendo quale esempio paradigmatico quello dell'attività di direzione e coordinamento.

494 Mi sia consentito rinviare a N. MUCIACCIA, *L'art. 147, co. 5, legge fallim. quale norma anti-abusiva di contrasto al fenomeno della super-società di fatto*, in *Dir. fall.*, I, 2017, *in press*.

495 Identità, questa, che si poneva già quale tassello essenziale dell'*iter* argomentativo

anche alle fattispecie regolate nel secondo, sicché, nonostante si venga a scoprire che l'attività d'impresa sia in realtà riferibile ad una società occulta – e dunque lo stato d'insolvenza rilevante ai fini della dichiarazione di fallimento dovrebbe essere ad essa connesso e provato da chi chieda l'estensione del fallimento –, potrebbe forse essere coerente col generale *modus operandi* delle norme anti-abusive risolversi per un'inversione dell'onere della prova, di modo che il giudice, una volta accertata l'esistenza della società occulta, possa dichiararne il fallimento presumendone lo stato d'insolvenza.

La prospettata soluzione troverebbe conforto non solo nella considerazione per cui sarebbe con tutta evidenza irrazionale ritenere che un soggetto esterno alla compagine sociale occulta possa dar prova di quegli indici richiesti dall'art. 5 l. fall. per l'accertamento dello stato d'insolvenza – il che contrasterebbe, vieppiù, con un principio di "prossimità della prova", che peraltro il legislatore della riforma ha dimostrato di recepire in materia di fallimento con la modifica dell'art. 1 l. fall.[496] – ma altresì nel sistema del diritto dell'impresa[497] se si pensi, a titolo esemplificativo, oltre che ad alcune norme del diritto *antitrust* e della concorrenza sleale, all'art. 2497 c.c. analizzato in precedenza, il quale fa incombere l'onere della prova in capo alla società che abbia abusato del proprio potere[498], tanto per confutare la

---

seguito da Bigiavi per affermare l'applicazione analogica della disciplina contenuta nell'art. 147 l. fall. alla fattispecie dell'imprenditore occulto. Cfr. W. BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, cit., p. 16 e quanto detto alle ntt. 512 e 516 del presente scritto.

496 Cfr. Cass., 28 maggio 2010, n. 13086, in www.iusexplorer.it; Cass., 15 novembre 2010, n. 23052, in www.iusexplorer.it; Cass., 30 luglio 2012, n. 13542, in www.iusexplorer.it; Cass., 20 marzo 2015, n. 5685, in www.iusexplorer.it

497 Cfr. quanto detto *supra* nel testo e i riferimenti contenuti nelle ntt. 509-510-512.

498 Cfr. F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. not.*, 2012, p. 267 ss., secondo il quale la tutela dei creditori sarebbe «*svuotata in virtù di un onere probatorio pressoché impossibile da soddisfare, in considerazione del fatto che le direttive del* dominus *(specie occulto o di fatto) sono quasi sempre informali e confidenziali, e quindi inaccessibili ai creditori estranei alla società, impossibilitati ad assumere precise informazioni. Anzi le informazioni sono affidate a soggetti, gli amministratori delle controllate, che, in ipotesi di violazioni dell'interesse della società amministrata, sono più di tutti interessati a secretare i dati relativi alle operazioni gestionali abusive.*

Se si trattasse di mera responsabilità da fatto illecito incomberebbe sui danneggiati l'onere di dimostrare, oltre al danno, la colpa del dominus *e il nesso di causalità tra colpa e danno. Tenendo poi conto che il pregiudizio consegue ad operazioni della società eterodiretta, realizzate su indicazione del* dominus*, occorrerebbe provare che le singole direttive sono state effettivamente impartite e che la relativa esecuzione ha generato gli specifici singoli danni ed eventualmente l'insolvenza.*

Nella fattispecie l'attore è esonerato dal provare che l'inadempimento è imputabile alla controparte, restando a carico di chi ha eterodiretto l'onere di dimostrare di averlo fatto nell'interesse della dominata, senza violare i principi di corretta gestione ed avendo adottato (come nel modello previsto dall'art. 2050 c.c.) tutte le misure supplementari previste dalla legge per evitare il danno.

In particolare l'obbligo di motivare analiticamente le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento quando influenzate, con puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione

presunzione di attività di direzione e coordinamento nonostante il controllo esercitato *ex* art. 2359 c.c. come anche il dovere di redigere il bilancio consolidato (art. 2497-*sexies* c.c.), quanto dei vantaggi compensativi tesi ad escluderne la responsabilità.

Si possono inoltre richiamare, a sostegno della tesi qui proposta, le due disposizioni normative di cui si è già discorso in precedenza[499] e introdotte, seppur nell'ambito del diritto tributario, tanto nell'ordinamento europeo quanto in quello nazionale: l'art. 6 ("*Norma generale anti-abuso*") della Direttiva del Consiglio 2016/1164 del 12 luglio 2016, e l'art. 10-*bis*, l. n. 212/2000 (c.d. Statuto del contribuente). Quest'ultima, come visto, dopo aver dettato una definizione dell'abuso del diritto ed averne declinato i caratteri essenziali, ha disposto, in relazione all'onere della prova, che «*l'amministrazione finanziaria ha l'onere di dimostrare la sussistenza della condotta abusiva, non rilevabile d'ufficio, in relazione agli elementi di cui ai commi 1 e 2. Il contribuente ha l'onere di dimostrare l'esistenza delle ragioni extrafiscali di cui al comma 3*» (co. 9).

In altre parole, e in termini più generali, una volta provato il ricorrere della condotta astrattamente abusiva, starebbe alla parte che l'ha posta in essere provarne le ragioni che ne escludano il carattere di abusività.

Se questo è il quadro di riferimento, e se questa è davvero la deriva cui il legislatore sta approdando, è forse possibile concludere per la riconducibilità della previsione contenuta nel quinto comma dell'art. 147 l. fall. a tale sistema e risolversi per la possibilità da parte dell'organo giudicante di presumere l'insolvenza della società occulta a partire da quella del socio già dichiarato fallito, ribaltando in sostanza l'onere della prova e ponendolo in capo al soggetto che avrebbe dovuto utilizzare gli strumenti messigli a disposizione dall'ordinamento in modo non difforme rispetto allo scopo per il quale gli stessi sono stati approntati.

4.2. *Il diverso criterio di imputazione dell'attività alternativo alla spendita del nome.*

Proseguendo nel tentativo di tracciare un quadro comune per le cc.dd.

---

*(previsto dall'art. 2497-*ter*, c.c.), agevola ulteriormente l'*onus probandi *del creditore danneggiato e rende la prova liberatoria del* dominus *particolarmente rigorosa*» e «*a norma dell'ultima parte dell'art. 2497, primo comma, c.c. (secondo cui non vi è 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) spetterà alla* holding *provare eventualmente che, a fronte del sacrificio degli interessi della dominata, questa abbia goduto vantaggi compensativi, anche indiretti o ragionevolmente attesi, conseguibili e prevedibili, derivanti dall'appartenenza al gruppo*».

In giurisprudenza, cfr. Cass., 24 agosto 2004, n. 16707, la quale, seppur riguardando una fattispecie occorsa precedentemente rispetto all'introduzione della disciplina sull'attività di direzione e coordinamento, reputa il meccanismo in essa previsto già insito nel sistema e dunque, anche se non in diretta applicazione dell'art. 2497 c.c. novellato, ritiene di configurare l'onere della prova per l'esclusione di responsabilità in forza di "vantaggi compensativi" in capo alla *holding*.

[499] Cfr. Capitolo I.

norme anti-abusive, si potrebbe osservare come il *trait d'union* tra queste ultime e la disposizione in analisi possa essere rintracciato, ad avviso di chi scrive, nel riconoscimento da parte del sistema di una situazione giuridica attiva capace di incidere negativamente sulla posizione dei terzi creditori e, perciò, meritevole di essere sanzionata[500].

A ben vedere, il quinto comma dell'art. 147 l. fall. introduce un criterio alternativo, sostanziale, d'imputazione per l'attività d'impresa, diverso da quello formale della spendita del nome contemplato per la categoria dell'atto dagli artt. 1398 e 1705 c.c.[501] e, probabilmente, tale criterio, da eccezione riferibile alla sola materia fallimentare, potrebbe assumere carattere di principio generale in riferimento all'attività d'impresa[502].

---

[500] Una sollecitazione che deriva dalla lettura di tali norme attiene al momento tipologico della riflessione ermeneutica: come acutamente notato in dottrina, spesso le norme anti-abusive riconnettono una sanzione ad una "posizione", com'è nel caso dell'abuso di posizione dominante o relativa, in quello dell'abuso di attività di direzione e coordinamento e, soprattutto, in quello di c.d. sottocapitalizzazione nominale. Cfr. in quest'ordine di idee F. DENOZZA, *L'abuso come eccesso e la metamorfosi delle tutele soggettive*, cit., *passim*, così ad esempio quando sostiene che «*sono oggi configurate ipotesi di abuso in cui il comportamento del soggetto si riduce al compimento di un'azione neutra, o addirittura al semplice godimento dei benefici derivanti da una certa posizione soggettiva, ed in cui il giudizio di abusività dipende pressoché integralmente da un giudizio di eccessività relativamente ai benefici che il soggetto ricava o agli svantaggi che impone ad altri. Sul piano oggettivo si attenua la necessità che il soggetto raggiunga un risultato specificamente contrastante con la funzione del diritto esercitato, e ci si accontenta che l'esercizio del diritto sia in grado di procurare al soggetto un vantaggio giudicato anormale o eccessivo alla luce del complesso delle norme rilevanti*».

[501] È per questo motivo che è preferibile dare risposta positiva alla domanda se sia o meno dichiarabile il fallimento in estensione del socio accomandante di s.a.s. che si sia ingerito nella gestione societaria o che abbia prestato consenso a che il suo nome venisse inserito nella ragione sociale; l'estensione potrà però aversi solo quando si tratti di un'ingerenza sistematica e non episodica. Cfr. M. CASTELLANO, *sub Art. 147*, cit., p. 669; U. BELVISO, *La nuova disciplina dell'estensione del fallimento delle società ai soci (art. 147 l. fall.)*, cit., p. 1700. La giurisprudenza, già prima della riforma della legge fallimentare, propendeva prevalentemente per la soluzione positiva all'estensione del fallimento al socio accomandante; cfr., con riferimento al quadro normativo precedente, Cass., 7 dicembre 2012, n. 22246, in www.iusexplorer.it; Cass., 6 giugno 2000, n. 7554, in www.iusexplorer.it; con riferimento alla disciplina attuale cfr. Cass., 7 dicembre 2012, n. 22256, in www.iusexplorer.it. *Contra*, sul presupposto che tale soluzione non avrebbe ragioni strutturali diverse rispetto a quelle che fondano l'esclusione del socio unico di s.p.a. o s.r.l. dall'applicazione del fallimento in estensione, cfr. F. VASSALLI, *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, cit., *passim*.

[502] Cfr. d'altronde Cass., 13 giugno 2016, n. 12120, cit., ove si legge, in relazione all'art. 147, co. 5, l. fall., che «*quest'ultimo, ove prevede una progressione dal fallimento individuale a quello della società della quale l'imprenditore individuale sia invece il socio (Cass. 3621/2016), inquadra un più ampio fenomeno di accertamento della reale impresa, definito anche, in dottrina, come subornazione dell'imprenditore palese da parte dell'imprenditore occulto. In realtà, se il paradigma effettuale guida la ricognizione della materiale costituzione organizzativa del titolare dell'attività economica, cioè di colui che la promuove imputandone a se stesso gli effetti e, se occorra, nel suo nome prima ancora gli atti, così da riferire – secondo la dizione sostanziale utilizzata dalla Legge fallim., art. 147, comma 5, soggettivamente l'attività stessa, la tutela dei terzi ed in particolare dei*

Vediamone le ragioni.

È questione annosa, ma preliminare rispetto alla qualificazione dell'art. 147 l. fall. come norma generale o speciale, quella che riguarda la *ratio* da attribuire all'estensione del fallimento ai soci illimitatamente responsabili. Sin dalla sua originaria formulazione, quando ancora il legislatore non aveva espressamente circoscritto l'ambito di applicazione della norma – ed era perciò discussa l'applicabilità del fallimento in estensione ai soci unici di s.p.a. e di s.r.l. – due tesi si sono contese il campo: *a*) quella per cui l'art. 147 l. fall. fosse norma eccezionale rispetto agli artt. 1 e 5 l. fall. e 2740, 2082 e 2221 c.c., poiché il socio non sarebbe stato qualificabile egli stesso imprenditore (e per di più come imprenditore commerciale ai sensi dell'art. 2195 c.c.), e purtuttavia avrebbe potuto esser chiamato a rispondere per un debito non proprio (contrariamente a quanto stabilito dall'art. 2740 c.c.) potendo esser dichiarato fallito anche se il proprio patrimonio non si fosse trovato in stato di insolvenza[503]; *b*) a ciò si ribatteva che – proprio a partire dall'art. 2740 c.c. – nel nostro sistema esisterebbe un principio sostanziale di imputazione dell'attività d'impresa fondato sulla corrispondenza tra potere gestorio e responsabilità, tale per cui il socio illimitatamente responsabile di società di persone poteva essere ritenuto anch'egli imprenditore, secondo alcuni Autori diretto, secondo altri "indiretto" o "coimprenditore"[504].

---

creditori, anche involontari, ha conseguito nel nostro ordinamento livelli ancora differenziati e, per certi versi, avanzati rispetto al dogma della spendita del nome come criterio ricognitivo chiuso dell'imputazione anche sostanziale della responsabilità».

L'A. cui fa riferimento il passo citato è F. FIMMANÒ, *L'estensione "inversa" del fallimento della supersocietà di fatto controllata ai soci-S.r.l. controllanti e "subornati"*, in *Soc.*, 2016, p. 453 ss.

Su Cass., 21 gennaio 2016, n. 1095 – sentenza che qui si sta commentando – cfr. inoltre, *contra*, M. IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali*; O. CAGNASSO, *L'acquisto da parte di s.r.l. di una partecipazione a responsabilità limitata*, entrambe in *Giur. it.*, 2016, p. 1138 ss.

503 Cfr. sul punto E. F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, Milano, 1998, I, p. 108; U. BELVISO, *La nuova disciplina dell'estensione del fallimento delle società ai soci (art. 147 l. fall.)*, op. cit., p. 1666; G. CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, XI, t. II, *Il fallimento*, diretto da G. Cottino, Padova, 2008, p. 197; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2012, p. 338. In giurisprudenza, cfr. Cass., 17 febbraio 2006, n. 3535, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, p. 2.; Cass., 2 aprile 2012, n. 5260, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 226, con nota di C. DI DONATO, *Revocatoria fallimentare: diverso trattamento delle disposizioni in favore del coniuge da parte del fallito in quanto socio illimitatamente responsabile*.

504 Il riferimento è alla tesi dell'imprenditore occulto formulata sul finire degli anni '50 dal Bigiavi e successivamente avallata da altre autorevoli voci. L'*iter* argomentativo che portava ad affermare il fallimento dell'imprenditore che rimane dietro le quinte può essere così riassunto: l'art. 147 l. fall. *ante* riforma contemplava il caso di "ripercussione" automatica del fallimento della società palese sui propri soci palesi e sui propri soci occulti; tramite applicazione analogica (*analogia legis*) tale disciplina può essere applicata anche al fallimento del socio occulto di società occulta, differendo le due fattispecie – quella testualmente prevista dal secondo comma (*ante* riforma) dell'art. 147 l. fall. e quella della società occulta, a quel tempo non ancora prevista dalla legge – solo nel numero di soggetti coinvolti; ciò portava a riconoscere un principio generale nel nostro ordinamento (*analogia iuris*) per il quale delle obbligazioni relative all'impresa

Muovendo, invece, dal sistema del diritto societario o della crisi d'impresa, parte della dottrina ha ritenuto che, a tutela dei creditori, l'estensione sia un modo per attualizzare la regola della responsabilità illimitata nei confronti di tutti i soci illimitatamente responsabili, salvo poi a verificare se possa estendersi la stessa sanzione prevista per i soci istituzionalmente tali (come nella s.n.c., nella s.a.s. e nella s.a.p.a. per i soci accomandatari) anche a quelli che divengano illimitatamente responsabili poiché irrispettosi di regole che comportino quale sanzione la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali (socio accomandante di s.a.s. e socio unico di s.p.a. ed s.r.l.)[505].

Per altra parte della dottrina, invece, il fine della norma non è tanto quello di tutelare i creditori, quanto piuttosto di permettere la prosecuzione dell'attività sociale, proteggendo l'interesse del socio insolvente ad essere salvato dal fallimento per intervento del socio solvibile[506]. Altri Autori ancora, ritengono che la *ratio legis* riposi in considerazioni di ordine meramente processuale, ossia sul fatto che il fallimento, costituendo sul piano

---

non doveva rispondere solo il soggetto nel cui nome venivano posti in essere gli atti a quell'impresa relativi, ma anche chi sostanzialmente dirigeva l'impresa e si avvantaggiava dei suoi proventi; ci si trovava, in definitiva, di fronte a due imprenditori, uno palese ed uno occulto, cui era imputata la medesima attività d'impresa. Pertanto, la qualità di imprenditore dell'imprenditore occulto derivava indirettamente dalla qualifica imprenditoriale dell'imprenditore palese.

Cfr., *ex multis*, W. BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, cit., *passim*; ID., *Difesa dell'imprenditore occulto*, cit., *passim*; A. PAVONE LA ROSA, *La teoria dell'"imprenditore occulto" nell'opera di Walter Bigiavi*, cit., p. 623 ss.; V. BUONOCORE, *Fallimento e impresa*, cit., *passim*, ma specialmente p. 145 ss.; F. GALGANO, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1978, II, p. 115; ID., *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 1989, p. 229 ss.; M. CASTELLANO, *L'imputazione dell'attività. L'imprenditore occulto. Inizio e fine dell'impresa*, cit., pp. 144 - 145.

In senso contrario, cfr. fra i molti T. ASCARELLI, *Ancora in tema di imprenditore occulto*, cit., p. 1154 ss.; A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, cit., pp. 35-36; G. MINERVINI, *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, cit., p. 91 ss.; S. FORTUNATO, *Procedure concorsuali e società nella prospettiva della riforma*, cit., p. 213 ss.; L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale. I. Premesse storiche. Disciplina dell'impresa*, cit., p. 108 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, cit., p. 87 ss.

505 Cfr. U. BELVISO, *La nuova disciplina dell'estensione del fallimento delle società ai soci (art. 147 l. fall.)*, cit., p. 1699, il quale ritiene che «*l'estensione del fallimento, in tipi di società che offrono ai terzi che entrano in rapporto con la società non solo e non tanto la garanzia del patrimonio sociale quanto e soprattutto la garanzia del patrimonio di alcuni o di tutti i soci, si giustifica così con l'esigenza di sottoporre a liquidazione concorsuale, con analoghe modalità, non solo la società, e il suo patrimonio, ma anche i singoli soci illimitatamente responsabili, e il loro patrimonio, perché la loro responsabilità concorre a caratterizzare tipologicamente l'intera disciplina della società*».

506 Cfr. F. GALGANO, *Imprenditore occulto e società occulta*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 5, «*la norma non protegge l'interesse dei creditori, dato che gli organi fallimentari avrebbero pur sempre azione nei confronti del socio solvibile non fallito; la norma protegge l'interesse dei soci, nei loro reciproci rapporti: l'interesse in particolare, del socio insolvente ad essere salvato dal fallimento per intervento del socio solvibile*».

esecutivo lo strumento più idoneo a comporre i conflitti di interessi fra creditori, e in particolare fra creditori commerciali, realizzi a carico dei soci la garanzia posta dalla legge a favore dei creditori sociali senza pregiudizio per gli interessi dei creditori particolari[507].

Nessuna delle tesi appena esposte convince, però, fino in fondo.

Ove si provi a leggere l'art. 147, co. 5, l. fall. quale tassello appartenente al più ampio sistema delle norme anti-abusive, ci si potrebbe avvedere di come esso sia espressione del principio cardine di autoresponsabilità del debitore (art. 2740 c.c.).

È vero, difatti, che il secondo comma dell'art. 2740 c.c. prevede che la responsabilità del debitore possa essere limitata nei casi stabiliti dalla legge, ed è anche vero che il regime di autonomia patrimoniale di cui i soci di società di capitali possono usufruire è espressione della cennata eccezione, ma di esso non si deve abusare, piegando le regole imperative che connotano il tipo al fine di riversare il rischio d'impresa sui creditori[508].

Il sistema non sembra tollerare, in definitiva, casi di esonero da una responsabilità che fisiologicamente derivi da una gestione (e dunque da un potere di gestire) cui faccia da *pendant* un rischio.

Tanto si potrebbe ricavare, a tacer d'altro, dalla constatazione per cui il diritto commerciale è un diritto speciale in senso "forte", equivalente ad un diritto autonomo rispetto al diritto privato generale e dotato di propri principi, capaci di applicazione analogica[509]; è un diritto speciale ma non eccezionale, sicché le regole commercialistiche possono essere sviluppate analogicamente fino a ricavarne principi generali, derogatori rispetto a quelli del diritto civile[510] (nel caso di specie, quello formale della spendita del nome).

La storicità delle categorie giuridiche, in uno con l'ontologica incompletezza dell'ordinamento, richiede all'interprete un costante sforzo di riconduzione a sistema delle norme e dei principi desunti da disposizioni potenzialmente immutevoli, così contribuendo al naturale processo di adattamento del diritto al mutamento di valori nel tempo[511].

---

507 Cfr. A. NIGRO, *sub Art. 147 l. fall.*, cit., p. 2173.

508 Già P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., p. 60, ma *passim*, notava come le regole sulla responsabilità dei soci fossero di certo norme caratterizzanti il tipo e, perciò, «*è vero che della responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali solo nella legge possono trovarsi gli antecedenti ed i regimi e che quindi, già alla luce dei principi generali sulla materia e sulle strutture operative dell'autonomia privata, tali regimi sono estranei all'area delle determinazioni negoziali dei soggetti che partecipano all'operazione, ne consegue che ogni deroga convenzionale ad essi relativa deve ritenersi esclusa, perché gravitante appunto su di una zona insensibile alle regolamentazioni dei privati*».

509 Cfr. L. BUTTARO, *L'autonomia del diritto commerciale*, cit., p. 421 ss., ma spec. p. 429 ss.; G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, cit., p. 11; C. ANGELICI, *La* lex mercatoria *e il problema dei codici di commercio*, cit., p. 361 ss., e spec. p. 372 ss.

510 Cfr. M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., p. 5.

511 Constatazione che la S. C., Cass., 20 maggio 2016, n. 10507, in *www.ilfallimentarista.it* mostra di condividere quando afferma che «*va escluso, d'altro canto, che il carattere eccezionale della disposizione (che, secondo quanto si legge nella*

Una corretta ricostruzione dell'art. 147 l. fall. non potrebbe, infatti, non muovere dal riferimento ad uno dei problemi centrali del diritto commerciale: quale sia il principio d'imputazione in un sistema ordinato ad attività e non a soggetto e, conseguentemente, quale sia il terminale ultimo della disciplina d'impresa[512]. Il problema, traslato sul piano della responsabilità, sostanzialmente verte sulla scelta dell'interesse da far prevalere, se quello dei creditori, diremmo, del soggetto che all'esterno agisce come imprenditore "individuale" ma che in realtà è socio di società occulta, o se l'interesse dei creditori della società occulta, e dunque dell'"imprenditore occulto". Il fatto che il legislatore abbia ritenuto opportuno disciplinare espressamente la fattispecie del fallimento in estensione dei soci occulti di società occulta a partire da un soggetto che all'esterno appare quale imprenditore individuale, ma prima ancora, già nel prevedere il fallimento dei soci occulti di società

relazione ministeriale di accompagnamento al D.Lgs. di riforma della legge fallimentare, ha recepito l'orientamento giurisprudenziale in tema di fallibilità della c.d. società occulta) ne impedisca un'applicazione più ampia di quella consentita dalla sua formulazione letterale: è stato infatti correttamente rilevato che il divieto di applicazione analogica delle leggi eccezionali, sancito dall'art. 14 preleggi, non comporta anche il divieto di una loro interpretazione estensiva, volta ad individuare tutte le ipotesi in esse disciplinate e che ne sono fuori solo in apparenza, perchè non esplicitamente menzionate. Va allora considerato che, anteriormente all'entrata in vigore, nel 2003, del D.Lgs. di riforma del diritto societario, la giurisprudenza negava la possibilità della partecipazione di società di capitali in società di persone (per tutte: Cass. n. 5636/88) e che il dibattito intorno alla configurabilità di una società di fatto o occulta fra società di capitali, ed alla conseguente fallibilità di queste ultime quali soci illimitatamente responsabili, si è sviluppato solo dopo la riforma della legge fallimentare: appare dunque evidente che il legislatore della riforma ha codificato l'orientamento giurisprudenziale che ammetteva il fallimento delle società occulte tenendo conto che esso si era formato sul presupposto (dato per scontato) che le società in questione potessero essere costituite solo fra persone fisiche.

Tali considerazioni appaiono sufficienti ad attribuire al riferimento all'imprenditore individuale contenuto nella L. Fall., art. 147, comma 5 valenza meramente indicativa dello "stato dell'arte" dell'epoca in cui la norma è stata concepita, che non può essere di ostacolo ad una sua interpretazione estensiva che, tenuto conto del mutato contesto nel quale essa deve attualmente trovare applicazione, ne adegui la portata in senso evolutivo, includendovi fattispecie non ancora prospettabili alla data della sua emanazione.

Ciò che, del resto, trova indiretta conferma nell'ordinanza n. 15/016 della Code Costituzionale che, nel dichiarare inammissibile la q.l.c. dell'art. 147, comma 5, ha fra l'altro evidenziato come i giudici rimettenti abbiano omesso di verificare previamente la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente adeguata della disposizione censurata».

512 Come noto, la comprensione dei fenomeni imprenditoriali necessita di categorie concettuali diametralmente opposte rispetto a quelle ricevute dalla tradizione civilistica. Sicché, mentre per il sistema del diritto civile tradizionale rileva la figura del soggetto proprietario, terminale ultimo di diritti soggettivi, il quale pone in essere atti che producono effetti giuridici, per il sistema del diritto d'impresa bisogna guardare alla categoria dell'attività, risolvendosi l'impresa proprio in un'attività organizzata e richiedendo l'organizzazione regole oggettive, che prescindano dai soggetti coinvolti nell'organizzazione stessa. Cfr. P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., *passim*; ed *ex multis* C. ANGELICI, *La* lex mercatoria *e il problema dei codici di commercio*, cit., p. 372 ss.

palese, abbia espresso una preferenza per la tutela dei creditori dell'imprenditore palese (collettivo e non)[513], in sintonia con il principio di autoresponsabilità quale garanzia di una diligente conduzione degli affari espresso dall'art. 2740 c.c., potrebbe lasciar inferire che tale principio, latore di un'eccezione all'ordinario criterio di imputazione degli atti, possa evolvere in regola di sistema della speciale disciplina d'impresa[514].

Ciò potrebbe trovare inoltre conferma nella previsione in tema di corresponsabilità del preponente quando l'institore, nel trattare con i terzi, abbia omesso di spenderne il nome. L'art. 2208 c.c., difatti, nel prevedere che il terzo possa agire anche contro il preponente «*per gli atti compiuti dall'institore, che siano pertinenti all'esercizio dell'impresa a cui è preposto*», sembra dettare una disciplina stravagante se letta alla luce del principio della spendita del nome, ma congrua rispetto al divisato principio di corrispondenza tra rischio e potere[515].

Se nella precedente formulazione dell'art. 147 l. fall., l'interprete doveva compiere un doppio passaggio analogico per giungere alla dichiarazione di

---

513 La critica mossa alla teoria dell'imprenditore occulto e che più è stata coltivata è quella che si appunta sull'ingiustificato sacrificio cui vanno incontro i creditori del *dominus* occulto, ignari dell'esistenza di creditori concorrenti (quelli dell'imprenditore palese) sul medesimo patrimonio: questi ultimi si troverebbero a poter fare affidamento non solo sul patrimonio del prestanome, ma anche su di una garanzia patrimoniale che neppure sapevano di avere. Cfr. in tal senso T. ASCARELLI, *Ancora in tema di imprenditore occulto*, cit., p. 1168 ss., secondo il quale la norma dettata dall'art. 1705 c.c. esprime un "criterio di disciplina tra i vari creditori", ossia un criterio che stabilisce l'ordine di preferenza fra diverse categorie di creditori. Nello stesso senso, in giurisprudenza, cfr. Cass., 9 dicembre 1976, n. 4577, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 628.

514 Cfr. M. CASTELLANO, *L'imputazione dell'attività. L'imprenditore occulto. Inizio e fine dell'impresa*, cit., p. 145.

515 Il primo ad utilizzare la regola contenuta dall'art. 2208 c.c. a sostegno della tesi della fallibilità dell'imprenditore occulto è stato W. BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, cit., p. 30 ss. e p. 50 ss., secondo il quale, così come la responsabilità in questione si aggiunge a quella del preposto in base ad un elemento facente capo all'interesse del preponente, correlativamente, nella fattispecie dell'imprenditore occulto, il prestanome potrebbe essere considerato come un institore "segreto".

Le critiche mosse a tale impostazione sono fin troppo note: secondo A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, cit., p. 35, l'art. 2208 c.c. non sarebbe applicabile al caso dell'imprenditore occulto poiché presupporrebbe come già individuato l'imprenditore, o meglio, come specificato da S. GATTI, *Spendita del nome e titolarità dell'impresa*, in *Diritto fallimentare*, Milano, 1997, p. 44, presupporrebbe come già nota la qualifica di institore in capo a chi agisce, nel senso che la preposizione institoria debba già essere stata palesata ai terzi, i quali tutt'al più potrebbero essere all'oscuro del nome del preponente; secondo G. RAGUSA MAGGIORE, *Il registro delle imprese*, Milano, 1996, pp. 192-193, poi, la predetta norma opererebbe «*nel territorio della responsabilità e non in quello dell'imputabilità dell'esercizio d'impresa*»; cfr. inoltre U. BELVISO, *L'institore*, Napoli, 1966, p. 122 ss., ma spec. p. 126 ss.

Tuttavia, il Bigiavi, già nell'opera precedentemente citata, (cfr. W. BIGIAVI, op. cit., p. 32) precisava che «*l'art. 2208 non è neppur esso un argomento con il quale si possa dimostrare l'ammissibilità dell'imprenditore occulto nel nostro diritto positivo vigente*», e che «*una volta giunti per altra via a quella conclusione, essa risulterà giustificata in sé e differenziata da altre mediante il richiamo all'art. 2208 e alla figura dell'institore segreto*».

fallimento dell'imprenditore occulto[516], oggi, a seguito degli interventi di riforma, il sistema sembra ormai muovere in questa direzione[517], accogliendo l'efficace argomentazione bigiaviana[518] e facendo assurgere il principio di autoresponsabilità ad espressione del binomio potere/rischio fondato su un dato sostanziale: chi ha gestito – a prescindere da come abbia gestito[519] – è

---

[516] Cfr., con riferimento all'art. 147 l. fall. *ante* 2006, F. GALGANO, *L'impresa*, cit., pp. 114 – 115, «*una volta ammessa la responsabilità della società occulta, non si potrebbe, a rigore, fare a meno di ammettere anche la responsabilità dell'imprenditore occulto. Chi, sotto le apparenti sembianze di un imprenditore individuale, agisce per conto di una società occulta si trova, in effetti, nella medesima posizione del prestanome di un imprenditore occulto: egli è stato autorizzato dagli altri soci ad agire per conto, ma non in nome, della società; è, per volontà dei soci, amministratore della società ma non anche suo rappresentante. Dare vita ad una società occulta significa, appunto, questo: significa astenersi dal nominare rappresentanti della società, autorizzati ad agire in nome della società nei rapporti con i terzi. Se, tuttavia, la società occulta ed i suoi soci rispondono delle obbligazioni assunte, in proprio nome, da uno dei soci – e ne rispondono nonostante il fatto che costui non fosse stato munito dagli altri soci di alcun potere di rappresentanza – è chiaro che si prescinde, in questa materia, dal volontario conferimento di poteri rappresentativi: è chiaro che si abbandona il principio dell'art. 1705, per il quale chi agisce per conto altrui, ma in proprio nome, obbliga se stesso e non obbliga, invece, il mandante.*

A questa conclusione si perviene attraverso un doppio passaggio logico: dal fallimento del socio occulto di società palese (proposizione legislativamente enunciata) al fallimento del socio occulto di società occulta (proposizione indotta per analogia); dal fallimento del socio occulto di società occulta al fallimento dell'imprenditore occulto (posizione indotta per analogia da un'altra proposizione già indotta per analogia). Ciò ha reso, agli occhi dei più, scarsamente convincente la conclusione, da taluno giudicata come "fondata sulla punta di uno spillo dell'art. 147 l. fall." [il riferimento è ad A. Asquini, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 325]». L'. Autore conclude constatando che generalmente si ammette il primo dei due passaggi (ana)logici segnalati, ma non il secondo, che consisterebbe nel superamento del principio della spendita del nome, «*che pure si supera quando si ammette il fallimento della società occulta*».

[517] E difatti, se come già sosteneva N. BOBBIO, *Verso una teoria funzionalistica del diritto*, cit., p. 70, il diritto è oggi definibile, dal punto di vista funzionale, «*come forma di controllo e di* direzione *sociale*», le norme "anti-abusive" forniscono una chiara indicazione all'interprete sugli interessi da tenere maggiormente in considerazione nel bilanciamento insito nell'opera ermeneutica.

[518] Secondo W. BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, cit., p. 16, ammesso il fallimento della società occulta, va riconosciuto che essa altro non è se non un imprenditore occulto, dal momento che «*in ambo i casi ci troviamo di fronte ad un imprenditore occulto, che nel primo caso è una società cui partecipa anche colui che agisce con i terzi; nel secondo caso, invece, è una persona (fisica o giuridica) che è l'esclusivo titolare di un'impresa, nell'ambito del quale il prestanome non ha alcuna partecipazione sociale*»; sicché, esso andrà qualificato come imprenditore e sottoposto a fallimento. Tale impostazione, poi, come sostenuto dallo stesso A. (cfr. W. BIGIAVI, *Fallimento dei soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, in *Giur. it.*, 1954, I, p. 691; ID., *L'imprenditore occulto nelle società di capitali e il suo fallimento in "estensione"*, in *Giur. it*., 1959, I, p. 149; ID., *Società controllata e società adoperata "come cosa propria"*, in *Giur. it.*, 1959, I, p. 623), trasposta nell'ambito delle società di capitali portava a teorizzare il fallimento del socio tiranno, ossia del socio che si sia servito della società come cosa propria al fine di perseguire interessi del tutto personali.

[519] Il fallimento in estensione, come detto, è uno dei meccanismi di repressione degli abusi che, al contrario di quanto accade per la fattispecie dell'attività di direzione e

responsabile.

4.3. *L'ambito applicativo dell'art. 147, co. 5, l. fall.*

Pare, così, che l'art. 147, co. 5, l. fall. sia espressione dell'intenzione del legislatore di reprimere abusi dello schermo societario emersi dopo la dichiarazione di fallimento di un "imprenditore individuale", attraverso l'imputazione giuridica dell'impresa, in definitiva, al socio illimitatamente responsabile di una società di fatto cui l'attività sia riferibile.

Il problema diviene, allora, individuare i soggetti cui possa essere applicata tale disciplina, apparendo incongruo rispetto al sistema, per come lo si è descritto, che solo i soci di un soggetto che si palesi sul mercato quale "imprenditore individuale" – nella sua accezione, comunemente utilizzata, di persona fisica che eserciti attività d'impresa non in forma collettiva – possano esser dichiarati falliti ai sensi della citata disposizione. In particolare, ci si potrebbe chiedere se l'utilizzo di modelli, pur apprestati dal legislatore per permettere la massima elasticità nella scelta della forma organizzativa di esercizio dell'attività d'impresa e, dunque, lecitamente adottati, possa essere sanzionato ove il ricorso ad essi si configuri, nella sostanza, come "abusivo".

Per chiarirsi, si potrebbe pensare all'ipotesi della s.r.l. con capitale pari ad un euro che già in fase di *start up* nasca – naturalmente – sottocapitalizzata e rimanga tale durante tutto il corso della propria vita e fino alla dichiarazione di fallimento. In tale ipotesi, è oramai fenomeno ampiamente diffuso quello del ricorso da parte dei soci alla concessione di garanzie personali *a latere* tali da comportare, nella sostanza, la potenziale destinazione del loro intero patrimonio al soddisfacimento di creditori (con tutta probabilità, se non con assoluta certezza, "forti"), sicché ci si potrebbe chiedere se sia possibile, nel caso di specie o in casi analoghi, sanzionare con il rimedio dell'estensione della responsabilità patrimoniale, chi abbia abusato della limitazione di responsabilità, e dunque dello schermo societario, adoperando la società come fosse cosa propria, finanziandola in modo anomalo e, in ultima istanza, comportandosi alla stregua di socio con responsabilità illimitata, in contrasto con una regola tipologica della formula organizzativa prescelta.

Se si condivide quanto sin qui scritto, non si può che rispondere, di primo acchito, in senso positivo al quesito posto.

Va anzitutto detto che l'ipotesi si pone su un piano diverso rispetto a quello sul quale opererebbe una clausola statutaria che preveda la concessione da parte di un socio di s.r.l. di una garanzia fideiussoria per un ammontare ancorato al "multiplo della quota"[520], poiché, in tal caso, nonostante si possa

coordinamento o per quella di responsabilità "gestorie" dei soci di s.r.l., utilizza quale mezzo di reazione l'estensione della responsabilità patrimoniale (per debiti) della società ai soci. Gli artt. 2497 e 2476, co. 7, c.c., invece, non ribaltano i debiti sociali sui soci, ma, piuttosto, contemplano un'azione di responsabilità per danni arrecati in violazione di obblighi di condotta.

520 P. MONTALENTI, *Il diritto societario dai "tipi" ai "modelli"*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 420 ss., ma spec. pp. 444, in cui l'A. discorre delle clausole volte a parametrare la garanzia fideiussoria fornita dal socio al multiplo della quota come di una «*formula meno insincera delle fideiussioni personali* a latere», e p. 446, ove scrive che, pur a ritenere

condividere la notazione "generale e astratta" di chi sostiene che «*nel sistema attuale la ricostruzione dei tratti tipologici caratterizzanti i diversi modelli societari*» debba essere «*metodologicamente impostata in termini di individuazione dei nuclei qualificanti della disciplina e, conseguentemente, del grado* […] *di variabilità della geometria del modello piuttosto che di ricerca dei tratti tipizzanti della fattispecie*»[521], non sarebbe scorretto ritenere che la suddetta previsione debba, in ogni caso, essere ritenuta nulla per contrarietà a norme imperative – quali continuano ad essere, all'evidenza, quelle sul regime di responsabilità[522] –.

Tali condotte, in vero, poiché operanti sul piano dell'attività e, dunque, del fatto[523], potrebbero essere sanzionate per il tramite di una riqualificazione del rapporto intercorrente tra soggetto che abbia abusato della propria posizione e società veicolo dell'abuso. Tuttavia, come si diceva, il dato letterale dell'art. 147, co. 5, l. fall. sembrerebbe non ricomprende nel proprio ambito applicativo la fattispecie in cui si parta non dal fallimento di un "imprenditore individuale", ma di un'organizzazione collettiva.

A ben vedere, però, il problema è solo apparente e verte sul raccordo tra primo e quinto comma. In particolare, si tratta di comprendere cosa debba intendersi per "*imprenditore individuale*", dal momento che, stante il principio di economicità dei mezzi giuridici e per necessità di coerenza sistematica, il legislatore non può aver utilizzato nello stesso enunciato normativo due termini diversi per indicare un medesimo concetto. Nel significato che comunemente si attribuisce al termine, imprenditore "individuale" è sinonimo di imprenditore "persona fisica", in contrapposizione all'imprenditore persona giuridica, ossia alle società o altri enti formati da una pluralità di soggetti. Tuttavia, a seguito della "normalizzazione" della responsabilità limitata del socio unico di s.p.a. e di s.r.l.[524] di cui le riforme del diritto societario e della legge fallimentare sono state foriere, non può più dirsi che impresa "individuale" sia esclusivamente quella esercitata da una persona fisica; piuttosto convince maggiormente l'idea per cui, se l'impresa è attività e la società è forma di organizzazione "*attraverso cui l'attività diviene*"[525], alla locuzione "impresa individuale" debba logicamente attribuirsi il significato di attività imputabile ad un singolo centro d'interessi, ossia all'impresa esercitata "non collettivamente"[526] che si

---

invalide tali clausole, sarebbe tuttavia possibile inserire previsioni di simil tenore in patti parasociali.

521 Cfr. P. MONTALENTI, *Il diritto societario dai "tipi" ai "modelli"*, *op. ult. cit.*, p. 421.

522 Cfr. *supra* nt. 508.

523 Cfr. P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., p. 128 ss.

524 Cfr. quanto scritto in precedenza in questo capitolo, Parte I, par. 1, nt. 10 e testo corrispondente.

525 L'espressione è di M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società per azioni*, cit., *passim*, ma si cita da p. 26.

526 Il legislatore sarebbe incorso in una *falsa demonstratio*, poiché avrebbe «*descritto e qualificato come individuale l'imprenditore il cui fallimento sia suscettibile di estensione, in quanto in tal modo avrebbe recepito l'orientamento giurisprudenziale formatosi in*

scopra, in seguito, far parte di un'impresa collettiva, plurisoggettiva, riposando evidentemente la *ratio* della norma nell'intento di colpire il reale centro d'imputazione dell'attività[527] e, in applicazione della disciplina in tema di società di persone, i suoi soci illimitatamente responsabili[528].

Se così è, sembra che, in sede fallimentare, lo strumento più congruo per la repressione delle forme di abuso dello schermo societario possa essere individuato nella c.d. super-società di fatto[529], ossia nella configurazione di

---

precedenza [...] *in maniera acritica*» e «*peraltro, una simile ipotesi è suffragata anche da un difetto di coordinamento tra commi:* […] *è lo stesso art. 147 l. fall. a prevedere al co. 1 che la sentenza che dichiara il fallimento di una società appartenente ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro V c.c., produce anche il fallimento dei soci, "*pur se non persone fisiche"*, illimitatamente responsabili*», sicché tale precisazione sarebbe frutto della dirompente innovazione di diritto sostanziale apportata dall'art. 2361, co. 2, c.c., il quale, avendo sciolto in senso positivo il dubbio se una società di capitali possa esser socia di una società di persone, ha di necessità ammesso anche il fallimento in estensione a partire da una società di capitali ad una società occulta e ai soci illimitatamente responsabili di questa. Cfr. F. MURINO, *Sulla fattispecie di società di fatto tra società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 914 ss., spec. 931 ss., da cui si cita; in giurisprudenza cfr. spec. Trib. Forlì, 9 febbraio 2008, in *Fall.*, 2008, p. 1328.

Cfr., poi, le riflessioni svolte da G. FERRI JR., *Società di fatto e imprenditore occulto*, in *RDS*, 2016, p. 610 ss., spec. p. 616 ss. e relative all'esercizio collettivo d'impresa in forma non societaria.

527 D'altronde, è stato già da tempo osservato in dottrina che, sul piano teleologico, la personalità giuridica di cui sono dotati alcuni tipi di società ha funzione – anche ideologica, così scongiurando il pericolo di ipostatizzazioni –, tramite una duplicazione dei soggetti, di consentire un'unitaria configurazione delle situazioni giuridiche soggettive; cfr. F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica,* cit., p. 553; F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, cit., *passim*.

528 E non sembra che a tale conclusione possa utilmente replicarsi che, ai fini della dichiarazione di fallimento della super-società di fatto difetterebbe il requisito della c.d. "identità d'impresa", poiché nulla esclude che la società/imprenditore individuale, dal fallimento della quale in estensione si arrivi a quello della società occulta, possa esercitare esattamente la stessa attività a quest'ultima imputabile. Nella fattispecie delineata dall'art. 147, co. 5, l. fall., la prima società si porrebbe quale "esecutrice" di un'attività in realtà imputabile ad un soggetto collettivo, a nulla rilevando, probabilmente, il modo in cui quell'attività d'impresa sia organizzata ai fini dell'identificazione e qualificazione dell'attività stessa e dunque ai fini della sua imputazione. *Contra* N. RONDINONE, *Tecniche di coinvolgimento di* domini *e* holders *nel fallimento delle imprese eterodirette e "superamento" della spendita del nome*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 1045 ss., spec. p. 1075, secondo cui «*il requisito della "identità dell'impresa" può ricorrere solo se l'imprenditore dichiarato fallito appariva titolare di un'impresa individuale, la quale era in realtà "comune" con altre persone fisiche; non anche se si tratti di una società di capitali, poiché l'impresa di questa non potrebbe che rappresentare una parte della "super-impresa"*».

529 Per la fallibilità della super-società di fatto cfr. G. COTTINO-R. WEIGMANN, *Le società di persone*, in *Tratt. Cottino*, Padova, 2004, pp. 90 – 91; A. MIRONE, *sub Art. 2361 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004, pp. 418 – 419; A. AUDINO, *Art. 2361*, cit., p. 423; A. BARTALENA, *Le competenze dell'assemblea*, in *Soc.*, 2005, p. 1093 ss., spec. p. 1102; F. DAGNINO, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., pp. 295 – 296; F. PLATANIA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone alla luce della riforma*, in *Soc.*, 2005, pp. 66 – 67; ID., *Il fallimento della società di fatto partecipata da società di capitali*, in *Fall.*, 2008, p. 1297 ss., spec.

una collettività organizzata della quale l'"imprenditore individuale" fallito sia in realtà socio.

4.4. *Il rimedio della nullità del contratto di società.*

La possibilità di configurare una super-società di fatto necessita, tuttavia,

---

p. 1298; L. AUTUORI, *sub Art. 2361 c.c.*, cit., p. 759 ss.; F. FIMMANÒ, *Il fallimento della super-società di fatto*, in *Fall.*, 2009, p. 89; M. GARCEA, *Il fallimento della società occulta tra società di capitali. Riferibilità dell'impresa e partecipazione di società di capitali a società di* persone, in *Questioni e casi di diritto* commerciale, III, a cura di P. Spada, Padova, 2010, p. 170 ss.; P.G. JAEGER-F. DENOZZA-A. TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, Milano, 2010, p. 155; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2011, p. 76; F. VESSIA, *La partecipazione all'atto costitutivo di soggetti diversi dalle persone fisiche*, in *Trattato sulle società di persone*, a cura di C. A. Busi – F. Preite, Cap. VI, vol. I, Torino, 2015, p. 1165 ss., spec. p. 1204; EAD., *Società in nome collettivo partecipate da persone* giuridiche, cit., p. 547 ss.; G. FERRI JR., *Società di fatto e imprenditore occulto*, cit., p. 610 ss.

In giurisprudenza, cfr. Trib. Forlì, 9 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2008, p. 1425, con nota di G. COTTINO; in *Fall.*, 2008, p. 1328, con nota di M. IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali e il suo fallimento per estensione*; in *NDS – Il nuovo diritto delle società*, 2008, con nota di M. SPIOTTA, *Un inaspettato si all'ipotesi di società di fatto tra società di capitali*; Trib. S. M. Capua Vetere, 8 luglio 2008, in *Riv. dir. soc.*, 2010, p. 98, con nota di A. DI FEBO, *La partecipazione di fatto di società di capitali in società di persone. Profili sostanziali*; in *Fall.*, 2009, p. 89, con nota di F. FIMMANÒ, *Il fallimento della super-società di fatto*; Trib. di Prato, 10 novembre 2010, in *Dir. fall.*, 2011, II, p. 382, con nota di M. B. LEUCARI, *La partecipazione di società di capitali ad una società di fatto: presupposti normativi ed esigenze di tutela dei terzi*; Trib. Palermo, 14 ottobre 2012, in *Soc.*, 2013, p. 392, con commento di C. S. HAMEL, *Il fallimento di società di fatto tra società di capitali*; Trib. Brindisi, 7 gennaio 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 906 ss., con nota di F. MURINO, *Sulla fattispecie di società di fatto tra società di capitali*; Trib. Reggio Calabria, 8 aprile 2013, in *Dir. fall.*, 2014, II, p. 63, con nota di F. GUERRERA, *Note critiche sulla c.d. supersocietà e sull'estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*; Trib. Milano, 30 settembre 2013, in *Soc.*, 2014, p. 816, con commento di F. ATTANASIO, *Riflessioni sull'ammissibilità di una società di fatto tra persone fisiche e giuridiche*.

Contra, cfr. in dottrina G. COTTINO, *Commento* a Trib. Torino 4 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2007, p. 1444; M. IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali*, cit., p. 474; F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna 2013, p. 45; ID., *Diritto commerciale edizione compatta. L'imprenditore – Le società*, Bologna, 2013, p. 121; F. GUERRERA, *Note critiche sulla c.d. supersocietà e sull'estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*, in *Dir. fall.*, 2014, I, p. 63 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, cit., p. 59 ss.; e, se ben s'interpreta il pensiero dell'Autore, A. TUCCI, *Il fallimento della società di fatto fra società di capitali*, in *RDS*, 2016, p. 569 ss.

In giurisprudenza, cfr. Trib. Torino, 4 aprile 2007, in *Giur. it.*, p. 1442, con nota di G. COTTINO; App. Torino, 30 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2007, p. 2219, con nota di G. COTTINO, *Note minime su società di capitali (presunta) socia di società di persone e fallimento*; in *Riv. dott. comm.*, 2008, p. 309, con nota di A. BARTALENA, *Società di fatto partecipata da società di capitali*; App. Bologna, 11 giugno 2008 e App. Napoli 15 giugno 2009, in *Riv. dir. soc.*, 2010, p. 99 ss., con nota di A. DI FEBO, *La partecipazione di fatto di società di capitali in società di persone. Profili sostanziali*; App. Venezia, 10 dicembre 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Mantova, 30 aprile 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 906 ss., con nota di F. MURINO, *Sulla fattispecie di società di fatto tra società di capitali*.

la preventiva soluzione di problemi posti dal diritto delle società.

In passato era orientamento prevalente in giurisprudenza quello per cui una società di capitali non avrebbe potuto esser socia di una società di persone[530], e l'eventuale atto con cui la stessa si fosse comunque trovata a detenere una partecipazione in società personali, veniva colpito da nullità insanabile[531].

Nonostante la riforma del diritto societario abbia sovvertito tale orientamento prevedendo espressamente la possibilità per una s.p.a. di acquistare partecipazioni che comportino responsabilità illimitata, ponendo delle condizioni "formali" a tutela dei soci e dei terzi (art. 2361, co. 2, c.c. e art. 111-*duodecies* disp. att. c.c.)[532], alcuni tribunali hanno (anche di recente)

---

530 Gli argomenti contrari alla possibilità per una società di capitali di assumere partecipazioni in società di persone sono: *i*) l'incompatibilità di tale partecipazione con il principio di responsabilità illimitata dei soci; *ii*) il contrasto insanabile che si verrebbe a creare fra il più stringente sistema normativo in punto di amministrazione della s.p.a. e quello, più elastico e privo di ogni garanzia di pubblicità, proprio delle società di persone. Il sistema di pesi e contrappesi predisposto quale *pendant* della concessione del beneficio della responsabilità limitata verrebbe di fatto disapplicato se a gestire quel patrimonio – garanzia diretta e principale dei creditori della s.p.a. – fossero soggetti svincolati dall'applicazione di quella normativa e non soggetti ai controlli da essa previsti (cfr. Cass. n. 5636 del 1988); *iii*) l'essenzialità nelle società di persone dell'*intuitus personae* e l'impossibilità dell'instaurarsi dell'*intuitus personae* nei confronti di una persona giuridica. È evidente l'ipostatizzazione da cui origina tale critica; *iv*) l'inapplicabilità ai soci persone giuridiche delle norme di cui agli artt. 2257, 2259, 2284, 2286, 2298, 2318 c.c.

Tra quanti sostenevano l'inammissibilità della partecipazione di società di capitali in società di persone cfr., *ex multis*, A. SRAFFA-P. BONFANTE, *Società in nome collettivo fra società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, p. 609 ss.; G. FRÈ, *sub Art. 2331*, in *Commentario al Codice Civile Scialoja-Branca. Società per azioni*, Bologna – Roma, 1951, pp. 78 – 79; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., p. 93 ss.; F. GALGANO, *Le società di persone*, in in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, Milano, 1972, p. 368 ss.; G. OPPO, *Sulla partecipazione di società a società personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, p. 1 ss.

531 Ed alcune pronunce dichiarative del fallimento di società di capitali, socie di s.n.c., in uno con la dichiarazione di fallimento dei soci – persone fisiche di quest'ultima, testimoniano come tale fenomeno fosse sì vietato, ma comunque ricorrente e conosciuto; cfr. Trib. Lucca, 25 gennaio, 1978 e Trib. Prato, 3 novembre 1977, in *Dir. fall.*, 1978, II, p. 329 con nota di F. POLISI, *Un campanello di allarme: società di fatto con società di capitali*; Trib. Bologna, 16 gennaio 1990, in *Soc.*, 1990, p. 492.

532 Cfr. sul punto nt. 214 *supra*.

In giurisprudenza, la maggior parte delle pronunce ha riguardato, in vero, casi in cui a fallire come "imprenditore individuale" sia stata una s.r.l., e non una s.p.a., sicché si è posto il problema, in mancanza di una disciplina *ad hoc* nel contesto del primo tipo societario di cui è discorso, di una norma analoga all'art. 2361, co. 2, c.c., potendosi tutt'al più richiamare l'art. 2479, co. 2, n. 5, c.c., il quale però non appare idoneo a fornire soluzioni univoche.

Va allora anzitutto individuata la *ratio* dell'art. 2361, co. 2, c.c., al fine di comprendere se detta norma abbia un significato solo nell'ambito della s.p.a. o se invece debba essere considerata norma transtipica poiché contenente una disciplina tesa a bilanciare interessi che sempre si manifestano al verificarsi della fattispecie che di quella disciplina si pone quale antecedente, a prescindere dal tipo sociale concretamente adottato. Bisogna segnalare che il coordinamento sistematico di questa con le altre ipotesi

tipiche di speciale competenza assembleare su individuati atti di gestione potenzialmente rischiosi poiché comportanti una distrazione di risorse sociali in ragione della ricorrenza di interessi propri degli amministratori o dei soci di maggioranza (si pensi alle fattispecie di cui agli artt. 2343-*bis* e 2357 c.c.) non è agevole. Inoltre, il legislatore, al contrario di quanto ha fatto con queste ultime, non ha previsto delle conseguenze per la violazione dell'art. 2361, co. 2, c.c. Secondo alcuni Autori (cfr. per tutti V. DONATIVI, *sub Artt. 2361 e 111*-duodecies, cit., p. 220; A. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 110 ss.; P. ABBADESSA-A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nella s.p.a.*, cit., p. 269 ss.) la *ratio* della rimessione all'assemblea dei soci della decisione in merito all'acquisto di partecipazioni implicanti una responsabilità illimitata risiederebbe nella gravità delle conseguenze patrimoniali che la partecipazione del tipo in rilievo comporta, non per ultimo l'assoggettabilità a fallimento a seguito del fallimento della partecipata società di persone.

Secondo altra opinione, la previsione in parola sarebbe da spiegare in ragione delle ripercussioni che l'acquisto di una partecipazione che comporti una responsabilità illimitata implica sul "governo" delle risorse sociali, specie con riferimento alle regole – decisamente più elastiche rispetto a quelle delle società di capitali – che disciplinano l'amministrazione ed i controlli nelle società di persone, impedendo agli amministratori della società partecipante un controllo stringente sulle risorse della società di appartenenza. Per tale impostazione cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, cit., p. 543; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, cit., p. 117; F. TOSCHI VESPASIANI, *La partecipazione della s.p.a. in altre imprese comportante responsabilità illimitata*, in *Soc.*, 2004, p. 1077; F. DAGNINO, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 293; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 94; E. BARCELLONA, *sub Art. 2361* c.c., cit., p. 327; L. AUTUORI, *sub Art. 2361 c.c.*, cit., p. 745; F. CARBONETTI, *sub Art. 2361 c.c.,* in *Commentario romano al nuovo diritto delle società,* a cura di F. D'Alessandro, II, 1, Padova, 2010, 415; M. IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali*, cit., p. 473; R. LENER-A. TUCCI, *Società per azioni. L'assemblea,* cit., p. 41. Secondo G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, cit., p. 14; E. GINEVRA, *sub Art. 2361 c.c.*, cit., pp. 1354-1355; ma *contra* P. ABBADESSA-A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nella s.p.a.*, cit., 269 ss., secondo il quale l'art. 2361, co. 2, c.c., qualunque tesi si scelga di sostenere tra quelle precedentemente esposte circa la *ratio* di detta norma, conferma che per il sistema esistono degli interessi c.d. primordiali dei soci che permettono di configurare in capo ad essi – in deroga all'art. 2380-*bis* c.c. – un potere gestorio implicito.

Propendono a favore della tesi dell'applicabilità analogica V. DONATIVI, *sub Artt. 2361 e 111-duodecies*, cit., pp. 236 – 237; A. AUDINO, *Art. 2361*, cit., p. 425; U. TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo «modello di organizzazione dell'attività d'impresa»*, cit., p. 195; A. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., pp. 116 – 117; L. AUTUORI, *sub Art. 2361 c.c.*, cit., p. 756; M. IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali*, cit., p. 474; F. VESSIA, *Società in nome collettivo partecipate da persone* giuridiche, cit., p. 547 ss., spec. p. 574. *Contra*, cfr. F. TOSCHI VESPASIANI, *La partecipazione della s.p.a. in altre imprese comportante responsabilità illimitata*, cit., p. 1079, il quale ritiene che la competenza spetti sempre agli amministratori. In senso dubitativo M. MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, in *Orizzonti del diritto commerciale. Rivista telematica*, 2015, 1, *passim*, ma spec. p. 17.E ragioni di ordine sistematico ci inducono a ritenere che tale previsione sia altresì applicabile alla s.r.l.

Ci sembra che, seppur non nei termini in cui viene risolto il problema utilizzando l'argomento delle decisioni di interesse primordiale con tutti i precipitati in punto di disciplina da esso implicati, siano soluzioni congrue rispetto al sistema quella di

affermato che «*la mancata formalizzazione della partecipazione, attraverso l'assunzione della necessaria delibera assembleare, sia tale da inibire la venuta ad esistenza del legame societario*»[533], operando la citata norma quale limite all'acquisto di partecipazioni di s.p.a. in società di persone in mancanza degli adempimenti da essa richiesti. Il risultato sarebbe l'invalidità della partecipazione così assunta in società di fatto e – ove tale partcipazione fosse da considerarsi essenziale per la prosecuzione dell'attività d'impresa (art. 1420 c.c.) – l'invalidità della società stessa[534]. Tuttavia, tale ricostruzione non convince pienamente, e ciò per diverse ragioni.

Anzitutto, delle due condizioni richieste, ossia la necessità di una delibera assembleare e l'obbligo d'iscrizione nella nota integrativa di bilancio in capo agli amministratori, quella che ha sollecitato maggiori problemi interpretativi è stata la prima. Ci si è chiesti, difatti: *a*) se tale previsione implichi l'attribuzione di una vera e propria competenza gestoria in capo ai soci[535] (in

---

coinvolgere in certa misura i soci nel processo decisionale, di carattere altrimenti squisitamente gestorio, che porta gli amministratori all'acquisto di partecipazioni in società di persone e quella, pertanto, che porta ad applicare l'art. 2361, co. 2, c.c., in via analogica anche alla s.r.l.

Con detta conclusione non contrasta il preteso carattere personalistico del tipo s.r.l. (Cass., 21 gennaio 2016, n. 1095, in *Giur. it.*, 2016, p. 1138 ss., con note di M. IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali*, e O. CAGNASSO, *L'acquisto da parte di s.r.l. di una partecipazione a responsabilità limitata*), affermazione che rischia, a ben vedere, di risolversi in un'ipostatizzazione del concetto giuridico della s.r.l. stessa, dal momento che la caratterizzazione come tipo personalistico o come tipo capitalistico dipende in concreto dai caratteri che la specifica s.r.l. viene ad assumere. Si potrebbe creare, in definitiva, una distonia tra il "tipo ideale" ipotizzato dal legislatore ed il "tipo reale" da disciplinare in concreto. In tal caso, si finisce per utilizzare un concetto giuridico riassuntivo di *regulae iuris* come argomento fondante l'applicazione di quelle regole stesse, anziché ricavarle a partire dal dato della realtà e in forza del principio di congruità tra antecedente (fattispecie o tipologia della realtà) e disciplina, facendo del metodo tipologico un "letto di Procuste" anziché una guida ermeneutica.

[533] Trib. Bergamo, 19 marzo 2015, in *www.iusexplorer.it*, ma cfr. già, *ex multiplis*, App. Torino, 30 luglio 2007, in *Nuovo dir. soc.*, 2007, p. 2219 ss.; App. Bologna, 11 giugno 2008, in *Fall.*, 2008, p. 1293 ss.; App. Napoli, 5 giugno 2009, in *Nuovo dir. soc.*, 2009, p. 42 ss.; App. Venezia, 10 dicembre 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Mantova, 30 aprile 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 15 gennaio 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Foggia, 3 marzo 2015, in *www.iusexplorer.it*.

[534] Cfr. sul punto in particolare i lavori di F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. not.*, 2008, p. 267 ss., spec. p. 295 ss.; ID., *Supersocietà di fatto ed estensione del fallimento alle società eterodirette*, in *www.ilcaso.it*, pp. 13 ss. e 24 ss.

[535] Cfr. nt. 214 di questo capitolo.

Ritengono che si tratti di competenza propria dell'assemblea A. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 110 ss.; G. PRESTI-M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 466; F. BRIOLINI, *Gli strumenti di controllo degli azionisti di minoranza sulla gestione*, cit., p. 20; M. IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali*, cit., p. 474; ID., *La società di fatto tra società di capitali: un tema controverso*, cit., p. 55 ss.; F. GUERRERA, *Note critiche sulla c.d. super-società e sull'estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*, cit., pp. 66-67.

Secondo alcuni Autori, il principio oggi contenuto nell'art. 2361, co. 2, c.c., sarebbe

deroga agli artt. 2380-*bis*, 2381, 2364, co. 1, n. 5, 2479 c.c.) o se, al contrario – e come sembra più corretto – si risolva nella rimozione di un limite ad un potere proprio dell'organo gestorio e sia pertanto riconducibile nell'alveo dell'art. 2364, co. 1, n. 5, c.c. poiché atto di alta amministrazione[536]; *b*) se il mancato rispetto di tale formalità renda[537] o meno[538] opponibile ai terzi gli effetti della pur di fatto[539] acquisita partecipazione, implicando la risposta

espressione di un più generale principio di devoluzione di competenza all'assemblea dei soci per alcune "*decisioni di interesse primordiale*", in virtù del principio di buona fede nell'esecuzione del rapporto di amministrazione. Così prima della riforma del diritto societario V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 4, 1991, p. 105 ss.; P. ABBADESSA, *Competenza dell'assemblea: casistica e principi*, cit., p. 21 ss.; nonché successivamente P. ABBADESSA, *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, cit., p. 543; G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, cit., p. 25; G.B. PORTALE-A. DACCÒ, *Accentramento di funzioni e di servizi nel gruppo e ruolo dell'assemblea della società controllata*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 477; E. GINEVRA, *sub Art. 2361 c.c.*, cit., p. 1345 ss. Precisa poi P. ABBADESSA, *La competenza assembleare in materia di gestione nella s.p.a.: dal codice alla riforma*, cit., p. 13 ss., nel criticare la tesi delle competenze legali implicite sostenuta da G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, *ivi*, p. 1 ss., che gli amministratori sono comunque tenuti, quando si trovino a dover adottare decisioni di interesse primordiale, a dover informare l'organo assembleare, il quale potrà esprimere pareri o raccomandazioni, notando «*che è, poi, quanto gli amministratori farebbero in ogni caso nei confronti del socio o della coalizione di controllo: la legge solamente impone che l'informazione non resti riservata ad alcuni interlocutori privilegiati, ma sia estesa a tutti gli azionisti*».

Secondo A. PAOLINI, *Le modificazioni di fatto dell'oggetto sociale*, cit., p. 76, la previsione di una competenza assembleare in materia gestoria, dopo la riforma del 2003 e con il conseguente irrigidimento del modello corporativo da essa attuato, rappresenta senz'altro una previsione "eccentrica" ed "asistematica" nell'ambito della nuova disciplina della s.p.a.

536 Così la dottrina dominante, cfr. V. DONATIVI, *sub Artt. 2361 e 111*-duodecies, cit., p. 227 ss.; ASSOCIAZIONE PREITE, *Il diritto delle società*, Bologna, 2004, p. 118; M. CAVANNA, *sub Art. 2361, 2° comma*, cit., p. 456; F. TOSCHI VESPASIANI, *La partecipazione della s.p.a. in altre imprese comportante responsabilità illimitata*, cit., p. 1078; A. AUDINO, *Art. 2361*, cit., p. 414; F. DAGNINO, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 293; E. BARCELLONA, *sub Art. 2361* c.c., cit., p. 329; U. TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo «modello di organizzazione dell'attività d'impresa»*, cit., p. 195; L. AUTUORI, *sub Art. 2361 c.c.*, cit., p. 747; F. FERRARA JR.-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., pp. 545 e 825; F. VESSIA, *Società in nome collettivo partecipate da persone* giuridiche, cit., p. 547 ss., spec. p. 574.

537 Cfr. V. DONATIVI, *sub Artt. 2361 e 111*-duodecies, cit., pp. 231-232; E. BARCELLONA, *sub Art. 2361* c.c., cit., pp. 330-331; U. TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo «modello di organizzazione dell'attività d'impresa»*, cit., p. 195; M. IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali*, cit., p. 474.

538 Cfr. A. MIRONE, *sub Art. 2361 c.c.*, cit., p. 420.

539 Pur in mancanza di autorizzazione, un'attività è stata comunque esercitata, il che implica, alla luce del principio di effettività, che siano stati coinvolti interessi anche di terzi. Tale assunto sollecita la riflessione per cui, come nel caso dell'impresa illecita (nella variante dell'impresa illegale), anche qui debba essere applicata quella parte di disciplina del diritto d'impresa volta a tutelare i creditori, altrimenti ci si troverebbe nella

positiva una tutela della loro buona fede e lasciandosi pertanto preferire; *c*) se, dunque, i limiti derivanti dalla legge, e non solo dallo statuto o dall'atto di nomina, al generale potere di rappresentanza degli amministratori (artt. 2384, 2375-*bis* c.c.) siano opponibili o meno ai terzi (è il tema dei cc.dd. atti *ultra vires*)[540]; questione, quest'ultima, cui sembra più corretto dare risposta

paradossale situazione per cui gli amministratori potrebbero essi stessi invocare la mancanza di autorizzazione richiesta dall'art. 2361, co. 2, c.c. al fine di caducare gli effetti negativi arrecati dall'assunzione di partecipazione illimitata e, inoltre, l'autorizzazione assurgerebbe ad elemento costitutivo della fattispecie imprenditore, in aperto contrasto con l'art. 2082 c.c. (oltre che, per le società, con l'art. 2247 c.c.).

Il riferimento all'impresa illecita è stato per la prima svolto da A. BARTALENA, *Le competenze dell'assemblea*, in *Soc.*, 2005, p. 1093 ss., spec. p. 1102.

[540] Con un'importante pronuncia (Cass., 21 gennaio 2016, n. 1095, in *Giur. it.*, 2016, p. 1138 ss., con note di M. IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali*, e O. CAGNASSO, *L'acquisto da parte di s.r.l. di una partecipazione a responsabilità limitata*), la Corte di Cassazione, anche a seguito dell'atteggiamento di *epochè* manifestato da parte della Corte Costituzionale, per risolvere i segnalati problemi, ha anzitutto tracciato una distinzione fra il primo ed il secondo comma dell'art. 2361 c.c., ritenendo che la prima disposizione contenga un divieto assoluto per la società di acquisire partecipazioni che comportino, per la loro misura o per il loro oggetto, una modifica sostanziale dell'oggetto sociale così come previsto nell'atto costitutivo, e che al contrario la seconda, per la sua morfologia, esprima un *favor* nei riguardi dell'acquisto di partecipazioni che comportino una responsabilità illimitata per la società di capitali, in virtù del principio di autonomia imprenditoriale. Il nomoteta della riforma, infatti, avrebbe deliberatamente scelto di non conformarsi al modello dettato dal già esistente primo comma dell'art. 2361 c.c., predisponendo invece una «*disposizione abilitativa costruita all'inverso*» (p. 8 della sentenza), priva di una sanzione specifica, rendendo inoltre inapplicabile il rimedio della nullità virtuale in quanto, per un verso, gli interessi tutelati dalla norma, nello specifico nella parte in cui si richiede la delibera assembleare, sono interessi dei soci (e non interessi generali o di terzi in particolare); e, per altro verso, la violazione non sarebbe attinente ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto. La Corte prosegue affermando che la delibera richiesta dalla legge è da qualificare come "autorizzazione" – sulla falsariga della previsione generale dell'art. 2364, co. 1, n. 5, c.c. – e che, come tutte le norme di simil tenore che richiedono un'autorizzazione da parte dell'assemblea, anche questa non faccia altro che implicare la rimozione di un vincolo ad un potere spettante agli amministratori. In altre parole, a seguito della riforma societaria il principio generale in tema di gestione delle società per azioni è ricavabile dal combinato disposto degli artt. 2364, co. 1, n. 5 e 2380-*bis* c.c., i quali escludono la configurabilità delle già menzionate "decisioni di interesse primordiale" o di ogni altra costruzione giuridica tesa a riconoscere una competenza gestoria in capo ai soci, rendendo conseguentemente perfettamente valido ed efficace – *re melius perpensa*, idoneo a vincolare la società – ogni atto posto in essere dagli organi gestori. Sicché, anche il problema posto dall'art. 2384 c.c. circa l'opponibilità di vincoli discendenti dalla legge ai poteri di rappresentanza degli amministratori – e non, come testualmente previsto, «*dallo statuto o da una decisione degli organi competenti*» – va risolto nel senso della loro inefficacia nei confronti dei terzi, salva in ogni caso l'*exceptio doli*. Siffatte condivisibili conclusioni poggiano anzitutto su un'interpretazione orientata ai principi ricavabili dalle disposizioni comunitarie (*rectius*, union-europeiste), principi che nell'opera ermeneutica fungono da scriminanti nella scelta fra più possibili interpretazioni di norme interne.

A tal proposito, la Cassazione invoca prima gli artt. dal 7 al 9 della direttiva CEE n. 151 del 9 marzo 1968 (c.d. prima direttiva in tema di società), ora trasfusi negli artt. da 8 a 10 della direttiva 2009/101/CE, poi la premessa della prima direttiva, trasfusa – per quel

negativa[541].

Inoltre, anche a voler ammettere che la società di fatto sia viziata sul piano genetico per le ragioni in precedenza rappresentate, la sentenza che ne dichiari la nullità, comportando per essa l'ingresso nello stato di liquidazione, non potrà che produrre effetti *ex nunc* in applicazione analogica dell'art. 2332 c.c. [542], non essendo certo idonea ad elidere il rilievo giuridico che il suo operare nel mercato ha prodotto[543].

---

che qui interessa – nei considerando 2 e 9 della direttiva codificata: in particolare, dal combinato disposto dei due considerando si evince che la limitazione in tutti gli Stati membri delle cause di invalidità delle obbligazioni assunte in nome della società è servente rispetto alla tutela degli interessi dei terzi. L'art. 10 (già art. 9) prevede, al primo comma, che «*gli atti compiuti dagli organi sociali obbligano la società nei confronti dei terzi, anche quando tali atti sono estranei all'oggetto sociale, a meno che eccedano i poteri che la legge conferisce o consente di conferire ai predetti organi*». Così, se l'atto posto in essere dall'organo gestorio rientra nell'esercizio di quei poteri che la legge o l'autonomia privata potrebbero conferire all'organo stesso (è il caso dell'art. 2361, co. 2, c.c.), quell'atto rimane perfettamente efficace nei confronti dei terzi e le condizioni disposte all'esercizio del potere gestorio degli amministratori avranno un'efficacia meramente endosocietaria ed obbligatoria, non opponibile ai terzi.

541 La soluzione indicata può altresì essere spiegata facendo ricorso alla "*agency theory*": in una prospettiva prettamente economica, la s.p.a. può essere letta come modello organizzativo societario che meglio esprime il principio di divisione del lavoro, con la conseguenza che, al fine di sfruttare i benefici che in termini di riduzione degli "*agency costs*" ne derivano, quanto più i poteri di controllo degli azionisti come *principals* vengono ampliati, tanto più si riducono i margini di discrezionalità degli amministratori (*agents*); tuttavia, lasciar loro un margine di manovra troppo ampio potrebbe ingenerare comportamenti opportunistici; cfr. in questo senso, *ex multis,* C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit., p. 159 ss.

In continuità con tale impostazione, si potrebbe osservare come nel nostro ordinamento la necessità di un simile bilanciamento sia stata avvertita dal legislatore e di come la soluzione datane sia riconducibile ai principi espressi dagli artt. 2380-*bis* e 2384 c.c. (ma in verità diffusi anche su un piano comparatistico): una lettura sistematica del combinato disposto delle due norme induce a ritenere che, al carattere della responsabilità limitata proprio del modello organizzativo della s.p.a., il sistema attribuisca, quale contrappeso, un'ampia libertà agli amministratori e riconnetta una loro correlativamente ampia responsabilità per *mala gestio*, e, ciò, anche ed evidentemente al fine di ridurre i costi di transazione che i creditori dovrebbero affrontare ove non avessero certezza di poter fare affidamento sul potere degli amministratori di vincolare validamente la società.

542 Ciò anche alla luce del sistema delle invalidità societarie e, *in apicibus*, di un principio cardine del diritto d'impresa, quello di effettività (poiché espressione di una più ampia esigenza sistematica di certezza dei traffici giuridici, anche a tutela dei creditori). Cfr. per primo C. ANGELICI, *La società nulla*, cit., p. 297 ss. e, per un approfondimento del tema, che qui si è potuto solamente riassumere in estrema sintesi, oltre che per ulteriori riferimenti, F. VESSIA, *Società in nome collettivo partecipate da persone* giuridiche, cit., pp. 578-579, spec. nt. 103.

543 Cfr. in tal senso G. PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1*, Torino, 2004, p. 490 ss.; ID., *sub Art. 2332*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 89 ss., spec. p. 99 ss.; F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, cit., pp. 298-299; ID., *Supersocietà di fatto ed estensione del fallimento alle società eterodirette*, in *www.ilcaso.it*, p. 24 ss.

4.5. *Conclusioni sulla super-società di fatto.*

Quanto detto induce non solo a ritenere che rimedio più congruo rispetto alla fattispecie della super-società di fatto sia l'applicazione dell'art. 147, co. 5, l. fall, ma che, come si diceva in chiusura del § 4.3., la tesi da preferire sia quella dell'applicabilità estensiva (o comunque analogica)[544] della norma sì

[544] Anche sul piano processuale, questione affrontata vieppiù da G. FERRI JR., *Società di fatto e imprenditore occulto*, cit., pp. 611, 615. Il problema, in sostanza, attiene alla legittimazione attiva per l'istanza di estensione del fallimento dell'"imprenditore individuale" alla società occulta, dal momento che il richiamo contenuto nel quinto comma dell'art. 147 l. fall. al quarto comma della stessa disposizione dovrebbe ritenersi anch'esso di applicazione eccezionale, sicché parallelamente all'indagine sull'applicazione analogica od estensiva della disposizione di carattere sostanziale ne andrebbe condotta un'altra sulla possibilità di interpretare analogicamente od estensivamente anche quella di carattere processuale. A tal proposito, si noti come norma di riferimento per l'attribuzione della legittimazione processuale sia l'art. 6 l. fall., il quale prevede che «*il fallimento è dichiarato su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero*», escludendo (come ovvio) la legittimazione del curatore. E alla stessa soluzione si dovrebbe pervenire ove si qualificassero come norme eccezionali quelle contenute nel quarto e quinto comma dell'art. 147 l. fall., dovendosi allora concludere che il fallimento in estensione della super-società non possa mai esser richiesto dal curatore della società-impresa "individuale" fallita, in quanto privo della legittimazione a richiedere il fallimento in via principale.

Tuttavia, opportuno precisare, che secondo il principio generale, ad esempio desumibile dalla lettura *a contrario* dall'art. 81 c.p.c., la legittimazione ad agire spetta a colui che nel proporre la domanda si prospetta titolare della situazione giuridica sostanziale fatta valere in giudizio: tanto occorre, ma tanto basta per integrare la condizione dell'azione, irrilevante essendo, a questi fini, la titolarità effettiva, la cui verifica già attiene al merito della controversia. Ancora dall'art. 81 c.p.c. si ricava che l'ordinamento non esclude del tutto ipotesi di sostituzione processuale, nelle quali, beninteso in presenza di previsione di legge, taluno agisce facendo valere un diritto dichiaratamente altrui in nome proprio: dunque, suole dirsi, quale legittimato straordinario, senza essere o comunque qualificarsi titolare della situazione sostanziale o suo rappresentante.

Se così è, e stando a quanto opinato da autorevole dottrina (A. BONSIGNORI, *sub art. 147 l. fall.*, in F. GALGANO-A. BONSIGNORI, *Fallimento delle società*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna, 1997, p. 211 ss., ma spec. p. 215, «*negare una legittimazione autonoma del curatore significherebbe privarlo del rango di collaboratore del giudice, per degradarlo al livello di un mandatario dei creditori, con un arretramento concettuale di secoli*»), si avverte forte l'esigenza di leggere la fattispecie descritta alla luce dei principi costituzionali, primo tra tutti l'art. 24 Cost. riguardante il diritto di agire in giudizio per l'esercizio e la tutela di un proprio diritto. Sicché, sarebbe del tutto incongruo, sul piano sistematico, attribuire al curatore poteri di gestione e di realizzo del valore patrimoniale dell'impresa fallita, per poi escludere che lo stesso possa esercitare l'azione che meglio e più efficacemente potrebbe soddisfare l'interesse dei creditori nel rispetto della *par condicio*. Diviene dunque legittimo dubitare della congruità sistematica della precedente ricostruzione e propendere per l'applicazione estensiva della disposizione che attribuisce la legittimazione attiva al curatore del fallimento della società-imprenditore "individuale" per prima fallita (commi 4 e 5 dell'art. 147 l. fall.) anche nell'ipotesi della super-società di fatto, dovendosi altrimenti discorrere, *mutatis mutandis* sul piano processuale, di disparità di trattamento per situazioni analoghe, oltre che di un *vulnus* ai poteri del curatore, il quale oggi, ancor più a seguito della riforma della legge fallimentare, deve gestire il patrimonio del fallito con lo scopo di meglio soddisfarne i creditori, finalità a cui l'estensione del fallimento è con ogni evidenza tesa.

da permetterle, attingendo al più ampio bacino assiologico delle norme anti-abuso, non solo di assurgere a principio generale nel diritto fallimentare, ma, forse, anche di travalicarne i confini.

A opinare diversamente, si perverrebbe ad un'affatto ingiustificata disparità di trattamento tra medesime fattispecie, l'una, quella della società dichiarata fallita ai sensi degli artt. 1, 5 e 15 l. fall. con contestuale estensione del fallimento ai suoi soci illimitatamente responsabili, tra i quali potenzialmente potrebbero esservi delle società di capitali, ai sensi del primo comma dell'art. 147 l. fall., e l'altra, della società dichiarata fallita ai sensi del quinto comma[545].

Come già prospettato in altra sede[546], può esser utile, per meglio chiarire

---

È opportuno precisare, infine, che secondo il principio generale, ad esempio desumibile dalla lettura *a contrario* dall'art. 81 c.p.c., la legittimazione ad agire spetta a colui che nel proporre la domanda si prospetta titolare della situazione giuridica sostanziale fatta valere in giudizio: tanto occorre, ma tanto basta per integrare la condizione dell'azione, irrilevante essendo, a questi fini, la titolarità effettiva, la cui verifica già attiene al merito della controversia.

Ancora dall'art. 81 c.p.c. ricaviamo tuttavia che l'ordinamento non esclude del tutto ipotesi di sostituzione processuale, nelle quali, beninteso in presenza di previsione di legge, taluno agisce facendo valere un diritto dichiaratamente altrui in nome proprio: dunque, suole dirsi, quale legittimato straordinario, senza essere o comunque qualificarsi titolare della situazione sostanziale o suo rappresentante.

Sulla legittimazione processuale, in termini generali, cfr. L.P. COMOGLIO, *Le garanzie costituzionali dell'azione nel processo civile*, Padova, 1970; ID., *Note riepilogative su azioni e forme di tutela nell'ottica della domanda giudiziale,* in *Riv. dir. proc*., 1993, p. 465 ss.; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione (artt. 99-111*), in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, Torino, 1973; G. TOMEI, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.,* XXIV, Milano, 1974, p. 65 ss.; R. ORIANI, *Domanda giudiziale*, in *Enc. giur*., XII, Roma, 1989; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto,* Torino, 1980, p. 3 ss.; G. COSTANTINO, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990; C. CONSOLO, *Domanda giudiziale,* in *Dig. disc. priv. sez. civ*., IV, Torino, 1991; E. FAZZALARI, *Azione civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ*., II, Torino, 1988; A. ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, in *Dig. disc. priv. sez. civ*., IV, Torino, 1993; L. MONTESANO, *Accertamento giudiziale*, in *Enc. giur*., I, Roma, 1988; ID., *Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1993, p. 63 ss.

545 Cfr. da ultima Cass., 20 maggio 2016, n. 10507, in www.iusexplorer.it, in cui si legge che «*il collegio condivide l'orientamento, maggioritario in dottrina, secondo cui un'interpretazione dell'art. 147, comma 5 L. Fall., che conducesse all'affermazione dell'applicabilità della norma al solo caso (di fallimento dell'imprenditore individuale) in essa espressamente considerato, risulterebbe in contrasto col principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.: invero, una volta ammessa la configurabilità di una società di fatto partecipata da società di capitali e la conseguente sua fallibilità ai sensi della L. Fall., art. 147, comma 1, non v'è alcuna ragione che, nell'ipotesi disciplinata dal ridetto 5 comma - in cui l'esistenza della società emerga in data successiva al fallimento autonomamente dichiarato di uno solo dei soci - possa giustificarne un differenziato trattamento normativo, ammettendone o escludendone la fallibilità a seconda che il socio già fallito sia un imprenditore individuale o collettivo.*

Non può infatti concepirsi diversità di trattamento fra due fattispecie che presentano identità di ratio».

546 Cfr. N. MUCIACCIA, *L'art. 147, co. 5, legge fallim. quale norma anti-abusiva di contrasto al fenomeno della super-società di fatto*, in *Dir. fall.*, 2017, I, *in press*.

la tesi esposta, far ricorso all'argomento apagogico[547]: aderendo all'opinione di quanti non ritengono applicabile l'art. 147, co. 5, l. fall. alla super-società di fatto, ci si potrebbe trovare nella paradossale situazione di poter dichiarare il fallimento di una società di persone che abbia per soci illimitatamente responsabili unicamente società di capitali e, contestualmente, il loro fallimento in estensione, e a non poter dichiarare il fallimento di una società di persone la cui compagine sociale sia formata tutta da persone fisiche con l'eccezione di una sola società di capitali che agisca all'esterno apparendo come "imprenditore individuale" (nel senso prima indicato), solo perché l'esistenza della società venga scoperta successivamente al fallimento della società/"imprenditore individuale"[548].

La configurazione di una super-società di fatto implica, in sostanza, la riqualificazione del tipo societario abusivamente utilizzato al solo fine di evitare di incorrere in responsabilità illimitata, attraverso l'applicazione di regole congrue rispetto alla formula organizzativa in concreto adottata (ossia la società di persone nella declinazione della s.n.c.), e trova la propria ragion d'essere nella ricostruzione del fenomeno societario non in termini di contratto (ossia di programmazione), ma di rapporto (ossia di attività organizzata e in divenire), sulla scorta di un modello idealtipico, che accomuna tanto la società di fatto quanto quella occulta ed apparente[549], riconducibile ai cc.dd. *faktische Vertragsverhältnisse*[550].

---

547 Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 369 ss.

548 Tale cennata evidente disparità di trattamento ha indotto per primo il Trib. di Bari, ordinanza del 20 novembre 2013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, p. 319, con nota di A. DELL'OSSO, *La supersocietà di fatto (tra società di capitali) al vaglio della Corte Costituzionale*; in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 906, poi anche il Trib. di Catania, ordinanza del 27 novembre 2014 ed il Trib. di Parma, ordinanza del 13 marzo 2014, a sollevare dinanzi alla Corte Costituzionale questione di legittimità dell'art. 147, co. 5, legge fallim. per contrarietà con gli artt. 3 e 24 della Costituzione, nella parte in cui non consente l'estensione del fallimento originariamente dichiarato nei confronti di una società di capitali ad una società di fatto costituita tra la società originariamente fallita e altri soci di fatto.

La Consulta si è in tutti e tre i segnalati casi (due dei quali riuniti) espressa per la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, imputandola a carenze istruttorie, alla mancata trattazione *funditus* dei problemi derivanti dall'art. 2361, co. 2, c.c., e, ciò che ad avviso di chi scrive può ritenersi pienamente condivisibile, al mancato tentativo da parte dei rimettenti di interpretare la norma in senso costituzionalmente orientato. Le ordinanze di rigetto sono Corte Cost., 12 dicembre 2014, n. 276 (pubblicata in G. U. il 17 maggio 2015) e n. 15 del 13 gennaio 2016 (pubblicata in G. U. il 3 febbraio 2016) entrambe consultabili sul sito della Consulta.

549 Così C. ANGELICI, *Società apparente*, in *Enc. giur.*, vol. XXIX, Roma, 1993, p. 3.

550 Cfr. da ultimo C. ANGELICI, *Profili dell'impresa nel diritto delle società*, cit., p. 237 ss., ma spec. p. 251. Per rilievi sui rapporti di fatto e sull'impresa come fatto cfr. anche G. COTTINO, *Considerazioni sulla disciplina dell'invalidità del contratto di società di persone*, cit., p. 301 ss.; L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 98 ss.; G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, cit., p. 165 ss.; V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, cit., *passim*, ma spec. p. 297 ss.; C. ANGELICI, *Società di fatto*, cit., *passim*; R. SACCO, *Sulla società di fatto*, cit., p. 59 ss.; L. STANGHELLINI, *Contributo allo studio del rapporto di fatto*, cit., p. 163.

4.6. *Uno strumento anti-abuso atipico: la società apparente.*

Tentando di tirare le fila del discorso sin qui svolto, ed osservando ciò che per lo più accade nei tribunali, salta subito all'occhio come gli strumenti della società occulta e della super-società non vengano utilizzati al pieno delle proprie potenzialità, ciò che induce gli interpreti a fare ricorso ad argomentazioni spesso non troppo persuasive pur di raggiungere i medesimi risultati[551].

Esempio ne sia la confusione spesso creatasi tra la società di fatto palese (art. 147, co. 1, l. fall.), la società occulta e la sopra richiamata società apparente[552], opera quest'ultima della creatività giurisprudenziale e tesa ad ovviare alle difficoltà probatorie incontrate dagli organi giudicanti nell'accertamento relativo all'esistenza di un rapporto societario occulto e, quindi, come suol dirsi, di un'*affectio societatis*: la seconda delle tre menzionate fattispecie esisterebbe nei rapporti interni, pur senza manifestarsi all'esterno (se non una volta dichiarato il fallimento di uno dei suoi soci quale "imprenditore individuale"), mentre la terza – la società apparente – pur non esistendo nei rapporti interni, apparirebbe all'esterno[553]. Il punto diviene, dunque, quello di verificare la tenuta sistematica di tale ricostruzione, al fine di fornire un esatto inquadramento dogmatico e, conseguentemente, operativo, ai due richiamati istituti.

L'attenzione deve così concentrarsi sui caratteri dell'affidamento[554] – si pensi alla *affectio familiaris*[555] – dal quale il rapporto sociale scaturisce, per

---

551 Cfr. sul tema, per ultimo, A. BASSI, *L'apparenza come criterio di imputazione della responsabilità per l'esercizio dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 751 ss.

552 E probabilmente un esempio di tale equivoco può riscontrarsi in Cass., 21 gennaio 2016, n. 1095, in *Giur. it.*, 2016, p. 1138 ss., con note di M. IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali*, e O. CAGNASSO, *L'acquisto da parte di s.r.l. di una partecipazione a responsabilità limitata*.

553 Secondo la giurisprudenza, (cfr., *ex multis*, Cass., 13 giugno 2016, n. 12120, cit.; Cass., 20 aprile 2006, n. 9250, in www.iusexplorer.it; Cass., 22 marzo 2001, n. 4089, in www.iusexplorer.it; Cass. 9 giugno 1993 n. 6438, in *Riv. dir. comm.*, 1994, p. 297; Cass., 7 giugno 1985, n. 3398, in *Fall.*, 1986, p. 152) «*il principio dell'apparenza del diritto importa che, perché una società di fatto possa considerarsi esistente nel mondo esterno, con tutte le conseguenze d'ordine sostanziale circa la responsabilità del patrimonio sociale e di quello individuale dei soci, sia sufficiente che apparisca esistente di fronte ai terzi, il che si verifica quando due o più persone operino nel mondo esterno in guisa da ingenerare l'opinione che esse agiscano come soci, onde i terzi, trattando con loro, siano indotti a fare legittimo affidamento sull'esistenza e sulla responsabilità della società apparente*» e conseguentemente «*ai fini della prova dell'esistenza di una società di fatto di fronte ai terzi è sufficiente l'accertamento, riservato al giudice di merito, della esteriorizzazione del vincolo, consistente nel fatto che due o più persone operino nel mondo esterno in modo da determinare nei terzi il ragionevole convincimento che essi agiscano come soci*», e dunque, se il tratto caratterizzante della fattispecie è l'affidamento che i terzi abbiano riposto nell'esistenza della società, la prova contraria dovrà vertere non sull'inesistenza, quanto sull'indicazione di indici che consentano di smentire l'apparenza.

554 Cfr. M. SPIOTTA, *Società di fatto o «del fatto compiuto»?*, in *Giur. comm.*, 2013, II p. 438 ss., ma spec. p. 449 ss., nota ad App. Catanzaro, 30 luglio 2012.

555 Cfr. per riferimenti sul punto, per ultimi, in giurisprudenza, Trib. Taranto, 18

poi verificare se la soluzione in termini di interessi prevalenti nel bilanciamento effettuato sia congrua al sistema. Bisogna a tal proposito constatare come la dichiarazione di fallimento di una società apparente determini il prevalere dell'interesse dei creditori dell'imprenditore individuale che essi presumano, invece, agire in nome e per conto di un ente collettivo con soci illimitatamente responsabili, rispetto agli interessi dei creditori particolari dei singoli soci, ignari che il proprio debitore fosse in realtà socio illimitatamente responsabile.

Ciò è – in parte – quanto accade nella fattispecie disciplinata dal quinto comma dell'art. 147 l. fall., ma con una differenza essenziale riguardo al principio d'imputazione.

Ed infatti, la disciplina diverge fra i due casi in relazione all'ambito probatorio. Per accertare l'esistenza di una società occulta, bisognerà provare l'effettivo ricorrere di un rapporto associativo ai sensi dell'art. 2247 c.c.; al contrario, per l'accertamento dell'esistenza di una società apparente, la prova da dover fornire sarà più agevole poiché attinente alla dimensione "fattuale" e cioè al "fatto-attività collettivamente esercitata" oggettivamente considerato e come apparso all'esterno, agli occhi dei – o per lo meno di alcuni – terzi.

Nella dialettica tra contratto e impresa[556], la società occulta si può atteggiare tanto come contratto associativo con comunione di scopo e plurilaterale, quanto come mero fatto giuridico fondato sul criterio della effettività, ma pur sempre riconducibile *lato sensu* ad una volontà (manifestata tramite un vero e proprio accordo segreto o anche solo per fatti concludenti) dei consociati; al contrario, la società apparente nasce per tutelare il ragionevole affidamento che (alcuni) terzi di buona fede abbiano riposto nell'esistenza di un rapporto sociale pur in mancanza di qualsivoglia elemento caratterizzante la fattispecie del contratto di società (art. 2247 c.c.). E anzi, a ben vedere, l'esistenza del rapporto sociale viene fondato su un carattere che gli artt. 2082 e 2247 c.c. neanche richiedono ai fini della configurazione della fattispecie di imprenditore, né individuale, né collettivo: l'esteriorizzazione.

In senso critico, però, autorevole dottrina ha notato come il principio dell'apparenza operi in maniera assai differente nel campo del diritto civile comune e in quello del diritto societario, in quanto in questo secondo ambito si «*prescinde del tutto da ogni profilo di incidenza soggettiva della fattispecie, e, imperniando il discorso su un piano essenzialmente oggettivo, non coinvolge alcun problema di rapporti con l'affidamento e la buona fede del terzo*»[557]; di tal che il rimedio per il tradimento dell'affidamento

novembre 2015, n. 85 e, in dottrina, A. BASSI, *Il fallimento delle società con soci illimitatamente responsabili*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di A. Jorio, in *Nuova giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, diretta da Aa. Vv., Torino, 2016, p. 2763 ss., ma spec. p. 2799 ss., ove ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

556 Cfr. C. ANGELICI, *Note minime su "La libertà contrattuale e i rapporti societari"*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 403 ss., spec. p. 406.

557 Cfr. C. ANGELICI, *Società apparente*, cit., p. 2, ove anche riferimenti bibliografici.

incolpevole non sarà quello generale di tipo risarcitorio, quanto piuttosto il fallimento della società. Conseguenza di ciò è che, per il sol fatto che anche un solo creditore in buona fede abbia fatto affidamento sull'esistenza di un rapporto sociale tra soggetti distinti, il giudice di merito, pur difettando la prova dell'esistenza del rapporto sociale, potrà fondare la dichiarazione di fallimento non sul celato rapporto di fatto esistente, ma sulla percezione che di quel rapporto il terzo abbia avuto.

Per quanto si è venuto fin qui dicendo, la ragione fondante del diverso criterio che permette di assoggettare a discipline differenti soggetti che esercitino o meno un'attività d'impresa potrebbe essere rintracciato, ancora una volta, nel principio di autoresponsabilità, nel fatto cioè che chi ha il potere di gestire l'attività debba altresì rispondere per le obbligazioni che a quel potere siano connesse, sopportando il naturale rischio d'impresa. Intanto gli interessi dei creditori dei soci occulti saranno sacrificabili in quanto quei soggetti abbiano effettivamente assunto la qualifica di "socio" ai sensi dell'art. 2247 c.c.

Il fallimento della società apparente si fonda, perciò, su un presupposto del tutto diverso: il presunto socio può non esser mai stato effettivamente socio della società, eppure l'affidamento che alcuni terzi abbiano riposto sul fatto che egli sia qualificabile come tale porta al suo fallimento, ossia al concorso dei suoi creditori con i creditori della società e degli altri "soci"[558].

È evidente come le *rationes* sottese alle due figure descritte siano affatto diverse, tuttavia, inserendosi la società apparente nel quadro dei rimedi volti a reprimere condotte abusive, la riconduzione della fattispecie concreta alternativamente in quella astratta della società occulta o della stessa società apparente riverbera i propri effetti, come detto, sul piano della prova dell'esistenza del rapporto, rimanendo indifferente relativamente alla condizione di insolvenza del patrimonio sociale. Ed infatti, in entrambi i casi, ma per ragioni differenti, potremmo forse concludere che lo stato d'insolvenza si potrà presumere, sicché dovrà essere il soggetto di cui si chieda il fallimento a provare che la super-società non versi in condizioni di dissesto[559].

---

[558] Cfr. A. BASSI, *L'apparenza come criterio di imputazione della responsabilità per l'esercizio dell'impresa*, cit., p. 751 ss., ma spec. p. 753 ss.

[559] Se è vero che «*con l'impresa, ivi ovviamente compresa quella societaria, emerge e assume un rilievo centrale il momento della produzione della ricchezza, in termini quindi differenti rispetto al modo in cui è stata tradizionalmente costruita la figura contrattuale, imperniata invece soprattutto sui problemi della circolazione e dell'appropriazione della ricchezza*» e che conseguenza di ciò è che «*quando la prima si realizza, la questione non è più quella di verificare la "giustificazione" di trasferimenti di ricchezza in fatto avvenuti, e in caso negativo imporre un trasferimento in senso inverso, ma di distribuire fra i protagonisti gli esiti positivi o negativi dell'attività produttiva svolta*», è altresì vero che la finalità redistributiva rimessa al giudice in queste circostanze va attuata guardando agli interessi che il sistema indica come prevalenti. Tali sarebbero quelli dei creditori della società apparente, ossia di quei soggetti che abbiano fatto affidamento in buona fede sulla garanzia patrimoniale di soggetti tra i quali non intercorra in realtà alcun rapporto societario, a scapito degli interessi dei creditori particolari dei singoli soci, esattamente così come accade nella fattispecie della società occulta. Per le citazioni, cfr. C. ANGELICI,

Contrariamente a quanto sin qui detto per la società occulta e per quella apparente, potremmo invece ritenere che la società di fatto palese sia fallibile ai sensi dell'art. 147, co. 1, l. fall. e che debba, perciò, esserne necessariamente valutato lo stato d'insolvenza da parte dell'organo giudicante, in applicazione dell'art. 5 l. fall. poiché soltanto ad essa sarebbe riferibile l'attività d'impresa, non potendosi perciò stesso parlare di "estensione" del fallimento ai sensi del quinto comma dell'art. 147 l. fall.

Profili dell'impresa nel diritto delle società, cit., p. 237 ss., ma spec. p. 252.

CAPITOLO III
FATTISPECIE ATIPICHE DI ABUSO (DEL DIRITTO) NEL DIRITTO DELLE SOCIETÀ.

SOMMARIO: Premessa. – 1. L'"interesse sociale" tra contrattualismo ed istituzionalismo. – 1.1. L'affermarsi della teoria contrattualista a seguito della sentenza Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151 ed i suoi riflessi sul problema dell'abuso delle minoranze. – 2. Il superamento delle concezioni tradizionali. – 3. Le ragioni del conflitto tra maggioranze e minoranze assembleari. – 4. Le fattispecie di abuso della maggioranza nella casistica giurisprudenziale. – 4.1. Abuso dell'autofinanziamento. – 4.2. Decisione abusiva di scioglimento anticipato della società – 4.3. Le modificazioni statutarie. – 4.3.1. L'adozione di delibere abusive aventi ad oggetto, in particolare, l'aumento del capitale. – 4.4. Determinazione del compenso degli amministratori. – 5. Gli abusi delle minoranze. – 6. Verso una nuova lettura dell'abuso del diritto nelle fattispecie atipiche. – 7. I rimedi agli abusi delle maggioranze e delle minoranze. – 8. La responsabilità deliberativa dei soci. – 9. I rimedi contro le cc.dd. delibere negative.

Premessa.

La ricerca sin qui condotta ha permesso, in prima battuta, di constatare l'operatività, nel presente assetto sistematico, di un principio generale anti-abuso il quale si estrinseca in diverse manifestazioni e, in secondo luogo, di desumere come il legislatore, nel momento in cui, con la riforma del 2003, ha riconosciuto maggiore spazio all'autonomia privata nella conformazione, organizzazione e gestione di collettività organizzate che rivestano la forma di società di capitali, abbia allo stesso tempo avvertito l'esigenza di porre un argine alle condotte abusive dei consociati attraverso la predisposizione di specifici dettati normativi.

Tuttavia, già prima del 2003, dottrina e giurisprudenza non mancavano di far ricorso alla categoria dell'abuso per reprimere comportamenti risultanti in fattispecie atipiche – non espressamente contemplate dal nomoteta – tra le più importanti delle quali possono annoverarsi l'abuso del diritto di voto[1] (ossia della maggioranza e della minoranza[2]) e dunque anche dello scioglimento dell'ente societario, del recesso del socio, di operazioni straordinarie e alle

---

[1] Tra i primi e più risalenti lavori, cfr. in particolare quello di F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 176 ss., spec. p. 178 ss.

[2] Delle quali, è utile segnalarlo in questa fase introduttiva al tema, non esiste una definizione legislativa. È stato notato da uno studioso, in riferimento alla "maggioranza", come l'unico elemento certo che contribuisca alla determinazione del concetto sia il metodo collegiale, prescelto dal legislatore per l'assunzione delle deliberazioni assembleari che, tuttavia, «*rappresenterebbe soltanto la naturale contropartita del principio di maggioranza*». Così P. BENAZZO, *Autonomia statutaria e quozienti assembleari nelle società di capitali*, Padova, 1999, p. 154.

quali possono oggi aggiungersi l'abuso nella creazione di categorie di azioni[3], dei poteri di controllo sull'attività gestoria e delle procedure concorsuali alternative al fallimento.

Nel prosieguo del lavoro s'intende concentrare l'attenzione solo su alcune di esse, quelle alle quali, ad avviso di chi scrive, la ricerca condotta può fornire maggiori apporti conoscitivi, solo premettendo in questa sede che le situazioni soggettive del socio[4] possono, in estrema sintesi e su un piano generalissimo, configurarsi come *i*) inerenti all'organizzazione sociale, dando vita, sul piano patologico, a conflitti tra soci, ovvero come *ii*) non inerenti ad essa e, pertanto, contrapponendo i soci alla società[5].

Poiché alle prime sarà dedicata la trattazione che segue, almeno un fugace cenno meritano certo le seconde.

È giusto il caso di notare che non può, al proposito, dubitarsi che tra il socio e la società (persona giuridica) intercorra un "rapporto", atteso che quest'ultima, per la particolare normativa ad essa afferente, è posta in condizione di formale alterità soggettiva rispetto al primo[6]: di conseguenza, può riscontrarsi l'esistenza, da un lato, di situazioni giuridiche (indipendentemente dalla qualifica di obblighi, oneri, etc.) tutelabili dalla

---

[3] Sul quale cfr. da ultimo A.A. AWAAD, *Abuso delle categorie di azioni e patti parasociali nelle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 1070 ss., il quale indaga il tema del ricorso alla creazione di categorie speciali di azioni quale alternativa alla stipula di patti parasociali, con conseguente perseguimento di medesimi risultati senza però dover rispettare la disciplina in punto di pubblicità e trasparenza (artt. 2341-bis e 2341-ter c.c., 122 TUF) per essi predisposta.

[4] Sulle quali il rinvio è d'obbligo a V. BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960. Ma cfr. anche M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa. Profili ricostruttivi*, Milano, 2008.

[5] Cfr. V. BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960, p. 125 s.; A. MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960, p. 165 s.; G.C.M. RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, Milano, 1965, p. 125 s.; G.L. PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 210 s.; G. FERRI, *La tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, pp. 3 ss. e 12 ss. (sebbene lo scritto sia in realtà risalente al 1932) e, più di recente, P.P. FERRARO, *Le situazioni soggettive del socio di società a responsabilità limitata*, Milano, 2012, p. 92 ss.

Altra distinzione è quella, proposta da C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 54, tra diritti che competono all'azionista in funzione del suo solo interesse (diritto di recesso; diritto di concorrere alla decisione di liquidare la società, etc.) e quelli che gli permettono di contribuire alla realizzazione del programma imprenditoriale della società (esercizio del voto per deliberare aumento del capitale con esclusione del diritto di opzione; etc.).

Cfr. in riferimento al sistema tedesco, ove è stata fondata la dogmatica delle situazioni soggettive indisponibili, H. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, I, München, 1980, p. 419 ss.; M. LUTTER-P. HOMMELHOFF, § 14, *GmbH- Gesetz Kommentar*, (Hrsg) von P. Hommelhoff und M. Lutter, Köln, Schmidt, 2015, Rn. 11.

[6] Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, cit., p. 41 ss., per il quale la personalità giuridica è una tecnica legislativa che consente alle società di capitali «*di essere trattate per legge come soggetti di diritto formalmente distinti dalle persone dei soci* […] *e godono perciò di una piena e perfetta autonomia giuridica*».

Per un approfondimento dei problemi sul concetto di persona giuridica, cfr. quanto detto *supra*.

società nei confronti dei soci; dall'altro, di posizioni legislativamente riconosciute al socio rispetto alla società (diritti soggettivi, poteri, etc.)[7].

Ed invero, è ad esempio innegabile che il conferimento sia la prestazione cui le parti del contratto di società si obbligano, attraverso un atto di destinazione stabile, finalizzato a dotare la società di un patrimonio di rischio necessario per lo svolgimento dell'attività sociale, autonomo rispetto a quello dei soci[8]; ed è altrettanto innegabile che l'ordinamento societario abbia predisposto taluni meccanismi di reazione, inclusa persino l'estromissione del socio dalla società, nell'ipotesi di inadempimento a tale obbligo, per la mancata esecuzione del conferimento[9]. Peraltro, se si ha riguardo alle situazioni soggettive che il socio vanta nei confronti della società, non può negarsi che il diritto al dividendo, sorto in capo al socio per effetto della deliberazione di distribuzione degli utili, sia tutelabile giudizialmente alla stregua di un normale diritto di credito[10].

Con tali affermazioni, è bene precisarlo, chi scrive non intende sostenere,

---

7 È noto e sicuramente condivisibile quanto scritto da P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, cit., p. 240, «*ove vi è il diritto soggettivo in senso proprio si è per noi fuori o al termine del fenomeno associativo*».

8 Cfr. sul punto anche G. FERRI, *sub Art. 2247 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1955, p. 28; P. FERRO LUZZI, *op. ult. cit.*, p. 315 ss.

Secondo G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 2015, p. 2 ss., «*è coessenziale all'essenza stessa della società che tutti i soci partecipino al rischio dell'impresa comune e quindi che eseguano o si obblighino ad eseguire un apporto a titolo di conferimento*».

Sulle diverse implicazioni della natura giuridica dell'obbligo di conferimento come promessa o come obbligazione, a cui possa corrispondere una mera aspettativa ovvero una pretesa, cfr. G. FERRI JR., *Investimento e conferimento*, cit., p. 219 ss., spec. p. 224 ss.

9 Si vedano sul punto l'art. 2344 e l'art. 2466 c.c., novellato rispetto al precedente art. 2477 c.c. È evidente come, nella s.r.l., risulti prioritaria l'istanza di tutela per la società con riferimento al reperimento delle risorse necessarie all'esercizio dell'attività comune, atteso che non si fa più menzione del «*socio che non esegue il pagamento della quota*», e quindi specifico del solo apporto di danaro (espressione che invece si ritrova nella s.p.a.), bensì del socio «*che non esegue il conferimento*», consentendo l'applicazione del rimedio ad ogni ipotesi non attuativa, anche riferibile a conferimenti di beni in natura, o di altri crediti e di ogni altro possibile apporto.

Per una puntuale analisi del rimedio prima della riforma, cfr. M. PERRINO, *Le tecniche di esclusione del socio nelle società di capitali*, Milano, 1997; sulla riforma, dello stesso A., cfr. ID., *La rilevanza del socio nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, cit., p. 835 ss.;

10 Cfr. G. ROSSI, *Utili di bilancio, riserve e dividendi*, Milano, 1957, p. 122; G.E. COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Milano, 1994, vol. VII, t. 1, p. 501.

Si vuole sottolineare che qui non si discute sulla indefettibilità e assolutezza di un diritto all'utile in capo al socio, tematica su cui la dottrina si è ampiamente interrogata e per la quale le soluzioni sono state variegate, benché si sia giunti prevalentemente ad affermare, anche in giurisprudenza, l'inesistenza di un diritto soggettivo alla ripartizione annuale degli utili, salvo le ipotesi di abuso a danno della minoranza. Si discute in merito al diritto all'utile che è divenuto diritto al dividendo in seguito alla decisione dell'assemblea.

attraverso il ricorso al concetto di diaframma societario[11], un ritorno *tout court* alla "normalità" del rapporto sociale nell'ambito del tipico schema obbligatorio[12] e, in particolare, alla "corrispettività" delle relazioni intercorrenti tra socio e società[13]: da un lato, sono ben note le obiezioni di chi non ritiene esauriente il richiamo ai normali schemi di diritto soggettivo-obbligo – sulle quali si tornerà più oltre –, in ragione della mediazione del profilo organizzativo, per cui «*alla posizione di obbligo (*id est*: quello del conferimento) corrisponde un'altra che è, in realtà, di potere che individua quindi una funzione*»[14], per cui non sarà tanto la società come "persona giuridica" a rilevare, quanto i soci nell'esercizio delle proprie prerogative interne alla dinamica sociale; dall'altro, il discorso investe tematiche relative al concetto, tra i più discussi nella storia del diritto, di personalità giuridica, che in questa sede è stato solo dato accennare, ai fini meramente strumentali all'indagine in oggetto.

Premessi questi brevi ma opportuni cenni a tale tipologia di conflitti, è ora possibile dedicarsi al tema dei rapporti tra soci, impostando il problema dell'abuso del diritto (o potere) di voto e, dunque, degli abusi della maggioranza e della minoranza.

1. *L'"interesse sociale" tra contrattualismo ed istituzionalismo.*

---

11 L'affermazione di una alterità soggettiva, la costruzione concettuale di un altro soggetto, qual è la società, sicuramente è stato strumento utilizzato nelle precedenti ricostruzioni dottrinali per ricondurre il rapporto tra socio e società agli schemi del rapporto bilaterale.

12 Proprio con riferimento al conferimento, parte della dottrina ha cercato, infatti, di individuare un elemento di corrispettività nel contratto sociale, cfr. E. SIMONETTO, *Società, contratto a prestazioni corrispettive e dividendo come frutto civile*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1962, I, p. 487 ss.

Si vedano sul punto le affermazioni di P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, cit., p. 317 ss., spec. p. 327 ss., per l'irriducibilità del conferimento al concetto di prestazione nello scambio.

13 In particolare, la tesi della corrispettività tra prestazione e partecipazione sociale, è stata sviluppata da A. DALMARTELLO, *Società e sinallagma*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, p. 494 ss.; e, se non interpretiamo male il pensiero dell'Autore, da V. BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, cit., p. 100 ss.; *contra* cfr. P. FERRO LUZZI, *op. ult. cit.*, p. 331 ss.; G. SANTINI, *sub Art. 2472 c.c.*, in *Della società a responsabilità limitata, Art. 2472-2497*-bis, in *Commentario del codice civile*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1984, p. 18, nt. 2, per il quale non si può parlare di scambio tra prestazione e partecipazione nella società, come nella vendita non si scambia la cosa contro la qualità del venditore.

14 C. ANGELICI, *Le basi contrattuali della società per azioni*, cit., p. 133; ma prima, ID., *Delle società per azioni. Le azioni*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992, p. 14 ss., e poi anche, ID., *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., *passim*, ma spec. pp. 77-78; in particolare con riferimento alla tematica dei gruppi di società, ID., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 189 ss.; ID., *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., p. 37 ss., per il quale poi le caratteristiche dinamiche e metaindividuali del momento societario sono irriducibili al significato statico ed individualistico degli schemi tipici del rapporto obbligatorio.

Di abuso[15] del diritto di voto se n'è tradizionalmente parlato in relazione al conflitto di interessi dei soci con "*quello della società*" (oggi disciplinato, nei *corpora* normativi della s.p.a. e della s.r.l., rispettivamente dagli artt. 2373 e 2479-*ter*, co. 2, c.c.), oltre che in riferimento alla formazione della volontà dell'ente societario espressa dall'organo assembleare attraverso la regola (plutocratica[16]) della maggioranza[17] – fondata sull'assunto che ad un maggior rischio debba corrispondere maggior potere – e, fenomeno ad esso speculare, per gli abusi perpetrati dalle minoranze[18].

Occorre, in prima battuta, fare chiarezza sulla natura giuridica del "voto", concetto estremamente rilevante, più che in passato, soprattutto a seguito dell'introduzione di istituti – come già la proliferazione delle categorie

---

15 E che il problema vada correttamente impostato in questi termini lo segnalavano già tempo fa A. CERRAI-A. MAZZONI, *La tutela del socio e delle minoranze*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 1 ss., spec. p. 71 ss., nonché, già in precedenza, in uno studio dal taglio comparatistico, A. MAZZONI, *La tutela delle minoranze azionarie*, in *Inchieste di diritto comparato. I grandi problemi della società per azioni nelle legislazioni vigenti*, 5, II, Padova, 1976, p. 1023 ss., spec. p. 1088 ss.

16 Cfr. da ultimi L. SCHIUMA, *Governo societario ed esercizio del diritto di voto*, in *Governo societario ed esercizio del diritto di voto*, a cura di L. Schiuma, 2015, p. 1 ss.; C. ANGELICI, *Sulla tutela delle minoranze azionarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, p. 567 ss., spec. p. 568, dalle cui parole emerge chiaramente il legame tra principio maggioritario così come conformato nelle s.p.a., prospettiva plutocratica e "spersonalizzazione" della partecipazione dei soci: «*non tanto rilevano le persone, quanto i "sacchi di denaro" cui corrisponde la loro posizione, con una prospettiva allora essenzialmente plutocratica*».

17 Cfr. per tutti, in una prospettiva sistematica, O. GIERKE, *Sulla storia del principio di maggioranza*, in *Riv. soc.*, 1961, p. 1103; K.J. ARROW, *The limits of organization*, New York-London, 1970, p. 63 ss.; A. SERRA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, 1980, *passim*; E. RUFFINI, *Il principio maggioritario*, Milano, 1987, *passim*, ma spec. p. 93 s.; F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007; F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 126 ss.; C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 111 ss., nt. 68, in cui osserva che «*il principio autoritativo presente nella regola maggioritaria*» si spiega «*in base alla considerazione generale secondo cui, fra i due possibili modelli organizzativi, quello basato sul* consensus *ovvero sull'*authority*, il secondo si fa necessariamente preferire in situazioni di eterogeneità degli interessi e di asimmetrie informative*».

In particolare, può essere interessante notare come, in distonia rispetto a quanto accade nel diritto comune dei contratti, spetti alla maggioranza il potere di modificare liberamente il contratto sociale senza il consenso di tutte le parti contraenti. Sul piano comparatistico, una prima affermazione di tale principio si rinviene nel caso posto all'attenzione della giurisprudenza francese *Société générale fornitures mitaires, Petrix*, Cass., 30 maggio 1892, in cui si affermava, in contrasto con quanto sino a quel momento sostenuto, la possibilità per la maggioranza assembleare di modificare il contratto sociale, superando l'impostazione per cui esso fosse strettamente legato alla sua fonte contrattuale e non potesse che essere modificato all'unanimità. Cfr., per ulteriori riferimenti alla competenza della maggioranza in ordine alla modifica del contratto sociale, G.L. PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, cit., p. 113 ss.

18 Sui quali ci si può per il momento limitare a richiamare le importanti monografie di A. PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze "abusi" e rimedi*, Torino, 2004, del quale si accoglie lo spunto a parlare di "minoranze", piuttosto che di "minoranza" al singolare e di M.P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, cit., spec. p. 101 ss.

speciali di azioni[19], ma oggi anche il voto plurimo, le partecipazioni con voto maggiorato o la regola della *record date* (legata al fenomeno dell'*empty voting*)[20] – che hanno avuto l'effetto di accentuare il divario tra proprietà azionaria e cc.dd. diritti di *voice* e, conseguentemente, tra rischio e potere, incidendo sul principio di auto-responsabilità e moltiplicando la possibilità del verificarsi di ipotesi di abuso. Il voto è stato da alcuni Autori qualificato come vero e proprio diritto[21] e, dunque, come atto negoziale unilaterale (come tale distinto dalla deliberazione intesa quale atto collegiale finale), da altri come "potere" (o fatto giuridico[22] o funzione[23]) esercitabile nell'ambito del più complesso procedimento deliberativo e, pertanto, "irrilevante" di per sé nei rapporti tra consociati[24]. In particolare, questa seconda ricostruzione – effettuata con riferimento alla sola società per azioni, ma probabilmente estensibile anche, se non altro, a s.a.p.a. ed s.r.l. – riposa sul presupposto che l'intera vicenda societaria vada letta nella prospettiva "organizzativa"[25] ed in

---

19 Lo notavano un decennio fa C.F. GIAMPAOLINO, *Le azioni speciali*, Milano, 2004, p. 14 ss.; A.M. LEOZAPPA, *Diritti di categoria e assemblee speciali*, Milano, 2008, *passim*.

20 Sul punto si tornerà oltre; per il momento è sufficiente rinviare a F. GUERRERA, *La scissione tra proprietà e voto nella s.p.a.: doveri, abusi, rimedi*, in *Giur. comm.*, 2017, I, p. 191 ss.

21 Cfr. *ex multis* F. GUERRERA, *Abuso del voto e controllo "di correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, cit., p. 181 ss.; ID., *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., *passim*, ma già da p. 8 ss.; ID., *"Compiti" e responsabilità del socio di controllo*, cit., pp. 506 ss.; ID., *La scissione tra proprietà e voto nella s.p.a.: doveri, abusi, rimedi*, cit., p. 191 ss.; M. MILLI, *La deliberazione assembleare*, Padova, 2007, p. 39.

22 Il "potere" dev'essere in questo contesto inteso, nel senso in cui lo intende C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 55, nt. 85, come il risultato di «*regole che non concernono l'attribuzione di situazioni giuridiche soggettive, bensì i modi giuridicamente rilevanti per la* produzione di un'azione». Cfr. così anche L. FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987, p. 331; P. FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all'atto costitutivo*, cit., p. 48 ss.; G. GUIZZI, *Le decisioni dei soci: profili tipologici*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, p. 1006 s.; F. CHIAPPETTA, *sub Art. 2377*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2008, p. 269 e nt. 28.

23 Come accade nelle visioni istituzionalistiche. Ma *contra* cfr. A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, p. 263, nt. 150; A. CERRAI-A. MAZZONI, *La tutela del socio e delle minoranze*, cit., p. 1 ss., spec. p. 73.

24 Che anche il singolo voto possa essere invalido è espressamente riconosciuto dall'art. 2377, co. 5, n. 2, c.c., il punto è, però, comprendere come la sua invalidità si rifletta sulla deliberazione.

Quanto detto nel testo non esclude di certo la possibilità, già affermata da T. ASCARELLI, *L'art. 163 cod. comm. e la pratica statutaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 356 ss., per il singolo socio di far valere in via autonoma il vizio del voto, a prescindere cioè dai suoi effetti sul procedimento assembleare, al fine di ottenere il riconoscimento della legittimazione ad esercitare un diritto rilevante ai fini dell'organizzazione societaria (impugnazione per ulteriori vizi sostanziali o procedimentali; recesso).

25 Rileva F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema: "Contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici"*, cit., p. 497, nt. 55, come il termine "organizzazione" venga ampiamente utilizzato da Angelici, riportando i seguenti esempi: «*il significato*

chiave "oggettiva" e "spersonalizzata", con il conseguente riconoscimento, sul piano assiologico, della deliberazione, in definitiva, come "fatto" giuridico[26], come cioè giudizio binario che a seguito del voto – il quale può a sua volta consistere solo in un consenso, dissenso o astensione[27] – può essere di approvazione o diniego.

Chiave di volta della prospettata impostazione sarebbe, dunque, il carattere della "spersonalizzazione" connaturato alla partecipazione in s.p.a.: tornando con la mente alla nascita delle compagnie coloniali, s'intuisce come ragione della loro creazione – e così della concessione del beneficio della responsabilità limitata nonché della strutturazione della partecipazione in azioni potenzialmente destinate alla circolazione – sia fondamentalmente stato il fine di attirare il maggior numero di investimenti[28] così da poter compiere operazioni rischiose fino a quel momento neppure ponderabili[29], ciò comportando una serie di implicazioni.

Anzitutto, se la finalità è, tutt'oggi, quella di attirare il maggior numero di risorse a servizio dell'attività sociale, e se il "tipo" della s.p.a. è, nell'ottica legislativa, congruo rispetto ad imprese di medio-grandi dimensioni, conseguenza necessaria è che in esso confluiscano non solo interessi tra loro omogenei, ma anche contrastanti[30]. La questione non è certo nuova – basti

---

organizzativo della società», «*il ruolo che per la società può svolgere il momento dell'organizzazione*».

La dimensione organizzativa cui Angelici fa riferimento non è certo di immediata comprensione ed è strettamente legata alla ricostruzione della posizione del socio *nella* società in termini di "potere". Cfr. al proposito quanto scritto nella nt. precedente e, per il rilievo dell'ambiguità e difficoltà di definizione di tale concetto, N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Dalla struttura alla funzione*, Bari, 2007, p. 139 ss. e spec. 146 ss.

26 L'A. di cui si sta riportando il pensiero aderisce evidentemente all'impostazione proposta da P. FERRO LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all'atto costitutivo*, cit.

27 Cfr. C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 315 ss.

28 Cfr. C. ANGELICI, *op. ult. cit.*, p. 103, nt. 54, secondo cui «*pare* […] *a chi scrive che senza dubbio anche al nostro proposito sia corretto discorrere di una situazione "relazionale" e muovere da un problema di* bounded rationality*; in tal modo, però, si rimane su un piano ancora generico e, soprattutto, non si coglie la specificità della vicenda azionaria di essere predisposta per un'utilizzazione in situazioni caratterizzate dalla presenza di interessi eterogenei e potenzialmente confliggenti: sicché la mancata predefinizione di soluzioni* ex ante *non si spiega soltanto per la ragione (in certo modo patologica) di una "limitata razionalità", ma anche per l'esigenza (da questo punto di vista in termini fisiologici) di evitare che con soluzioni prevalentemente determinate si riduca l'area dei potenziali partecipanti all'operazione*».

29 Già T. ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Saggi di diritto commerciale*, vol. I, Milano, 1955, p. 130 ss., spec. p. 189, scriveva che una «*efficiente tutela dell'azionista è essenziale perché le società anonime possano svolgere la loro funzione; possano cioè effettivamente raccogliere risparmio necessario pel compimento di iniziative industriali, raccolta che non è possibile se non facendo appello al grande pubblico che a sua volta non risponderà all'invito… se non conta su una sufficiente tutela del proprio investimento*». Nello stesso senso cfr. da ultimo C. ANGELICI, *Sulla tutela delle minoranze azionarie*, cit., p. 567 ss., spec. p. 577.

30 Interessi che, in sintonia con quanto detto nel testo e a condizione che non siano

ricordare il risalente riferimento ai soci "imprenditori" contrapposti ai soci "risparmiatori"[31] –, ma allo stato attuale si colora di tinte nuove sol che si pensi alla larga congerie di interessi tra loro eterogenei[32] che, a fronte dell'evoluzione delle dinamiche dei mercati finanziari e, ancora, della positiva introduzione nel 2003 della distinzione tra il "modello" della s.p.a. chiusa e quello della s.p.a. aperta (con ulteriori differenziazioni per la quotata), si appuntano su tale tipo societario.

Da ciò scaturisce l'esigenza logica, prima ancora che giuridica, che, a fronte di una fisiologica pluralità di interessi tra loro (anche) contrastanti, non se ne possa individuare uno solo ed unitario[33] riferibile alla società in quanto "organismo"[34], ma si debba piuttosto trovare una regola, ove si guardi al piano dei conflitti tra soci – in una prospettiva incisa dalla *agency theory* – che

---

qualificabili come extrasociale, potranno tutti legittimamente essere fatti valere attraverso l'espressione del voto, senza che esso possa essere ritenuto illegittimo o censurato in altro. Cfr. in tal senso, in una prospettiva pienamente contrattualista, già T. ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 147 ss. (ma lo scritto risale all'anno precedente, al 1951), secondo il quale «*il voto viene bensì concesso al socio nel suo interesse individuale (e non per un superiore interesse istituzionale), ma nel suo interesse individuale come socio e cioè per la tutela di quel suo interesse che è tuttavia comune anche agli altri soci, nonché come strumento nel funzionamento della società*».

31 Cfr. lo scritto che per primo ha operato tale distinzione nell'ordinamento italiano, G. FERRI, *La tutela delle minoranze nelle società per azioni*, cit., p. 12 ss.

Parlava invece di soci "di controllo", contrapposti ai soci "cassettisti", A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, cit., p. 617 ss.

32 Per la specificazione dei quali cfr. oltre nel testo.

33 Così anche cfr. M. T. CIRENEI, *sub Art. 2373*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, vol. 2, t. 1, Padova, 2010, p. 794; C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 90 ss.

Cfr., poi, sul ricorso al concetto di interesse sociale, tra i contributi più significativi, G. FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 723 ss.; A. DONATI, *L'invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*, Milano, 1937, p. 182 ss.; T. ASCARELLI, *Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni. (A proposito di un recente libro)*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, p. 735 ss.; P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 78 ss.; ID., *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 795 ss.; A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., p. 190 ss.; D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., p. 3 ss.

34 Il riferimento è alla ricostruzione proposta da F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema: "Contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici"*, cit., p. 496 ss., il quale intravede l'esigenza di superare la confusione terminologica causata dal tradizionale riferimento alla società come "istituzione" preferendo ad essa il sostantivo "organismo" e affermando che «*il termine istituzione ha perso, nell'uso attualmente più diffuso, la connotazione organicistica che aveva nel dibattito sull'istituzionalismo* […]. *Attenendomi a questo uso, chiarisco che con il termine istituzione intenderò* […] *un insieme di regole che guida e sostiene l'azione dei soggetti che ad essa di riferiscono. Una istituzione perciò non ha, in questa prospettiva, qualità e potenzialità proprie, distinte da quelle di tutti i soggetti coinvolti* […]. *La domanda se la società per azioni sia una istituzione o un contratto, non è perciò la più interessante, ben evidente essendo che nella prospettiva qui accolta ben può essere entrambi, e cioè un insieme di regole (istituzione) create da uno o più contratti. La domanda veramente decisiva è se la società per azioni sia una istituzione o un organismo*».

muova dal dato positivo[35] e che sia congrua rispetto alla specifica fattispecie venuta in rilievo. Si può quindi, per contrasto[36], enucleare un'ulteriore e diversa nozione di interesse sociale, irrilevante per i soci in quanto tali, i quali, come visto, dovranno essere liberi di perseguire ciascuno il proprio particolare interesse – purché inquadrabile tra gli interessi "sociali", e non ricadente invece tra quelli "extrasociali", fattispecie di conflitto disciplinata dall'art. 2373 c.c.[37] – e in relazione ai quali non sarà mai configurabile un

---

[35] Così cfr. C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 90 ss., spec. p. 102 s.

[36] Cfr. C. ANGELICI, *Intervento alla Tavola rotonda su "L'interesse sociale tra contrattualismo e istituzionalismo"*, *V Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale "Orizzonti del Diritto Commerciale" – "L'Impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi"* svoltosi a Roma il 21-22 febbraio 2014, p. 4, «*a ben guardare, in effetti, la possibilità di discorrere di un unitario interesse sociale, tale cioè da rilevare unitariamente per i soci e per gli amministratori, presupporrebbe quella di riconoscere un'alterità della società ugualmente rilevante nei confronti degli uni e degli altri. Mentre in realtà i soci di essa sono parti, vi partecipano, e ad essa pertanto non si contrappongono come gli amministratori, ma essa compongono*».

[37] Sul quale cfr., oltre ai riferimenti già operati nel capitolo precedente, le diverse posizioni di F. GUERRERA, *Abuso del voto e controllo "di correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, cit., p. 181 ss.; ID., *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 180 ss.; C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 107 ss.

Secondo risalente dottrina, l'art. 2373 c.c., non preoccupandosi di risolvere le ipotesi di conflitto endosocietario, non obbligava nemmeno il socio a perseguire l'interesse sociale in luogo del proprio. Così cfr. T. ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 124 ss., e ora in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 99 ss.; ID., *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, cit., p. 147 ss.; G. FERRI, *Poteri della maggioranza e diritti del socio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1952, II, p. 162 ss.; G. MINERVINI, *Sulla tutela dell'«interesse sociale» nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 314 ss.; G. SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 43 ss., spec. p. 56; A. GAMBINO, *La disciplina del conflitto di interessi del socio*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 419 ss.; P.G. JAEGER, *Il voto «divergente» nella società per azioni*, Milano, 1976, p. 50 ss. e oggi, in una prospettiva che qui si ritiene di dover accogliere, C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., pp. 104 ss. e 107 ss., il quale constata come, ai sensi dell'art. 2373 c.c., «*dal punto di vista della fattispecie,* […] *la vicenda viene in primo luogo caratterizzata ponendo l'accento sulla riconoscibilità (direi: oggettiva) in capo all'azionista di un "interesse in conflitto con quello della società": sicché ciò che soprattutto rileva non è accertare quale sia nel caso concreto il secondo, l'"interesse sociale", bensì la circostanza che l'azionista potrebbe perseguire un proprio vantaggio personale e perseguirlo avvalendosi di una propria posizione estranea alla sua partecipazione, un vantaggio pertanto che da essa prescinde. La vicenda si caratterizza in quanto ciò potrebbe consentire all'azionista forme di arricchimento individuale indipendenti dall'investimento azionario, anzi* a costo *di esso: non quindi una dialettica fra le diverse sue ragioni, bensì l'utilizzazione di una posizione esterna e, tramite essa, il conseguimento di ciò che nella corrispondente disciplina di altri ordinamenti è definito come* Sondervoteile».

In una diversa prospettiva, occorre dire che l'art. 2373 c.c. ha da sempre rappresentato un indice normativo ambiguo nelle argomentazioni utilizzate dai sostenitori delle tesi istituzionaliste e contrattualiste. I primi, difatti, utilizzavano il dato letterale

"dovere" di voto, ma, dicevamo, rilevante per gli amministratori, poiché organi deputati alla cura di interessi altrui e sui quali gravano obblighi e doveri (alcuni dei quali qualificabili, a ben vedere, come poteri, poiché tesi ad operare sul piano organizzativo) da adempiere, derivanti, al vertice, dalla formulazione dell'art. 2380-*bis* c.c. e perciò legati alla gestione dell'impresa e al compimento delle operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale.

Come visto nel precedente capitolo, sull'organo gestorio incombono tanto il dovere (per brevità potrebbe dirsi) di operare in modo da assicurare la sopravvivenza (*Bestandserhaltung*) della società, con tutte le ricadute in termini di efficienza nella prospettiva (oltre che all'interno) del mercato che esso comporta[38]; quanto, in caso di "crisi" (ma, si è osservato, già se in fase di pre-crisi o *twilight zone*), il dovere di attivare gli strumenti più congrui rispetto all'effettiva condizione in cui versa la società, mutando il parametro di riferimento nella conduzione dell'attività d'impresa (dal preponderante interesse dei soci si passa alla maggior cura da dover riservare a quelli dei creditori, a causa della potenziale traslazione su essi del rischio d'impresa) al fine di garantire una più adeguata tutela ai terzi *stakeholders*.

In verità, ove si accolga la ricostruzione proposta nel secondo capitolo del presente lavoro, si potrebbe ipotizzare che tale ultimo concetto di interesse sociale venga in rilievo anche per i soci quando il loro operato si estrinsechi sul piano gestorio[39], dovendo allora anch'essi ritenersi assoggettati al divieto

---

della diposizione, nella sua precedente formulazione, per dimostrare come il voto dei soci debba essere necessariamente volto al perseguimento dell'interesse sociale; i secondi, invece, indicando nell'articolo in parola e nell'art. 2441, co. 5, c.c. gli unici enunciati normativi a far riferimento ad un interesse sociale, argomentavano in vario modo l'inesistenza di tale obbligo.

La riforma del diritto societario ha, però, modificato l'art. 2373 c.c. eliminando il divieto per il socio in conflitto di interessi con la società di esercitare il proprio diritto di voto e, anzi, lasciando intendere che egli potrà esprimere la propria volontà senza alcun vincolo, dal momento che il conflitto d'interessi diviene solo uno degli elementi, insieme a quello dell'influenza determinante per l'adozione della delibera e a quello del danno, anche solo potenziale, per la società. Argomento che pare decisivo in questo senso è quello tratto dall'art. 2368, co. 3, c.c., il quale esclude dal computo del *quorum* deliberativo le azioni per le quali il diritto di voto non è stato esercitato a seguito della dichiarazione del socio di astenersi per conflitto di interessi, lasciando così inferire che detta astensione potrebbe non intervenire e che, in tal caso, le partecipazioni andrebbero computate tanto nel *quorum* costitutivo che in quello deliberativo.

38 C. ANGELICI, *Intervento alla Tavola rotonda su "L'interesse sociale tra contrattualismo e istituzionalismo"*, cit., p. 10 ss.

39 Cfr. G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, cit., p. 10 ss.; M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa. Profili ricostruttivi*, cit., p. 88 ss.; R. WEIGMANN, *I doveri di collaborazione degli azionisti*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli* stakeholders, Atti del convegno di Milano, 9 ottobre 2009, Milano, 2010, p. 63 ss.; C. ANGELICI, *Variazioni su responsabilità e irresponsabilità del socio*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 49 ss., il quale ritiene che, nonostante i soci siano, nel nostro ordinamento, esclusi dal potere di gestione, essi debbano essere considerati, attraverso la loro partecipazione, parte dell'organizzazione dell'impresa e che, in ragione di tale «*collocazione organizzativa* […] *nell'attività sociale*», potrebbero rispondere

di abusare degli strumenti apprestati dal diritto societario quando, così facendo, siano in grado di ledere gli interessi dei creditori[40]. Ed infatti, disvelando l'ipostasi che si cela dietro al concetto di "interesse sociale"[41], il

personalmente, magari distintamente a seconda della misura e dei modi della loro influenza partecipativa, di fronte ai terzi. Ma si veda sul punto la tesi di chi ritiene che la responsabilità del socio, che si affianca all'autonomia giuridica e patrimoniale della società, vada affermata *ex ante* poiché trae titolo dal legittimo e del tutto fisiologico coinvolgimento degli azionisti nell'iniziativa d'impresa. Così cfr. A. ROSA, *Responsabilità limitata e partecipazione sociale nella nuova s.p.a.*, Milano, 2016, p. 54, accogliendo gli spunti di P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, cit., p. 271 ss.

Le fattispecie in cui è corretto parlare di decisione a rilievo gestorio dei soci nelle società per azioni sono invero molteplici. Tra quelle espressamente menzionate dal legislatore di competenza dell'assemblea straordinaria, significative appaiono le ipotesi di cui agli artt. 2358, co. 2 e 4, e 2502, co. 2, c.c., ed all'art. 133 d. lgs. n. 58/98; più numerose le fattispecie demandate alla scelta dell'assemblea in sede ordinaria: si possono, sempre a titolo meramente esemplificativo, elencare gli artt. 2338, co. 2, 2359-*ter*, co. 1, 2359-*quater*, co. 2, c.c., e 62, co. 1, e 114-*bis*, d. lgs. n. 58/98, in cui ai soci è attribuito un vero e proprio potere decisionale; ed ancora gli artt. 2343-*bis*, 2357, co. 2, 2357-*ter*, co. 1, 2359-*bis*, co. 2, 2361, co. 2, c.c., e 104, co. 1 e 2, 121, d. lgs. n. 58/98, per i quali l'organo deliberativo rappresentativo della proprietà può solamente rimuovere un ostacolo al compimento dell'atto gestorio, autorizzandolo.

Per una rassegna più ampia delle fattispecie in cui i soci di s.p.a. (e quelli di s.r.l.) sono chiamati per legge a decisioni di carattere gestorio, cfr. M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 336 ss.; A. MONTEVERDE, *Le decisioni gestorie dei soci nelle società lucrative*, Milano, 2013, pp. 82 ss. e 153 ss. Sulla questione delle competenze gestorie dei soci, con particolare riguardo alla s.p.a. (in cui come noto il potere di amministrazione è rigorosamente riservato dall'art. 2380-*bis* c.c. agli amministratori), Cfr. P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, cit.; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenza dell'assemblea nella società per azioni*, cit.; G. FRÉ-G. SBISÀ, *Della società per azioni*, I, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997, p. 589 ss.; V. PINTO, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, p. 439 ss.; G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, cit., p. 3 ss.; S. A. CERRATO, *Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa: il «sovrano» ha veramente abdicato?*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 133 ss.; N. ABRIANI, *L'assemblea*, in N. ABRIANI-S. AMBROSINI-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, Padova, 2010, p. 453 ss.

[40] Ciò in quanto assumerà rilievo giuridico la posizione del soggetto (socio o meno che sia, così come dimostra il combinato disposto degli artt. 2497, 2497-*sexies* e 2359, co. 1, n. 3, c.c., cfr. sul punto M. PALMIERI, *La partecipazione esterna alle società di captali*, Milano, 2015, *passim*, ma spec. p. 141 ss.; F. GUERRERA, *La scissione tra proprietà e voto nella s.p.a.: doveri, abusi, rimedi*, cit., p. 191 ss., spec. p. 199 ss., ove si discorre di ipotesi di "scollamento" del potere deliberativo dal rischio dell'investimento, con particolare riferimento agli investitori istituzionali in genere ed al fenomeno dell'*empty voting* legato alla regola della *record date* (p. 203 ss.), concludendo, condivisibilmente, per il loro assoggettamento ai medesimi doveri di correttezza e buona fede nell'esercizio del voto) in grado di incidere sulle dinamiche organizzative e gestorie della società, il quale, così come emerge dal sistema delle norme anti-abusive come sin ora delineato, sarà gravato dal dovere di non abusare tanto dei propri diritti, quanto dei propri poteri.

[41] Cfr. per tutti C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., in particolare pp. 94-95, ma l'idea viene ribadita più volte nel corso dello scritto oltre che in diversi lavori dello stesso Autore, tanto precedenti quanto successivi.

sistema permette di rintracciare dei limiti imposti all'effettivo esercizio del potere gestorio e ricavabili dal combinato disposto delle norme a tutela del patrimonio sociale e delle clausole generali introdotte dalla riforma del 2003, prima tra le quali il dovere di corretta gestione societaria ed imprenditoriale (art. 2497 c.c.), a ben vedere, a prescindere dalla situazione soggettiva esercitata dal soggetto (diritto soggettivo; potere; etc.)[42].

Ci si potrebbe dunque legittimamente chiedere, parafrasando il pensiero di uno Studioso, che differenza ci sia tra, da una parte, un potere, e, dall'altra, un diritto, quando sull'esercizio del secondo incombe l'onnipresente possibilità di censura in termini di abuso[43]. Tanto più se la valutazione è condotta non con riferimento a principi morali generali volti a preservare l'eticità di tutti i comportamenti, ma con riferimento allo specifico programma contrattuale in questione, valorizzando pertanto la figura

---

42 Cfr. *supra*, nt. 40.

43 Il riferimento è a F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema: "contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici"*, cit., p. 480 ss., spec. p. 486, nt. 19, il quale richiama diversi orientamenti giurisprudenziali tesi a dimostrare come si debba prendere atto di «*una ormai generalizzata sottoposizione di tutti gli atti di esercizio dei diritti (contrattuali e non) ad un vaglio in termini di buona fede oggettiva e abuso del diritto*»: «*le citazioni sull'attuale incombere del controllo in termini di buona fede e abuso del diritto potrebbero riempire oggi un intero volume. Basterà qualche riferimento giurisprudenziale. Si può allora (omesse le decisioni in materia di lavoro) partire dalla famosa sentenza sul caso Fiuggi, Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in Foro it., I, 1296, che già rilevava che la regola di correttezza "costituisce proprio la regola di governo della discrezionalità e ne vieta, quindi, l'abuso" fino all'altrettanto famosa Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in Contratti, 1/2010, 5 ss., passando per Cass., 16 ottobre 2003, n. 15482 (cita adesivamente l'orientamento per cui nel nostro ordinamento è represso ogni abuso del diritto "sia questo il diritto di proprietà o altro diritto soggettivo, reale o di credito") e per la decisione delle Sezioni Unite 15 novembre 2007, n. 23726, in Il Caso.it, doc. n. 3420, arrivando alla recentissima Cass., 23 gennaio 2012, n. 874, ("... lo stesso esercizio di un diritto soggettivo o di un potere giuridico è pur sempre limitato dai doveri di correttezza e buona fede...") senza dimenticare le molto significative Consiglio di Stato, sezione IV, 2 marzo 2012, n. 1209, che parla dell'esistenza nel nostro sistema di un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva (equiparando perciò diritti e poteri; corsivo mio) e Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 7 febbraio 2012, n. 656, che cita letteralmente (par. 2.1.2.1) le parole di Cass., 20106/2009 che verranno riprodotte tra poco nel testo (considero significative le sentenze del Consiglio di Stato anche perché il riferimento normativo principale da esse utilizzato—dopo l'immancabile art. 2 della Cost. — è l'art. 1175 cod. civ., una norma, quindi, tipicamente "privatistica"*)». A tali pronunce possono aggiungersi Cass., 30 gennaio 2013, n. 2202, in *www.iusexplorer.it*; Trib. Bari, 27 giugno 2013, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 1035 ss., ma anche, nell'ambito del diritto amministrativo, Cons. Stato, 24 ottobre 2013, n. 5155, in *www.iusesxplorer.it*.

Decisamente contraria all'impostazione proposta da Denozza è M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 669 ss. e in *www.orizzontideldirittocommerciale.it* (da cui si cita), p. 22, il quale scrive, a seguito di una disamina tanto della teoria dell'abuso del diritto (e della violazione del principio di buona fede), quanto della figura amministrativistica dell'eccesso di potere, che «*appare, almeno a prima vista, ragionevole riproporre l'idea che le norme sul sindacato degli atti degli organi della s.p.a. possano essere integrate analogicamente con quelle, più evolute, riguardanti il sindacato di legittimità degli atti del potere pubblico*». Ma sul punto ci si soffermerà più nel dettaglio nel prosieguo del lavoro.

dell'abuso del diritto nella sua conformazione di contrasto con il canone di buona fede inteso quale "ausiliario" di un contratto necessariamente incompleto[44].

Affiora pertanto l'idea di "interesse sociale" quale limite all'esercizio, tanto dei diritti, quanto dei poteri sociali[45], tematica che, come noto, ha dato origine all'antica disputa tra contrattualisti ed istituzionalisti nella individuazione di una sua definizione, disputa[46] i cui termini è qui il caso di accennare brevemente.

Nel nostro ordinamento, parti della controversia sono state, in particolare, la dottrina prevalente[47], schierata sul fronte del contrattualismo, e la giurisprudenza (assieme ad una dottrina minoritaria[48]), la quale ha sostenuto

---

[44] Cfr. A. SOMMA, *La buona fede ausiliaria del programma contrattuale*, in A. D'ANGELO-P.G. MONATERI-A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale*, Torino, 2005, p. 1 ss.

[45] Critico in tal senso M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, cit., p. 1 ss., il quale, come detto nella nt. precedente, propende invece per l'applicazione analogica di norme proprie del procedimento amministrativo.

[46] Cfr. in particolare, oltre alle opere citate in precedenza alla nt. 33, G. SENA, *Contratto di società e comunione di scopo*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 730 ss.; G. BONFANTE-G. COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, t. I, Torino, 2001, p. 713 ss.; F. D'ALESSANDRO, "*La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata". Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, cit., p. 41 ss.; P. MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. IV.2, Padova, 2004, p. 62; G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, cit., p. 471 ss., spec. p. 477 s., 480 s. e 486 s.; G. COTTINO, *Contrattualismo e istituzionalismo. (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 704 ss.

[47] Cfr. in particolare la posizione di D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., p. 74 ss., poi ripresa dalla pronuncia Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329 ss., con nota di P.G. JAEGER-C. ANGELICI-A. GAMBINO-R. COSTI-F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, e in *Contr. e impr.*, 1996, p. 1 ss., con nota di F. GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, di cui si dirà oltre. Secondo il citato Autore, l'abuso del diritto in ambito societario consiste senz'altro nella violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c., i quali disciplinano direttamente i rapporti endosocietari, e dunque *i*) le delibere adottate in spregio di tali doveri saranno viziate per contrarietà alla legge e conseguentemente invalide; *ii*) tanto la società, quanto i soci di maggioranza, saranno tenuti a risarcire i danni che ne conseguono. L'A. afferma difatti che «*sull'applicabilità in generale degli artt. 1375 e 1175 c.c. ai rapporti tra soci non sembra possano esservi dubbi. La peculiarità della disciplina del contratto sociale, ed in particolare il suo dar luogo ad una persona giuridica, consentono poi di affermare che tali norme sono imputabili sia ai soci* […] *che alla società, ove la deliberazione sia assunta col voto determinante di soci che le abbiano violate e altresì di affermare che la loro violazione da luogo insieme alla annullabilità delle deliberazioni e all'obbligo di risarcimento danni a carico sia della società che dei soci di maggioranza*».

[48] Si vedano sul punto i fondamentali scritti di A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, cit., p. 617 ss., il quale attribuiva ad un amministratore della *Norddeutscher Lloyd* la frase che «*la società non esisteva per distribuire dividendi a lorsignori, ma per far andare i battelli sul Reno*», alla quale, secondo A. GRAZIANI, *Nominatività obbligatoria dei titoli azionari?*, in *Riv. soc.*, 1957, p. 621 ss., spec. p. 632, in un'ottica contrattualista, gli azionisti della società avrebbero potuto replicare «*che egli era stato nominato*

(ma in vero sostiene ancora) prospettive istituzionaliste quando, già a partire dalle prime pronunce sull'argomento, affermava che la società dovesse perseguire un interesse superiore e distinto da quello dei singoli soci[49], sicché il loro voto avrebbe dovuto essere funzionale alla realizzazione dell'interesse sociale[50] inteso quale conservazione dell'efficienza dell'impresa e dell'integrità del patrimonio sociale. Tale tesi riposa sulla convinzione che, essendo la società un ente distinto dalle persone dei soci, essa sia anche portatrice di un proprio autonomo interesse, indisponibile da parte dei secondi – intesi sia singolarmente che in una dimensione collettiva – perfino

amministratore non per far andare i battelli sul Reno, e poi, se si guadagnava qualche cosa, per ripartire gli utili fra i soci, ma […] *perché, attraverso la navigazione dei battelli sul Reno, doveva conseguire gli utili; e, se gli utili non si fossero conseguiti, egli doveva fermare i battelli*»; A. ASQUINI, *L'impresa dominante*, cit., p. 3 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai "battelli del Reno" alle navi vichinghe*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 48 ss.; e, in una prospettiva dichiaratamente istituzionalista, M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, cit., p. 22.

Cfr. poi, sulla possibilità o meno di configurare l'abuso di potere negli stessi termini in cui è configurato nel diritto pubblico, F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, cit., p. 176 ss., spec. p. 180; G. FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, cit., p. 729; T. ASCARELLI, *Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni. (A proposito di un recente libro)*, cit., p. 737; A. MAISANO, *L'eccesso di potere nelle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano, 1968, p. 60 ss.

[49] Cfr. Cass. 20 giugno 1958, n. 2148 e Cass., 25 ottobre 1958, n. 3471, entrambe in *Banca borsa tit. cred.*, 1959, II, p. 27 ss., con nota di G. FERRI, *Fideiussioni prestate da società, oggetto sociale, conflitto di interessi*; in *Riv. dir. comm.*, 1959, II, p. 251 ss., con nota di E. SIMONETTO, *Fideiussione prestata da una società per un'altra società formata dagli stessi soci*, in *Foro it.*, 1959, I, c. 1150 ss.; in *Giur. it.*, 1960, I, 1, c. 585 ss., con nota di G. MINERVINI, *Deliberazione assunta da tutti i soci in conflitto di interessi con la società?*; la prima anche in *Dir. fall.*, 1958, II, p. 439 ss.; Cass., 11 marzo 1993, n. 2958, in *Soc.*, 1993, p. 1049 ss., con nota di S. TAURINI; in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 311 ss.

Critici nei confronti di tali pronunce si sono mostrati A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 725 ss., spec. p. 726 s.; G. FERRI, *Fideiussioni prestate da società, oggetto sociale, conflitto di interessi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1959, II, p. 33 ss.; T. ASCARELLI, *Fideiussione; conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio; oggetto e capacità sociale*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 736 ss.; G. MINERVINI, *Deliberazione assunta da tutti i soci in conflitto di interessi con la società?*, in *Giur. it.*, 1960, I, c. 585 ss.

[50] Cfr. in tal senso Cass., 4 maggio 1994, n. 4323, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2219 ss.; in Nuova giur. civ., 1995, I, p. 633 ss., con nota di A. DE BLASI, *L'eccesso di potere nelle deliberazioni assembleari di s.p.a.*; Cass., 10 marzo 1999, n. 2053, in *Soc.*, 1999, p. 947 ss., con nota di A. FABRIZIO; Trib. Milano, 11 luglio 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 830 ss.

Rileva, in particolare, Cass., 27 luglio 1994, n. 7030, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1321 ss., con nota di G. VIDIRI, *I sindacati di voto: un antico contrasto tra approdi dottrinari e giurisprudenziali*; in *Nuova giur. civ.*, 1996, I, p. 95 ss., con nota di M. BALZANO, *Sulla validità di accordi parasociali di voto*; in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 99 ss., con nota di F. CAMILLETTI, *Convenzioni di voto e conflitto di interessi*, la quale ha sancito la nullità di un accordo parasociale concluso tra tutti i soci di una società e contenente l'impegno a non deliberare l'azione di responsabilità nei confronti di uno di essi, già amministratore della società, poiché contraria all'interesse sociale.

all'unanimità[51].

Esistono poi, di tale impostazione, diverse varianti[52], una delle quali – richiamata qui con tratti stilizzati – è quella del "(neo)istituzionalismo debole" avanzata da uno Studioso al fine di invocare l'applicazione analogica delle norme proprie del procedimento amministrativo a quello assembleare, sul presupposto che sia possibile discorrere di interessi legittimi (e potere funzionale) anche nel contesto societario[53] e che, dunque, lo strumento dell'eccesso di potere di matrice amministrativistica ed il conseguente rimedio generale dell'annullamento a seguito di un controllo giudiziale sulla legittimità degli atti, siano strumenti più congrui alla risoluzione dei problemi posti dai vizi delle deliberazioni[54].

---

[51] E cfr. la già richiamata Cass., 4 maggio 1994, n. 4323, cit.; oltre a Trib. Milano, 15 ottobre 1987, in *Soc.*, 1988, p. 255; Tirb. Catania, 30 settembre 1993, in *Giur. it.*, 1994, 1, 2, II, p. 881 ss.; in *Foro it.*, 1994, I, p. 903; Trib. Milano, 9 giugno 1994.

In dottrina, invece, cfr. sul punto D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., p. 7 ss., il quale richiama tesi istituzionaliste che ravvisano nell'interesse sociale una sintesi dell'interesse dei soci e di altri soggetti, come i dipendenti della società, i risparmiatori, i soci futuri o i creditori (quelli che oggi chiameremo *stakeholders*), in una prospettiva per certi aspetti simile a quella proposta dalla teoria della società come *nexus of contracts*, come, cioè, rete di contratti di cui sono parti tanto i soci, quanto i soggetti appena menzionati; M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, cit., p. 198 ss., il quale ritiene che l'interesse sociale coincida con quello alla corretta gestione imprenditoriale

[52] Il riferimento è alle diverse *stakeholder theories* susseguitesi nel corso del tempo, fino ad arrivare alla più recente *team production theory*.

Quanto alle prime, cfr. in particolare R.E. FREEMAN-J.S. HARRISON-A.C. WICKS-B.L. PARMAR-S. DE COLLE, *Stakeholder theory. The state of the art*, Cambridge-New York, 2010, *passim*; per la seconda, cfr. l'ormai noto contributo di M.M. BLAIR-L.A. STOUT, *A team production theory of corporate law*, in *Virginia Law Review*, 85 (1999), p. 247 ss.

[53] Cfr. M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, cit., p. 31 e nt. 59. Anche altri Autori hanno proposto di qualificare la situazione soggettiva del socio di fronte ad una delibera assembleare illegittima in termini di "interesse legittimo", tra questi cfr. G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, cit., p. 471 ss. Si rinvia, per ulteriori osservazioni sul punto, ai lavori di G. FERRI JR., *Situazioni giuridiche soggettive e disciplina societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 396 ss.; ID., *In tema di interesse legittimo e disciplina delle società di capitali*, in *Dir. e giur.*, 2001, p. 1 ss.

[54] Così M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, cit., p. 198 ss.; ID., *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, cit., p. 1 ss. Secondo il pensiero dell'A., il contrattualismo, affermatosi come reazione all'istituzionalismo delle culture giuridiche totalitarie a seguito della riforma del diritto societario, continuerebbe a sussistere soltanto nelle società di dimensioni più ridotte, quali le società di persone e le s.r.l. Al contrario, nelle s.p.a. la riforma avrebbe portato un irrigidimento organizzativo incompatibile con le logiche contrattualistiche e foriero di un neoistituzionalismo debole – con ciò intendendosi che la s.p.a. non avrebbe finalità diverse da quella dell'efficiente gestione imprenditoriale –.

L'istituzionalismo, legato alla regola maggioritaria, sarebbe, in aggiunta, più adatto

Anche secondo la diversa teoria contrattualista, poi declinabile a sua volta in diverse sotto-categorie conoscitive[55], l'interesse sociale si caratterizzerebbe in funzione della risoluzione di conflitti tra le posizioni societarie di maggioranza e minoranza[56], e dunque essenzialmente come parametro per la valutazione della legittimità delle deliberazioni assembleari[57], essendo esso ritenuto come uno dei possibili interessi comuni agli azionisti della società[58], e proprio soltanto di questi, dovendosi pertanto escludere la rilevanza di altre posizioni d'interesse egualmente protette dall'ordinamento, sebbene su un piano differente da quello dell'organizzazione societaria[59].

---

al governo della media e grande impresa e tale idea troverebbe conforto nel moltiplicarsi dei casi in cui è sufficiente la maggioranza, anziché l'unanimità, per l'adozione di delibere "strutturali", ivi comprese le trasformazioni eterogenee; nell'aumento dei casi di società unipersonali cui si applica la disciplina delle società pluripersonali; nella disciplina dell'attività di direzione e coordinamento; nella divisione di competenze, comportante una "perdita di sovranità" per l'assemblea, tra i vari organi sociali e, in particolar modo, nella concentrazione del potere gestorio in capo all'organo amministrativo; nella riduzione dei rimedi giudiziari esperibili contro le deliberazioni assembleari.

55 È sufficiente, per il momento, rimandare a C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 90 ss., spec. p. 93, nt. 33.

56 Secondo una certa impostazione che affonda le proprie radici in una non troppo recente giurisprudenza d'oltralpe, ai fini della configurazione di un abuso di maggioranza sarebbe necessaria la *rupture d'égalité* fra i soci, così risolvendo la lesione dell'interesse sociale nella violazione della posizione egalitaria degli azionisti. Cfr. in tal senso D. SCHMIDT, nota a *Cour de Cassation*, 22 aprile 1976, in *Rev. soc.*, 1976, p. 479; P. FEUILLET, *Rapport sur l'atteinte à l'intérêt collectif apprécié à partir de la rupture d'égalité entre les actionnaires*, in *Rev. soc.*, 1979, p. 701 ss.

Cfr. con riferimento al nostro ordinamento C. ANGELICI, *Parità di trattamento degli azionisti*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, p. 1 ss.; ID., *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., pp. 115-116; F. D'ALESSANDRO, *La Seconda direttiva e la parità di trattamento degli azionisti*, in *Riv. soc.*, 1987, p. 4 ss.; F. M. MUCCIARELLI, *Sulla parità di trattamento nelle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 180 ss.; G. D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*, Milano, 2007.

57 Così D. REGOLI, *Offerte pubbliche di acquisto e comunicato agli azionisti*, Milano, 1996, p. 71 s.

58 Si esprimono in tal senso T. ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, cit., p. 147 ss.; ID., *Fideiussione; conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio; oggetto e capacità sociale*, cit., p. 737; ID., *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, cit., p. 130 ss.; L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, cit., p. 443 s.; G. MINERVINI, *Sulla tutela dell'«interesse sociale» nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, cit., p. 314 ss., spec. p. 319; A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, cit., p. 746; R. NOBILI, *L'esclusione del diritto d'opzione*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 764 ss., spec. p. 779 s.; B. LIBONATI, *Holding e investment trust*, Milano, 1959, p. 327 ss.; P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 201; G. FERRI, *Le società*, cit., p. 557.

59 Cfr. P.G. JAEGER, *op. ult. cit.*, p. 141 ss.; ID., *Gli azionisti: spunti per una discussione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 23 ss., ove il rilievo che i sistemi normativi posti a tutela, rispettivamente, dell'interesse dei soci e dei creditori, «*mostrano una tendenza a sovrapporsi l'uno all'altro*»; ID., *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, cit., p. 800, in cui si afferma l'inutilità delle disposizioni a tutela dei creditori sociali nella ricostruzione dell'interesse sociale in virtù della eterogeneità della loro posizione rispetto a quella dei soci; C. ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975, p. 60 s.; A. GAMBINO, *Il*

Tale interesse sarebbe individuabile in quello di un ipotetico azionista attuale ovvero in quello di futuri azionisti, e, a loro volta, tali interessi sarebbero quello unitario alla realizzazione del massimo lucro da dividere tra gli associati[60], ovvero quello indicato dalla maggioranza dei soci, nelle forme procedimentali proprie dell'organizzazione sociale azionaria[61]; o ancora, secondo una concezione pluralista[62], coesisterebbero tra loro «*diversi interessi collettivi, appartenenti a tutti i membri del gruppo sociale*» e «*compatibili con la causa del contratto di società*»[63]. Essi sarebbero, secondo

principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni, cit., p. 121, affermando che l'ordinamento esclude la possibilità per i soci di apprezzare interessi diversi dai propri; p. 232; D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., pp. 24 e 31; L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000, p. 164 ss.

60 Così tra tutti cfr. A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, cit., p. 743, il quale enuclea, in riferimento all'interesse sociale, un rapporto tra oggetto e scopo sociale; ID., *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 735 s.; T. ASCARELLI, *Fideiussione; conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio; oggetto e capacità sociale*, cit., pp. 737 e 739; A. GAMBINO, *op. ult. cit.*, p. 232, secondo il quale l'interesse sociale sarebbe connotato, in stretta connessione con lo scopo sociale *ex* art. 2247 c.c., dal «*carattere comune dell'attività, del lucro e della devoluzione di questo ai soci*»; nello stesso senso cfr. poi L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, cit., p. 441; G. MINERVINI, *Sulla tutela dell'«interesse sociale» nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, cit., p. 319; ID., *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 191; G.L. PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, cit., p. 113 ss.

Contra, nel senso dell'impossibilità di identificare un interesse sociale in relazione allo scopo, cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1971, p. 250 s.

61 Cfr. B. LIBONATI, *Holding e investment trust*, cit., p. 327 ss.; G. FERRI, *Le società*, cit., p. 557.

62 Con particolare riferimento agli influssi di tale concezione sulla funzionalità dell'organo amministrativo, cfr. P.M. SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, Torino, 2000, p. 103 ss.

Cfr. poi, per le peculiarità assunte dall'interesse sociale nelle società quotate, G. FERRARINI, *Valore per gli azionisti e governo societario*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 462 ss.; M. COSSU, *Società aperte e interesse sociale*, Torino, 2006, *passim*, ma spec. pp. 113 ss. e 207 ss.; A. GUACCERO, *Interesse al valore per l'azionista e interesse della società. Le offerte pubbliche in Italia e negli USA*, cit., *passim*, ma spec. p. 138 ss.

63 P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 208, il quale afferma che «*la ricerca fin qui compiuta ci ha condotti, infatti, a concludere che non esiste un interesse specifico e determinato il quale possa funzionare come pietra di paragone per l'espressione del voto e mediante il quale si possa controllare il contenuto delle delibere; ma che diversi interessi collettivi, appartenenti a tutti i membri del gruppo sociale, devono considerarsi parimenti compatibili con la causa del contratto di società, sebbene taluni fra essi si trovino in posizione di contrasto. Questi interessi, quindi, sono egualmente qualificabili come «sociali»; oppure, se si preferisce, tale connotazione può essere riservata a quello di essi che abbia ottenuto, in una deliberazione, la prevalenza nella scelta della maggioranza dell'assemblea*». Ma così anche la già citata pronuncia Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329 ss., con nota di P.G. JAEGER-C. ANGELICI-A. GAMBINO-R. COSTI-F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?,* della quale si approfondiranno qui di seguito le argomentazioni.

alcuni, quello alla massimizzazione dell'efficienza dell'impresa, alla massimizzazione del profitto e alla massimizzazione del dividendo[64], secondo altri convergerebbero in una molteplicità di interessi tipici, in particolare in quello alla massimizzazione del profitto sociale inteso come massimizzazione del valore aggregato delle azioni e non del valore del patrimonio della società[65]. Tratto comune alle diverse dottrine contrattualiste è, però, che il socio possa, al momento del voto, perseguire il proprio egoistico interesse e, anzi, potrebbe perfino arrivare a "vendere" il proprio voto a fronte di un corrispettivo[66].

I teorici del contrattualismo fondano, di conseguenza, la sanzione dell'abuso o su un generale principio di correttezza, che informa il diritto societario non diversamente da quanto più in generale accade nel diritto civile[67], oppure direttamente sulla base dell'applicazione ai rapporti endosocietari degli artt. 1175 e 1375 c.c., in virtù della natura obbligatoria riconosciuta ai diritti che sorgono dal contratto sociale[68].

---

64 Così cfr. F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2013, p. 20 ss.

65 Cfr. D. PREITE, *L'"abuso" della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, cit., p. 156 ss.; ID., *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., p. 24 s.; ID., *Investitori istituzionali e riforma del diritto delle società per azioni*, cit., p. 476 ss., ove, condivisibilmente, si afferma l'indeterminatezza del concetto di "massimizzazione".

66 Cfr. G. SANTONI, *Un preteso caso di eccesso di potere in deliberazione assembleare di s.p.a.*, in *Dir. e Giur.*, 1977, p. 776 ss.; F. GUERRERA, *Abuso del voto e controllo "di correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, cit., p. 181 ss.; R. RORDORF, *Minoranza di blocco ed abuso di potere nelle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Corr. Giur.*, 2007, p. 1454 ss.

In giurisprudenza cfr. Cass., 22 ottobre 1996, n. 9191, in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 327 ss., annotata da P.G. JAEGER, *Ammissibilità e limiti dell'accordo di «cessione» del voto in cambio di «corrispettivo» (con considerazioni in merito alla c.c. «vendita del voto»)*; Trib. Milano, ord. 2 giugno 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2, p. 3642 ss.; Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Vita not.*, 2006, p. 309 ss., e in *Soc.*, 2006, p. 579 ss.; Trib. Napoli, 24 maggio 2006, in *Soc.*, 2007, p. 1262; Trib. Napoli, 25 ottobre 2006, in *Soc.*, 2007, p. 1394.

67 È questa la nota tesi di A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., secondo cui la disciplina delle s.p.a. sarebbe informata a principi diversi e speciali rispetto a quella generale dei contratti e, inoltre, il principio di correttezza (di cui l'art. 2373 c.c. sarebbe espressione) avrebbe una portata sistematica ben maggiore rispetto al principio di buona fede.

Cfr., sulla proposta di inserimento di una clausola generale di correttezza nel codice civile, quanto scritto da C. ANGELICI, *Rapporti sociali e regole della correttezza*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 1013 ss.; C. FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, cit., p. 421 ss.; A. BASSI, *Correttezza e contratto di società*, cit., p. 297 ss.; A. D'ANGELO, *Il nuovo diritto societario e la clausola generale di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 769 ss.

Cfr. poi M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano, 1991, p. 57 ss., il quale afferma che la fattispecie di abuso della maggioranza vada ricondotta, attraverso il meccanismo dell'analogia *legis*, alla disposizione sul conflitto di interessi *ex* art. 2373 c.c.

68 Sebbene seguendo itinerari argomentativi in parte diversi, cfr. P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 193 s.; G.C.M. RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, cit., p. 222 ss.; G. OPPO, *La tutela dell'azionista nel progetto di riforma*, in *Riv. soc.*, 1966, p.

1.1. *L'affermarsi della teoria contrattualista a seguito della sentenza Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151 ed i suoi riflessi sul problema dell'abuso delle minoranze.*

Può essere utile, per meglio comprendere gli approdi raggiunti dalle tesi contrattualiste non solo sul piano teorico, ma anche operativo, dedicare una breve riflessione alla pronuncia che, a detta della gran parte degli interpreti[69], avrebbe segnato il definitivo passaggio, anche in giurisprudenza, dal dominante istituzionalismo al contrattualismo, riconducendo la categoria dell'abuso della maggioranza o del diritto di voto alla regola della buona fede e correttezza contrattuali[70] e le cui argomentazioni vengono ancora oggi trasfuse tralatiziamente nelle decisioni che si occupano di casi simili[71].

Partendo dalla fattispecie concreta venuta all'attenzione dei giudici di legittimità, essa riguarda l'impugnazione, nell'ambito di una s.r.l., di una delibera assembleare che ha determinato lo scioglimento anticipato della

---

1220 ss., spec. p. 1237; ID., *Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 629 ss., il quale, così come già F. D'ALESSANDRO, *I titoli di partecipazione*, Milano, 1963, *passim*, riconduce la vicenda societaria successiva al momento costitutivo dell'organizzazione ed argomenta, a partire da quel presupposto, sui doveri dei soci all'interno dello schema contrattuale; A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., p. 299 ss.; A. CERRAI-A. MAZZONI, *La tutela del socio e delle minoranze*, cit., p. 1 ss., spec. p. 71 ss.; R. LENER, *L'invalidità*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, Torino, 2000, XXV, p. 228 s.

69 Così per tutti P.G. JAEGER, in P.G. JAEGER-C. ANGELICI-A. GAMBINO-R. COSTI-F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 334 ss. Tuttavia, si sono registrate alcune autorevoli voci contrarie, come quella di C. ANGELICI, in P.G. JAEGER-C. ANGELICI-A. GAMBINO-R. COSTI-F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 343, il quale, partendo dalla concreta fattispecie oggetto del giudizio, si esprime per una posizione ancora istituzionalistica della Cassazione; e di A. GAMBINO, in P.G. JAEGER-C. ANGELICI-A. GAMBINO-R. COSTI-F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 347, secondo cui «*il criterio di buona fede finalizza il voto all'interesse sociale*».

70 Cfr. G. MERUZZI, *L'exceptio doli. Dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, p. 403, secondo il quale «*anche in ambito societario la clausola generale dell'abuso del diritto, operante nell'intero sistema del diritto privato come regola implicita, è quindi confluita, in assenza di autonoma elaborazione sistematica, nel criterio della buona fede, di cui costituisce una variante terminologica e la cui generale applicazione è ormai incontestabile*».

71 Cfr. infatti *ex multis* App. Milano, 18 aprile 2000, in *Soc.*, 2000, p. 958 ss.; Trib. Milano, ord. 18 maggio 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 98 ss.; Trib. Torino, 26 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, p. 750 ss.; Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Vita not.*, 2006, p. 309 ss., e in *Soc.*, 2006, p. 579 ss.; Trib. Milano, 28 settembre 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 387 ss.; Cass., 17 luglio 2007, n. 15942, in *Not.*, 2008, p. 128 ss.; Cass. 17 luglio 2007, n. 15950, in *Soc.*, 2007, p. 1459 ss.; Cass., 16 novembre 2007, n. 23823, in *Soc.*, 2008, p. 700 ss.; Trib. Milano, 15 marzo 2008, in *Corr. mer.*, 2008, p. 903 ss.; Trib. Bologna, 9 luglio 2009, in *Giur. it.*, 2010, p. 1102 ss.; Cass., 20 gennaio 2011, n. 1361, in *Soc.*, 2011, p. 345 ss.; Trib. Milano, 13 maggio 2011, in *Soc.*, 2011, p. 856 ss.; e, da ultime, Trib. Roma, 17 febbraio 2016, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Milano, 30 gennaio 2017, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*.

società con l'unico ed evidente scopo di estromettere il socio di minoranza[72], essendo stata adottata con il voto determinante di soci che contemporaneamente partecipavano ad altre società con essa in rapporto di concorrenzialità[73].

Quanto all'itinerario argomentativo seguito, è stato detto che «*la dimostrazione della Corte Suprema è semplice e lineare; ma, proprio per questo, abbastanza rivoluzionaria*»[74]. Essa si sviluppa nei seguenti passaggi:

i) l'art. 1375 c.c. impone «*a ciascuna parte (contrattuale) di tenere quei comportamenti che, a prescindere dagli obblighi espressamente assunti con il contratto siano idonei a soddisfare le legittime aspettative dell'altra parte*»;

ii) in virtù della portata generale di tale principio, esso vale per tutti i contratti (non solo per quelli di scambio, ma anche per quelli plurilaterali e con comunione di scopo);

iii) la personalità giuridica delle società di capitali non osta alla persistenza di un vincolo di natura contrattuale, perché l'ente è un centro di imputazione meramente transitorio e strumentale. La persona giuridica non è,

---

72 Secondo A. PASQUINO, *Eccezione di dolo generale e correttezza nei rapporti societari*, in Aa. Vv., *L'eccezione di dolo generale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, p. 337, tale sentenza ha il merito di fare chiarezza in modo indiscusso tanto sul piano su cui si può parlare di abuso – i rapporti tra soci –, quanto sul fondamento normativo e sistematico che ne regge la nozione stessa (la regola di buona fede e correttezza).

73 Ed è curioso notare come anche nell'ordinamento tedesco il problema generale della *Treuepflicht* sia stato affrontato in occasione di casi di scioglimento e messa in liquidazione di società, discutendosi dunque di lesione per mancata prosecuzione dell'attività sociale. Cfr. i tre *leading cases*: *i*) *Linotype* (deciso in sede di legittimità dalla notissima, anche da noi, sentenza del *Bundesgerichtshof*, 1 febbraio 1988, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, p. 1579 ss.; ma poi sostanzialmente riesaminato in sede di rinvio dal *Oberlandesgericht Frankfurt*, 19 febbraio 1991, in *ZIP*, 1991, p. 657 ss.); *ii*) *Bosch* (deciso dal *Landgericht Stuttgart*, 22 gennaio 1993, in *Aktiengesellschaft*, 1993, p. 471 ss.; e dal *Oberlandsgericht Stuttgart*, 21 dicembre 1993, in *Aktiengesellschaft*, 1994, p. 411 ss.); e *iii*) *Girmes-Effekten Spiegel* (che ha dato luogo ad una molteplicità di processi, per cui la prima decisione in sede di legittimità è stata quella del *Bundesgerichtshof*, 20 marzo 1995, in *Der Betrieb*, 1995, p. 1064 ss.).

Si trattava: *i*) con il primo (caso *Linotype*), della messa in liquidazione di una società preceduta da contatti volti a predisporre l'acquisto della relativa azienda da parte del socio di maggioranza, fornendo così l'occasione al *Bundesgerichtshof* di affermare, per la prima volta, la sussistenza di una *Treuepflicht* anche nei rapporti intercorrenti tra gli azionisti, non soltanto, come avveniva con la precedente giurisprudenza, tra i soci di società a responsabilità limitata; *ii*) con il caso *Bosch*, di una delibera di scioglimento e contestuale trasferimento del patrimonio sociale ad altra società; *iii*) con il caso *Girmes-Effekten Spiegel*, del rifiuto, da parte di una minoranza qualificata, di approvare un progetto di ristrutturazione della società in mancanza del quale ne era stato dichiarato il fallimento. Nell'ultima fattispecie menzionata, si poneva inoltre il problema per cui la minoranza di blocco era stata costituita mediante un meccanismo di incetta di deleghe, dovendosi quindi anche discutere se, trattandosi di azione risarcitoria per la violazione della *Treuepflicht*, tale violazione potesse imputarsi al rappresentante che aveva in effetti partecipato alla votazione, ma in quanto tale non era socio, oppure ai soci rappresentati ciascuno dei quali, di per sé, non era titolare della minoranza qualificata.

74 P.G. JAEGER, in P.G. JAEGER-C. ANGELICI-A. GAMBINO-R. COSTI-F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 339.

dunque, un'entità reale diversa dalle persone fisiche; ma l'espressione di una particolare normativa avente ad oggetto pur sempre relazioni tra uomini;

iv) non vi è contrasto tra il carattere volitivo delle determinazioni che i soci prendono nel corso del rapporto (voto in assemblea) e «*l'attività esecutiva che il citato art. 1375 è destinato a disciplinare*». Ciò in quanto il contratto di società, essendo riconducibile alla categoria dei contratti cc.dd. normativi, nel dettare un "programma di attività futura"[75] richiede in fase esecutiva la necessaria collaborazione dei soci, collaborazione che si esprime in termini di successive determinazioni volitive. In altre parole, il parallelismo tracciato tra contratti di scambio e diritto di voto risiede nel fatto che il secondo dovrebbe essere esercitato nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza poiché consistente nel momento esecutivo del contratto sociale, essendo questo, come detto, un "programma" che necessita di successive volontà attuative, e dunque il voto non potrà non essere soggetto alle medesime regole che informano la condotta esecutiva di una qualsiasi parte contrattuale;

v) l'art. 2373 c.c. non è, allora, una norma eccezionale, ma l'espressione «*dell'esigenza che i rapporti all'interno della società si realizzino attraverso comportamenti coerenti con gli scopi per i quali il contratto sociale è stato stipulato*»;

vi) viene confermato, ma su basi più solide e coerenti, che l'accertamento della violazione dell'art. 1375 c.c. «*non comporta alcun sindacato di merito*».

Il problema della prova diviene, a questo punto, il più delicato: dal momento che l'attore dovrà dimostrare che «*il voto [è] stato esercitato dalla maggioranza in danno di alcuni soci, al fine di conseguire obbiettivi del tutto estranei all'interesse della società*», richiedendo l'annullamento della deliberazione «*la prova che il potere di voto determinante del socio di maggioranza sia stato esercitato fraudolentemente allo scopo di ledere interessi degli altri soci ovvero risulti in concreto preordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, in violazione del canone generale di buona fede nell'esecuzione del contratto*»[76];

vii) un ultimo punto riguarda il risarcimento del danno subito dalla società o dai soci di minoranza e conseguente all'inadempimento dell'art. 1375 c.c.: anche sul punto la sentenza della Cassazione è stata risolutiva nel disporre che «*la qualificazione della società come persona giuridica non esclude la rilevanza di rapporti intersoggettivi tra i soci sottoposti al vincolo della buona fede e correttezza*» e che, inoltre, «*tale vincolo può essere altresì imputato alla società nei confronti dei soci*», potendo tali due vincoli

---

[75] Cfr. C. ANGELICI, *Scioglimento anticipato di società e buona fede contrattuale*, in C. ANGELICI, *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, p. 225 ss. (da cui si cita), ma già in P.G. JAEGER-C. ANGELICI-A. GAMBINO-R. COSTI-F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 334 ss.

[76] Così anche Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Vita not.*, 2006, p. 309 ss., e in *Soc.*, 2006, p. 579 ss.

coesistere[77].

Ciò che qui più interessa è notare come, nonostante l'affermazione per cui i diritti sociali (ma il riferimento è, nel caso di specie, al diritto di voto) siano soggetti, nel loro esercizio, alla regola prevista dall'art. 1375 c.c., la Cassazione rilevi che «*l'esistenza di un dovere di lealtà e correttezza a carico dei soci, nei loro reciproci rapporti, è desumibile, oltre che dalla disciplina generale del diritto delle obbligazioni, anche dalle norme che più direttamente riguardano il diritto delle società*», riproponendo l'applicazione del divieto di abuso del diritto fondamentalmente come deviazione dalla causa che giustifica l'attribuzione di una prerogativa, superando però le precedenti ricostruzioni fondate *i*) sulla ravvisata contrarietà all'ordine pubblico della finalità, unica o determinante, di prevaricare ingiustificatamente sugli interessi degli altri soci, così influendo *a*) sull'oggetto della deliberazione (art. 1346)[78], con conseguente nullità ai sensi dell'art. 2379 c.c., *b*) sulla causa (art. 1343 c.c.)[79] ovvero sul suo motivo comune (art. 1345 c.c.)[80] o unico-determinante (artt. 626 e 788 c.c.)[81], con conseguente annullabilità, in questi due ultimi casi, non essendo l'illiceità della causa o del motivo determinante contemplate tra le ipotesi di nullità; *ii*) sul principio per cui la deliberazione debba essere compatibile con la causa del contratto di società *ex* art. 2247 c.c.[82]; *iii*) sulla invalidità della manifestazione di voto ispirata ad interessi extrasocietari[83].

La tesi della diretta applicabilità dell'art. 1375 c.c. ai rapporti sociali ha fornito poi le basi alla dottrina e giurisprudenza successive per vagliare, oltre

---

77 La ricostruzione appena proposta è ispirata a quella effettuata da P.G. JAEGER, in P.G. JAEGER-C. ANGELICI-A. GAMBINO-R. COSTI-F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 334 ss.

78 Cfr. Cass., 7 febbraio 1963, n. 195, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, p. 93 ss., con nota critica di P. FERRO LUZZI, *Sul problema degli aumenti di capitale deliberati in danno della minoranza assembleare*; App. Milano, 20 settembre 1963, in *Foro it.*, 1963, I, c. 2211 ss.; Trib. Pavia, 26 novembre 1970, in *Giur. it.*, 1971, I, 2, c. 382 ss. in tema di impugnativa di bilancio.

79 Cfr. in dottrina G. VISENTINI, *Disciplina delle società e legislazione bancaria. Autonomia privata e funzione*, Milano, 1971, p. 49; in giurisprudenza Cass., 20 aprile 1961, n. 883, in *Giur. it.*, 1962, I, p. 115 ss.; Cass., 7 febbraio 1963, n. 193, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, p. 93 ss.; Cass., 6 maggio 1963, n. 511, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 1034 ss. e in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, p. 93 ss.; Cass., 25 maggio 1966, n. 1358, in *Dir. fall.*, 1960, II, p. 590 ss.; Cass., 15 dicembre 1980, n. 6491, in *Mass. giust. civ.*, 1980, p. 2701 ss.

80 Cfr. L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea delle società per azioni*, cit., p. 460 ss.; P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 194 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 249 ss.

81 Cfr. Trib. Torino, 14 luglio 1959, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 448; App. Torino, 26 aprile 1960, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 884, con nota di A. SCHERMI, *Causa illecita e motivo illecito nelle deliberazioni delle assemblee di società di capitali*; App. Milano, 21 novembre 1961, in *Banca borsa tit. cred.*, 1962, II, p. 258

82 Cfr. A. DE GREGORIO, *Impugnative di deliberazioni di società per azioni contrarie all'interesse sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, p. 223 ss.

83 Cfr. sul punto M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, cit., p. 28 ss.; E. LA MARCA, *L'abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, Milano, 2004, p. 17 ss.

alle condotte delle maggioranze, quelle delle minoranze assembleari[84]. La necessità di individuare dei limiti ai poteri delle minoranze è andata crescendo soprattutto a fronte del percorso evolutivo – il quale ha subito una forte accelerazione soprattutto negli ultimi anni – della legislazione posta a loro tutela[85] e consistito nell'attribuzione di diritti spettanti in quanto soci, ovvero in quanto parte di una minoranza qualificata, utilizzati al solo fine di conseguire vantaggi individuali a danno della maggioranza assembleare o della stessa società[86]. Tali diritti (o poteri) sono diversi tra loro e possono consistere, in particolare, nel recesso del socio (artt. 2437 ss. e 2473 c.c.); nella denuncia al collegio sindacale – *ex* art. 2408 c.c. – di fatti riguardanti la gestione societaria ritenuti censurabili; nella denuncia al tribunale del sospetto di gravi irregolarità gestorie (art. 2409 c.c.); nel diritto, nella s.p.a. (art. 2422 c.c.), di consultare il libro soci e quello delle adunanze e deliberazioni assembleari e di ottenerne estratti, nella s.r.l. (art. 2476, co. 2, c.c.), «*di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione*»; nell'esercizio (o nel

---

84 Cfr. A. FERRARI, *L'abuso del diritto nelle società*, Padova, 1998, p. 125 ss., il quale osserva come «*una esasperata tutela delle minoranza importa uno squilibrio a livello sistematico che si riflette sulla stessa funzionalità delle società, minandone in radice la struttura; è, infatti, evidente che la prioritaria esigenza di un soggetto che svolge un'attività economica è di poter contare, in vista di una efficiente gestione, su di una struttura solida e coesa (all'interno) che consenta di assumere in tempi rapidi le decisioni richiesta dal dinamismo del mercato*»; e quanto scritto da G. MERUZZI, *L'exceptio doli. Dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 442: «*in assenza di direttive generali del legislatore sulle modalità di repressione degli abusi di minoranza, la dottrina argomenta proprio dal rilievo che tali condotte costituiscono violazione delle regole di correttezza e buona fede per affermare che l'abuso di maggioranza e di minoranza condividono lo stesso fondamento sistematico, dato dal venir meno della tutela assoluta del diritto soggettivo quale strumento di illimitata autodeterminazione del suo titolare*».

85 Il tema è quello, ricorrente in quasi tutti gli ambiti del diritto civile, una volta individuata una parte debole di un rapporto giuridico (come, per quanto qui interessa, i soci di minoranza), di apprestare o ricercare una tutela congrua rispetto alla sua posizione di "subordinazione" o "dipendenza". La bibliografia sul punto è sterminata, può essere pertanto utile rinviare, per tutti, a G. GITTI-G. VILLA, *Il terzo contratto: l'abuso di potere contrattuale nei rapporti fra imprese*, cit., ed agli scritti in esso contenuti.

Sul più specifico problema relativo al necessario contemperamento di tutele onde evitare il prodursi di inefficienze, cfr. M. CAMPOBASSO, *La tutela delle minoranze nelle società quotate: dall'eterotutela alla società per azioni "orizzontale"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, p. 139 ss.

86 Cfr. A. FERRARI, *L'abuso del diritto nelle società*, cit., pp. 126-127, secondi cui «*è addirittura macroscopica la violazione che, in questa ipotesi, può verificarsi dei principi (che regolano i contratti associativi) secondo i quali non è consentito ai soci di conseguire un'utilità personale direttamente derivante dal danno cagionato agli altri associati*», e «*la naturale funzione di interdizione e di controllo dei poteri della minoranza, tuttavia, è suscettibile di essere deformata e di debordare in un eccesso di tutela. In tale ipotesi i cennati poteri di controllo, perdendo l'originaria finalità di garanzia delle posizioni soggettive della minoranza, possono finire con il compromettere ingiustificatamente l'operatività della società e i diritti della maggioranza (ovvero di coloro che hanno investito maggior quantità di capitale di rischio nell'impresa). In ciò si risolve il cosiddetto abuso di minoranza*».

mancato esercizio) del voto (tanto positivo, quanto negativo); nella convocazione, da parte di una minoranza qualificata (almeno il ventesimo del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il decimo del capitale sociale in quelle chiuse) dell'assemblea (art. 2367 c.c.), disposizione modificata a seguito della riforma del 2003 al fine di porre rimedio alle incertezze ermeneutiche legate alla mancata previsione – oggi positivamente contemplata – della possibilità di respingere la richiesta della minoranza priva di ogni ragionevole giustificazione; nel diritto di impugnazione, anch'esso rivisitato dalla riforma del 2003 non solo in relazione alle deliberazioni assembleari *tout court* (artt. 2377 ss. e 2479-*ter* c.c.), ma anche alle impugnative di bilancio (art. 2434-*bis* c.c.).

Trait d'union tra le ipotesi di abuso delle maggioranze e delle minoranze assembleari è stato dunque finora considerato, in un'ottica contrattualistica e sulla scorta dell'importante pronuncia della Corte di Cassazione, n. 11151/1995, il principio di buona fede e correttezza sancito dagli artt. 1175 e 1375 c.c.[87], poiché regola che legittima un vaglio sulla fase esecutiva di qualsiasi fattispecie contrattuale (sia essa di scambio o associativa) e, dunque, anche sul voto espresso in sede assembleare quale momento esecutivo del contratto di società.

2. *Il superamento delle concezioni tradizionali.*

Probabilmente, la questione della scelta tra istituzionalismo e contrattualismo potrebbe trovare una soluzione[88] proprio ricorrendo allo strumento dell'abuso del diritto per come delineato nei precedenti capitoli[89].

---

87 Secondo A. NUZZO, *L'abuso della minoranza. Potere responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino, 2003, p. 145 ss. e 279 ss. il principio di buona fede sarebbe strumento più congruo rispetto all'abuso del diritto per la sanzione di abusi tanto della maggioranza, quanto della minoranza.

88 Avvertono l'esigenza di superare la pluridecennale impostazione fondata sul dualismo tra contrattualismo ed istituzionalismo C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., pp. 100-101; P. MONTALENTI, *Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell'impresa nei gruppi di società*, in *Impresa – Società di capitali – Mercati finanziari*, Torino, 2017, p. 215 ss. (dal quale si cita), ma già in AA. VV., *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2015, p. 171 ss. e, se ben s'intende, F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema: "Contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici"*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 496 ss.; ID., *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, p. 13 ss., sebbene l'A. giunga ad affermare che nella realtà attuale siano prevalse le teorie contrattualiste.

Contra, cfr. M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, cit., p. 4, il quale sostiene che istituzionalismo e contrattualismo possano avere ancora un ruolo cruciale per la comprensione del fenomeno societario e dei suoi sviluppi.

89 In una prospettiva non dissimile, cfr. P. MONTALENTI, *Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell'impresa nei gruppi di società*, cit., p. 215 ss., guardando però, se ben s'intende, all'interesse sociale solo con riferimento all'aspetto gestorio e, cioè, al paradigma cui i gestori dell'impresa devono improntare il proprio operato. L'A. afferma «*ritengo che nel pluridecennale dibattito sull'interesse sociale il contrasto tra contrattualismo e istituzionalismo, nella sua declinazione tradizionale, debba ritenersi*

A ben vedere, difatti, nonostante le accurate costruzioni avanzate in dottrina e i numerosi punti di contatto esistenti tra le versioni più moderne delle due teorie, sembra difficile superare la sensazione per cui, aderendo ad una prospettiva istituzionalistica, in qualsiasi modo configurata – nelle forme, cioè, tanto dell'istituzionalismo "classico", quanto del (neo)istituzionalismo debole – si finisce per incorrere in un'ipostasi che potremmo definire "di secondo livello": sulla base dell'ipostasi della "personalità giuridica", si innesta un'ulteriore ipostasi, quella dell'interesse sociale, che a tale entità sarebbe riferibile, indipendente e autonomo rispetto a quello dei singoli consociati (considerati sia individualmente che come collettività)[90]. Ed ancor meno convincenti appaiono i risultati cui la deriva istituzionalistica approda e cioè, in sintesi, *i*) la qualificazione del voto non già come un diritto "di partecipazione", che consente al socio di concorrere alla determinazione del concreto "interesse sociale" nel caso di specie, ma come un dovere nella prospettiva di una sua "funzionalizzazione" al perseguimento dell'interesse sociale tipico individuato in astratto e *a priori*[91]; *ii*) l'accostamento – che per vero non è da criticare in sé, ma solo se proposto in chiave forse eccessivamente dogmatica – con la costruzione pubblicistica della patologia dell'atto amministrativo, viziato da eccesso di potere nel momento in cui chi, per il perseguimento di un interesse che non è esclusivamente proprio, di quel potere è investito, finisce per esercitarlo per finalità improprie e con pregiudizio altrui[92].

---

confinato nella storia» poiché, in definitiva, esso coinciderebbe con l'"interesse dell'impresa", e cioè l'interesse all'efficienza gestionale, «*che non è già un interesse superiore sovraordinato agli interessi dei soci ma neppure riconducibile alla ristretta, semplificatoria e schematica categoria dell'interesse dei suoi soci attuali alla distribuzione dell'utile.*

L'interesse sociale è la composizione di interessi plurimi – *delle diverse categorie di azionisti –, perseguibili nei* limiti degli interessi – altri – *dei lavoratori, dei consumatori, degli* stakeholders *in generale – composti in una sintesi in definitiva* profit-oriented *dagli amministratori*».

L'A. prosegue (p. 218), in un atteggiamento critico nei confronti della teoria neo-istituzionalista proposta da M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, cit., p. 1ss., osservando che «*i paradigmi normativi della correttezza, nell'esecuzione del contratto di società come ha da tempo riconosciuto la Cassazione, nella gestione societaria (arg.* ex *art. 2403 c.c.) e nella corretta gestione societaria e imprenditoriale nei gruppi (art. 2497 c.c.), consentano la formulazione* di principi e regole di specificazione *tratti anche dalle regole tecniche e aziendalistiche in confini più puntuali, precisi e controllabili di quanto non possa invece prodursi attraverso la trasposizione di una categoria formatasi in un settore ordinamentale diverso e disomogeneo*» come quello del diritto amministrativo.

90 Al proposito, sebbene in termini diversi, cfr. C. ANGELICI, *Note minime sull'interesse sociale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, I, p. 255 ss., parla di dominio, in argomento, di «*metafore*», e cioè di «*figure retoriche prive di referenza semantica*».

91 Cfr. in particolare la critica alla configurazione del voto come "dovere" di D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., p. 59.

92 La tesi istituzionalistica e, conseguentemente, l'impostazione del problema dell'abuso di maggioranza nei termini dell'eccesso di potere, hanno trovato, come segnalato in precedenza, accoglimento – tanto in giurisprudenza, quanto in dottrina

Alle pur serie critiche prospettate in dottrina alle tesi contrattualistiche, e in particolare, sul piano del diritto positivo, alla tesi che intravede una marcata traccia istituzionalistica nella devoluzione della legittimazione agli amministratori ed al collegio sindacale ad impugnare le delibere assembleari[93], è per vero possibile replicare, sul piano generale, che è difficile ipotizzare situazioni in cui tali organi impugnino una deliberazione viziata, perché in contrasto con un astratto "interesse sociale". Convince maggiormente l'idea per cui il dovere di impugnare derivi, quando non da norme poste a tutela dei terzi, dalla diversa funzione svolta dall'organo gestorio e di controllo rispetto a quello assembleare: il primo ponendosi quale *mediating hierarch* e dovendo, in un approccio pluralistico, perseguire un equilibrio tra i diversi conflitti insorti in particolare tra società e creditori (oltre che tra soci e creditori)[94]; il secondo, dovendo vigilare «*sull'osservanza*

(sebbene minoritaria) – fino alla metà degli anni '90, ma anche di recente non mancano sentenze che ad esse fanno riferimento.

Risultano di particolare interesse ed efficacia, con riferimento al precedente assetto normativo, gli argomenti proposti da D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., p. 15 e da P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 171 per confutare i pilastri su cui le tesi istituzionaliste poggiano.

Inoltre, in relazione alla conseguente configurazione dell'abuso della maggioranza come eccesso di potere, anch'essa mostra numerosi punti ti debolezza, così come afferma A. PASQUINO, *Eccezione di dolo generale e correttezza nei rapporti societari*, cit., pp. 329-330, «*la proposta, peraltro, di affidare la tutela delle minoranze assembleari all'istituto dell'eccesso di potere è stata sottoposta a critica radicale sotto una pluralità di prospettive. Essa, in estrema sintesi, è stata tacciata di indeterminatezza, giacché i criteri di valutazione della sussistenza dell'eccesso di potere possono variare al variare della nozione di interesse sociale adottata. Non solo. La stessa qualificazione del voto come dovere non è automaticamente desumibile dalla natura del contratto sociale, poiché in esso il potere esercitato dalla maggioranza è riconosciuto anche nel proprio interesse e non solo nell'interesse altrui.* […] *Ma soprattutto la tesi, si è osservato, è legata alla concezione istituzionale della società e cade quindi con il rifiuto di questa*».

[93] Argomento che in passato veniva speso da D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., p. 15, con riferimento alla precedente formulazione degli artt. 2377 ss. c.c., per dimostrare l'impossibilità sul piano positivo di configurare un interesse diverso da quello dei soci.

[94] Cfr. C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., pp. 100, 342.

Sul piano della gestione, giova altresì richiamare la "*principal-agent model theory*", legata ai cc.dd. "*agency costs*", nella quale, a ben vedere, può individuarsi l'ancoraggio apicale della teoria richiamata nel testo: l'assetto di interessi creato dal contratto di società, difatti, è già di per sé connotato da un certo grado di conflittualità, poiché solitamente una parte (l'*agent*) si trova in una posizione di preminenza, mentre l'altra (il *principal*) è affetta da incapacità di controllo e asimmetrie informative. Tale situazione, però, è necessaria al fine di poter permettere al principio di divisione del lavoro, al quale, soprattutto a seguito della riforma del 2003, le società di capitali sono ispirate, di esplicarsi nel migliore dei modi. Sicché, nonostante l'ineliminabile dinamica di *moral hazard* che permea la condotta dell'*agent*, le clausole introdotte dalla citata riforma in termini di *standard* e contenenti principi di portata generale, permettono di controllare (*ex post*) se la condotta del gestore sia stata o meno opportunistica, diretta, cioè, a soddisfare un interesse personali a danno del *principal*.

Cfr. il fondamentale contributo di M.C. JENSEN-W.H. MECKLING, *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*, in *Journal of Financial Economics*, (1976), 3, p. 305 ss.

della legge e dello statuto» da parte degli organi sociali (art. 2403 c.c.). Da tutto ciò può solo conseguire un dovere per gli amministratori e per i soci di tener conto, nel conflitto tra i loro interessi e quelli dei creditori, anche degli interessi di questi ultimi, ma nulla se ne può trarre in punto di conflitto tra consociati.

In vero, però, anche la prospettiva contrattualista cela un'ipostasi: per poter superare il problema di dover imputare un interesse ad un'entità antropomorfizzata[95], si ipotizza l'esistenza di un *fictional shareholder* quale *summa* dei diversi interessi di cui si è in precedenza discorso, azionista che non è affatto detto esista nella realtà[96]. Vi è inoltre che la cennata tendenza ad avvicinare il contratto di società alla logica propria dei contratti di scambio – sancita, in definitiva, già da Cass. n. 11151/1995 –, comportando l'imputazione a ciascun partecipante di un obbligo di condotta di particolare importanza, implica che nell'esercizio dei diritti sociali tutti i soci indistintamente debbano ispirarsi sì al perseguimento di un interesse proprio e personale, ma avendo premura che ciò sia altresì funzionale alla realizzazione dell'interesse comune di tutti i consociati. Così opinando, però, se ne deve inferire che, sebbene la società, a differenza che per le tesi istituzionaliste, non sia portatrice di un proprio interesse autonomo rispetto a quello dei singoli partecipanti, purtuttavia lo scopo comune sorga proprio dall'organizzazione ed in essa tenda a risolversi, sì da non poter certo fungere da criterio risolutore dei conflitti tra membri della medesima compagine sociale, non potendo esso rappresentare il criterio di orientamento ed il parametro di valutazione delle modalità di esercizio dei diritti sociali e non essendo stato il conflitto originato da un interesse terzo e sovrapposto a quello dei soci[97].

Ebbene, se una prospettiva comune si vuole trovare, essa va ricercata nella tutela di interessi da contemperare alla luce di norme di legge o di principi da esse ricavabili, in una visuale che, preso atto della necessaria astrattezza e soggettivizzazione imposta da un'operazione ermeneutica fondata su una *regula juris* e non certo su un concetto della realtà, si ancori al dato oggettivo del valore dell'azione, «*in cui dell'azionista viene considerata esclusivamente la funzione (fondamentalmente quella finanziaria) per lo svolgimento dell'attività sociale*»[98]. Da qui la proposta di leggere il fenomeno associativo, nella sua dimensione organizzativa – senza escludere che esso possa coinvolgere anche situazioni giuridiche di diritto soggettivo – alla luce della categoria del "potere", concetto che può del tutto prescindere da un rapporto intersoggettivo e, pertanto, da un terminale soggettivo,

---

95 Cfr. F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema: "Contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici"*, cit., p. 496 ss.; ID., *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, p. 13 ss. E cfr. altresì *supra*, nt. 34.

96 Così C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 96.

97 Cfr. in tal senso C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 120 ss.

98 C. ANGELICI, *op. ult. cit.*, p. 98.

contrariamente a quanto è necessariamente in predicato per l'"interesse", il quale necessita di una "persona" a cui esser riferito[99].

Il transito da una dimensione soggettiva ad una oggettiva ben si coniuga, ad avviso di chi scrive, con la scelta del legislatore del 2003 di preferire al paternalismo l'autonomia privata, e così, come più volte detto, optando per una regolamentazione fondata su *standards* piuttosto che su *rules*. In tale dinamica s'inserisce la parabola ascendente dell'abuso del diritto, il quale ultimo comporta una verifica *ex post* su atti in astratto leciti e legittimi, ma, a seconda delle circostanze del caso (e, dunque, sul piano dell'esecuzione) passibili di censura.

Sembra dunque da accogliere con favore l'idea che «*si tratta essenzialmente di definire il metodo utilizzabile per la soluzione di un conflitto di interessi: non tanto la ricerca empirica di un altro interesse ad essi sovraordinato, quanto un criterio normativo in grado di consentire un adeguato equilibrio (o eventualmente un giudizio di prevalenza) fra quelli in rilievo*»[100].

Quanto detto suscita due ulteriori considerazioni: *i*) abbandonando l'idea di dover ricercare uno o più "interessi" tra loro gerarchicamente ordinati e concentrando la ricerca sui criteri normativi tratti dallo *ius positum*, si può dare massima attuazione al principio di congruità tra fattispecie (concreta) e sua disciplina, dal momento che l'obiettivo diviene quello di ricercare un equilibrio tracciato dal sistema che sia confacente alla categoria di conflitto che s'intende risolvere – tra soci; tra soci e società; tra società e creditori; tra amministratori e soci e così via discorrendo –[101]; *ii*) la tesi qui sostenuta è che, in considerazione dell'operatività sul piano esecutivo del meccanismo ora descritto, possa essere utile, in punto di ricostruzione del sistema e reperimento di strumenti congrui alla repressione di conflitti non espressamente disciplinati dalla legge o, anzi, solo formalmente da essa disciplinati, ma con soluzioni che creano un certo disagio se lette guardando alla "sostanza delle cose", operare un vaglio alla luce del principio dell'abuso del diritto[102].

---

99 Cfr. C. ANGELICI, *op. ult. cit.*, pp. 96-97.

100 C. ANGELICI, *op. ult. cit.*, p. 102, il quale prosegue, alla pagina successiva, osservando come «*potrebbe risultare chiaro che il tema non si presta ad essere affrontato in astratto. Esso, in quanto ricerca di una regola concernente l'esercizio del potere di risolvere conflitti di interessi, non può non tener conto delle caratteristiche concrete del* potere *cui tale compito è demandato e del* tipo *di conflitto della cui soluzione si tratta.*

Se il problema riguarda in effetti lo svolgimento di processi decisionali, e di processi decisionali destinati ad intervenire in un contesto pluralistico, potrebbe risultare logico che la sua soluzione non possa prescindere da una considerazione del ruolo assegnato a chi esercita tale funzione. E potrebbe anche risultare logico, in ogni caso non contraddittorio, che la soluzione possa risultare diversa a seconda del conflitto che si tratta di risolvere».

101 È questa la tesi avanzata da C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., pp. 103-104.

102 In ciò di certo conforta la più volte richiamata pronuncia della Corte di Cassazione, n. 20106/2009, cit., la quale espressamente dichiara assoggettabili a censura secondo il canone dell'abuso del diritto «*poteri, diritti e interessi esercitati in violazione delle*

Concentrando l'attenzione sul conflitto tra soci, ed assumendo essere l'assemblea il luogo in cui tale conflitto è destinato a manifestarsi e risolversi[103], alla luce di quanto scritto nel capitolo precedente, potrebbero venire in rilievo: *a*) la posizione di "dominanza" o "controllo" esercitata da uno o più soci, oggi anche in virtù della reintroduzione, nel nostro ordinamento, delle azioni a voto plurimo e della previsione di un sistema di maggiorazione del voto (*ex* artt., rispettivamente, 2351, co. 4 c.c. e 127-*quinquies* TUF)[104]; *b*) l'esperibilità di rimedi adeguati tanto in relazione agli abusi perpetrati dalla maggioranza, quanto a quelli della minoranza; *c*) la considerazione per cui l'unico interesse dei soci ad essere preso in considerazione sul piano del diritto positivo sia quello al "valore" e alla "redditività" della propria partecipazione, in sintonia con quanto disposto dall'art. 2497 c.c., ciò essendo perfettamente congruo non solo rispetto ai criteri indicati dalla legge nel caso di recesso del socio (artt. 2437-*ter* e 2473 c.c.), ma, più in generale, con il carattere della "spersonalizzazione"[105] normalmente connaturato alla s.p.a.[106].

---

corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva».

[103] A differenza dei conflitti che si pongono nel più ampio contesto della gestione, soprattutto avendo riguardo ad interessi diversi da quelli dei soci (*i.e.* dei creditori). Per tale impostazione, cfr. C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., pp. 104 ss. e 469, nt. 55, ove l'A., con riferimento alla funzione svolta dall'assemblea, scrive che essa è il «*luogo ove gli azionisti non gestiscono l'impresa, bensì il* proprio investimento*, ove* […] *ricercano e definiscono un equilibrio fra le diverse sue possibili ragioni*».

Tale visione implica un abbandono dell'idea per cui il principio di collegialità non sia "negoziabile" poiché posto a tutela di interessi indisponibili, che trascendono quelli dei membri dell'assemblea, così come notato da P. ABBADESSA, *Deliberazioni senza assemblea nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 300 ss.

[104] Sulle quali cfr., senza pretesa di completezza, N. ABRIANI, *Azioni a voto plurimo e maggiorazione del diritto di voto degli azionisti fedeli*, in *www.giustiziacivile.com*, 29 settembre 2014; P. ABBADESSA, *Le azioni a voto plurimo: profili di disciplina*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, I, Milano, 2015, p. 3 ss.; V. CARIELLO, *Azioni a voto potenziato, "voti plurimi senza azioni" e tutela dei soci estranei al controllo*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 164 ss.; G. GUIZZI, *La maggiorazione del diritto di voto nelle società quotate: qualche riflessione sistematica*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 153 ss.; G. SCOGNAMIGLIO-C. ANGELICI-P. MONTALENTI, Interventi al seminario su *Voto maggiorato, voto plurimo e modifiche all'OPA*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 211 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Il voto plurimo: i sistemi europei*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 134 ss.

[105] Tale carattere è solo "normalmente" tipico della s.p.a., non è detto, però, che esso debba necessariamente ricorrere. Cfr., infatti, sulla "personalizzazione" della s.p.a., gli scritti di G.B. PORTALE, *Tra diritto dell'impresa e metamorfosi della s.p.a.*, in *Società, banche e crisi d'impresa.* Liber amicorum *P. Abbadessa*, Torino, 2014, p. 112 ss.; ID., *Patti parasociali con efficacia corporativa nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 1 ss.

[106] Cfr. così C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 67 ss., ove l'A. afferma, in relazione ai danni legati alla dimensione endosocietaria – in contrapposizione alle posizioni di diritto soggettivo proprie dei rapporti interindividuali –, che «*può essere importante constatare che il riferimento al pregiudizio "alla redditività ed al valore della partecipazione sociale" non soltanto rappresenta, come ovvio, un presupposto per la responsabilità, ma anche, direi altrettanto ovviamente, un*

3. *Le ragioni del conflitto tra maggioranze e minoranze assembleari.*

Per proseguire nel discorso, è opportuno tentare di meglio spiegare la relazione tra diritto delle società ed *agency theory*, di cui si è in precedenza detto.

Prendendo come punto di riferimento la società "chiusa", e utilizzando concetti già noti – come quello di *residual claimant* –, secondo tale teoria il "controllo" si concentrerebbe nelle mani dei soci, i quali assumono il rischio di impresa e beneficiano di un'aspettativa finanziaria subordinata rispetto a quella degli altri investitori. Ciò implica che i soci di maggioranza siano visti come i soggetti maggiormente interessati a che lo svolgimento dell'attività d'impresa sia diretto al perseguimento dell'obiettivo di far ottenere a tutti i soci e, prima ancora, a tutti i creditori (o *fixed claimants*) quanto di loro spettanza[107]. In altre parole – e in linea del tutto teorica – la struttura chiusa sarebbe legata ad una maggiore simmetria degli interessi tra i partecipanti, dal momento che il fallimento o il successo dell'attività graverebbero anzitutto sui soci di maggioranza, i quali, avendone il potere, nel perseguire i propri scopi egoistici finirebbero per "tutelare", in via indiretta, anche quelli dei soci di minoranza[108].

Il meccanismo appena descritto non sembra però trovare riscontro nella realtà del fenomeno societario, per il fatto di essere esso caratterizzato da comportamenti opportunistici nell'esercizio dell'attività economica e, anzi, nelle società "chiuse", i costi di agenzia – che in astratto, secondo la teoria esposta, in tale contesto dovrebbero essere ridotti, se non del tutto annullati[109] – risultano addirittura più elevati, a causa del forte squilibrio di potere a favore della maggioranza e dell'assenza di un mercato delle partecipazioni, circostanza quest'ultima che rende l'uscita dalla società più complessa e meno conveniente[110]. Ciò permette di prendere in considerazione entrambe le

---

suo limite *e, ancora più in concreto, il criterio di calcolo per la misurazione del risarcimento dovuto.*

Ciò vuol dire che il danno risarcibile non è quello concretamente subito dal patrimonio del socio, ma solo quello consistente nella differenza, quindi oggettiva, del reddito ricavabile dalla e del valore della partecipazione sociale. E vuol dire, per quanto qui soprattutto interessa, che rimane estranea a tale specifico fine ogni considerazione della concreta situazione patrimoniale del singolo.

La tutela risarcitoria si volge qui al valore che in quanto tale, in definitiva quello riconosciuto dal mercato, è oggettivamente attribuibile al "bene" (o, se si preferisce, "diritto") leso. Non è invece di per sé tutelato il patrimonio del soggetto: nel qual caso, che è quello consueto nella disciplina dell'illecito civile, non si potrebbe non tener conto anche di quanto il "bene" può contribuire in concreto alla valutazione complessiva del patrimonio medesimo».

[107] Così cfr. E.F. FAMA-M.C. JENSEN, *Agency problems and residual claimants*, in *J. L. & Econ.*, 1983, p. 327 ss.

[108] Cfr. F.H. EASTERBROOK-D.R. FISHEL, *The economic structure of corporate law*, Cambridge (Mass).-London, 1991, p. 228 ss.

[109] Ciò in quanto, con tutta evidenza, nelle società a ristretta base partecipativa vi è una "vicinanza", se non un'identità soggettiva, tra soci e amministratori, che porta ad escludere, o a contenere al massimo, la presenza di tali *agency costs*.

[110] Cfr. C. ANGELICI, *Rapporti sociali e regole della correttezza*, cit., pp. 1018-1019,

sotto-categorie di *agency problems* attinenti ai processi decisionali: *i*) il primo (c.d. *controlling shareholder agency problem*) riguardante il socio di maggioranza detentore di una partecipazione di controllo ed in grado di "dominare" di fatto l'assemblea dei soci e di assumere, in conseguenza, in modo (sostanzialmente) autonomo le principali decisioni organizzative[111]; *ii*) il secondo (c.d. *tyrannie des faibles*) occasionato dai comportamenti opportunistici dei soci di minoranza che, sfruttando una posizione di vantaggio ad essi riconosciuta dalla legge o dall'atto costitutivo, adottano comportamenti ostruzionistici[112].

Quanto ai primi, non va trascurato che «*con la società (e più ampiamente con l'impresa) al mondo del libero scambio si sostituisce quello del potere e che, in certo modo per definizione, la situazione di potere tende ad escludere la necessità di una successiva negoziazione*»[113] e che, se così è, a fronte di poteri esercitabili (unilateralmente) dalla maggioranza, l'ordinamento deve predisporre, per il tramite di norme imperative, contro-poteri (diritti di *voice* e diritti di *exit*) azionabili dalla minoranza, avendo cura di ben bilanciarli rispetto ai primi, di modo che i costi derivanti da tale tutela non sfocino in un'inefficienza di sistema[114] e, dunque, in un abuso.

Finalità di tali contro-poteri, i quali agiscono come limiti al potere della maggioranza nell'introdurre variazioni allo statuto volte a modificare o ridurre la posizione partecipativa del socio, è quella di attivare una negoziazione, che altrimenti non si avrebbe[115], volta a correggere i cc.dd.

---

ove l'A. afferma che «*vorrei anzi manifestare il convincimento che si debba perseguire un discorso tipologico in senso stretto, che non si limiti quindi a considerare i formali tipi societari, ma la concreta struttura nel singolo caso da essi di volta in volta assunta*

Osserverei così per esempio, al di là di ogni più ampia considerazione sistematica, che quando il problema si traduce in quello di una tutela del socio di minoranza non può essere indifferente la circostanza che egli abbia oppure no la possibilità di diritto e di fatto di uscire dall'organizzazione societaria (in sostanza di liquidare il suo investimento), e non dovrebbe quindi sorprendere l'eventualità che diversi siano nelle due ipotesi i parametri utilizzabili per valutare i comportamenti della maggioranza».

111 Cfr. R.J. GILSON-J.N. GORDON, *Controlling controlling shareholders*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2003, p. 785 ss.; J. ARMOUR-H. HANSMANN-R. KRAAKMAN, *What is Corporate law?*, in AA. VV., *The anatomy of Corporate law. A comparative and functional approach*, Oxford, 2004, p. 83 ss.; K.J. HOPT, *Company law modernization: Transatlantic perspectives*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, a cura di P. Balzarini-G. Carcano e M. Ventoruzzo, Milano, 2007, p. 54 ss.; D. KERSHAW, *Company law in context*, Oxford, 2012, p. 645 s.

112 Con riferimento all'ordinamento italiano, cfr. in particolare A. PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze "abusi" e rimedi*, cit., sebbene il c.d. "*Abus de minorité*" sia stato principalmente studiato in Francia. Cfr. P. LE CANNU, *L'abus de minorité*, in *Bull. Joly sociétés*, 1986, p. 429 ss.; M. BOIZARD, *L'abus de minorité*, in *Rev. Sociétés*, 1988, p. 365 ss.; A. CONSTANTIN, *La tyrannie des faibles. De l'abus de minorité en droit des sociétés*, in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, 2003, p. 213 ss., spec. p. 222; P. MERLE-A. FAUCHON, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Paris, 2016, p. 429.

113 C. ANGELICI, *Sulla tutela delle minoranze azionarie*, cit., p. 567 ss., spec. p. 569.

114 Cfr. C. ANGELICI, *op. ult. cit.*, p. 567 ss., spec. p. 570.

115 Cfr. C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 85 ss.; ID., *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., pp. 61-

fallimenti di mercato così evitando inefficienze consistenti tanto nella possibilità per chi eserciti un potere di incidere negativamente sulla posizione di chi ad esso sia assoggettato[116], quanto in quella che il sacrificio del secondo sia superiore al beneficio di chi unilateralmente decide[117].

Quanto detto trova appunto conferma nella novellata disciplina del diritto di recesso (o c.d. diritto di *exit*) dettata, nell'ambito delle s.p.a., dagli artt. 2437 ss. c.c., ove si assiste, rispetto al passato, ad un ampliamento delle fattispecie a fronte delle quali il socio possa recedere dalla società, così ottenendo la liquidazione della propria quota, e rende meritevole di essere coltivata l'idea per cui l'ordinamento abbia inteso assegnare alla negoziazione la funzione di dirimere i conflitti tra soci.

Detto meglio, non tutti i diritti e poteri spettanti ai soci sono, a ben vedere, tra loro eguali, tanto sul piano della struttura, quanto su quello della funzione, e di ciò è possibile rendersi conto mutando prospettiva e spostando l'attenzione alle diverse oggettive formulazioni letterali delle disposizioni legislative[118], le quali, dunque, non individuano tutte una medesima "categoria" di diritti individuali (e poteri), così come finora definiti, ma permettono piuttosto di riconoscere: *i*) una categoria di diritti assolutamente irrinunciabili, ai quali deve essere attribuita una funzione di tutela della posizione soggettiva poiché la norma che li prevede contempla, ad esempio, un divieto esplicito di modificarli a maggioranza; *ii*) un'altra diversa categoria di diritti relativamente inderogabili, i quali vengono regolati da una disposizione che, per ipotesi, ammette espressamente una diversa previsione del contratto sociale, permettendo alla maggioranza di limitarli od escluderli, e che svolgeranno la funzione di tutelare l'interesse dei soci alla

---

62, nt. 97; V. DI CATALDO, *Il recesso del socio di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbdessa e G.B. Portale, Torino, 2007, III, p. 217 ss., spec. p. 225, il quale parla di un «*meccanismo di (ri)attivazione del negoziato fra i soci in occasione di singole scelte aziendali o societarie*».

116 Così contravvenendo alla regola dell'efficienza paretiana per cui una situazione è efficiente se nessun operatore può essere posto in una posizione migliore senza che questo comporti un peggioramento nella posizione dell'altro, sicché chiunque tragga un vantaggio da un cambiamento, dovrà compensare colui (o coloro) che avranno subito una perdita.

117 Questa volta contravvenendo al principio basato sul modello di Kaldor-Hicks, il quale individua uno stato di efficienza nella situazione in cui chi è avvantaggiato dal cambiamento (detto, in tal caso, miglioramento potenzialmente "paretiano") sia in grado, in astratto (senza necessità che la compensazione sia effettiva), di compensare chi abbia subito un peggioramento nella propria posizione, sì da far comunque risultare un *surplus* nel sistema.

Cfr., tanto per quanto detto nella presente nota, quanto per ciò che si è riferito nella precedente, G. CALABRESI, *The pointlessness of Pareto: carrying Coase further*, cit., p. 1211 ss.

118 Il discorso potrebbe essere in un certo modo ricollegato al tema della distinzione tra *mandatory rules* e *default rules* e, soprattutto, alla notazione di G. ROSSI-A. STABILINI, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1 ss., ove, a p. 5, «*la contrattazione [è divenuto] meccanismo preferenziale di creazione di regole*».

conservazione delle originarie condizioni partecipative definite nel contratto sociale a fronte del potere della maggioranza di modificare lo statuto[119].

A fronte di tale seconda categoria, che è poi la più ampia, emerge chiaramente una tendenza del sistema, tanto nelle società per azioni, quanto nelle società a responsabilità limitata, a contemperare il principio di maggioranza – contribuendo, per vero, ad attribuire ai soci maggioritari una posizione in grado di stabilizzarsi sempre più sul piano organizzativo – con la tutela dei soci di minoranza: a fronte di una modifica statutaria voluta dalla maggioranza, il socio non avrà altra via che esercitare il proprio diritto di *exit*. Mettendo a sistema quanto appena osservato con l'incremento del numero delle fattispecie in cui il socio può esercitare il diritto di recedere dalla società, si deve concludere che la maggioranza sarà in grado di decidere per la prosecuzione dell'attività d'impresa alle proprie condizioni, ma, allo stesso tempo, dovrà necessariamente liquidare – essa stessa o per il tramite della società[120] – il valore della partecipazione dei soci che a tali condizioni non acconsentano. Si potrà per tale ragione discorrere di *bargaining chips*[121], i quali danno impulso ad una logica di comparazione tra costi e benefici.

Lo strumento del recesso presenta, però, due inconvenienti di non poco momento, uno attinente al tempo del suo esercizio e l'altro all'esercizio in sé del diritto.

Partendo dal secondo, è agevole notare come il socio possa non avere interesse a chiudere il rapporto con la società e che, però, l'esser stato posto nelle condizioni di dover recedere implichi già di per sé che non vi siano ampi margini per una negoziazione con la maggioranza che possa esitare nella prosecuzione a condizioni rinnovate; quanto al primo, il socio potrebbe sì preferire l'alternativa del recesso alla prosecuzione del rapporto, ma nel momento storico in cui se n'è verificata la causa, il disinvestimento potrebbe risultare poco remunerativo e, perciò, non conveniente[122].

---

119 Si pensi, nella s.r.l., alla possibilità di eliminare il diritto di sottoscrizione dell'aumento di capitale sociale in proporzione alla partecipazione posseduta (art. 2481-*bis* c.c.) e all'introduzione o soppressione di una clausola limitativa del diritto alla libera circolazione delle partecipazioni (art. 2469 c.c.).

120 Ed infatti, il meccanismo predisposto dalle norme che regolano il recesso prevede che la partecipazione del socio recedente debba o essere offerta agli altri soci in proporzione alla quota di capitale posseduta, o, in seconda battuta, ceduta a terzi, ovvero acquistata dalla società anche tramite riduzione del capitale sociale, applicando però la disciplina della riduzione reale, con conseguente diritto di opposizione da parte dei creditori il quale, se accolto, potrà determinare lo scioglimento e la messa in liquidazione della società.

Risulta così evidente la forza persuasiva che la minaccia di recedere dalla società possa, in alcuni casi – si pensi a quelli di illiquidità dei soci o della società chiusa – sortire sulla maggioranza.

121 Cfr. C. ANGELICI, *Sulla tutela delle minoranze azionarie*, cit., p. 567 ss., spec. p. 572.

122 Cfr. al riguardo le perplessità manifestate da A. DACCÒ, *Il diritto di recesso: limiti dell'istituto e limiti all'autonomia privata nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, p. 481, la quale ritiene la tutela apprestata dal diritto di *exit* strumento che in molti casi potrebbe allontanarsi dal reale interesse di cui il socio è portatore.

Così, di fronte ad un abuso del potere maggioritario – come suol dirsi, nella neutralità dell'"interesse sociale", inteso in questo caso come tutela dell'integrità del patrimonio sociale[123] – i cc.dd. diritti di *voice* (si pensi al diritto di esprimere il proprio voto, di partecipare alle adunanze assembleari, di impugnare le deliberazioni, di esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e, nelle s.r.l., al potere di ispezione e controllo *ex* art. 2476, co. 2, c.c.) e di *exit*[124] potrebbero non essere sufficienti a contrastare l'utilizzo distorto dello strapotere del socio di comando, risultando in tal modo stabilizzati gli effetti dello squilibrio tanto sul piano organizzativo (a causa dei brevi termini di decadenza e dei *quorum* per la legittimazione all'impugnativa), quanto su quello patrimoniale dei singoli consociati, dovendo questi sopportare l'eventuale pregiudizio al valore o alla redditività della propria partecipazione.

Da qui l'esigenza che sia un terzo – in *thesi* il giudice – a risolvere il conflitto ristabilendo un equilibrio all'interno della compagine sociale, vagliando l'operato dei soci alla luce di un criterio che sia atto a contemperare il principio di autonomia privata, la stabilità e la certezza dei traffici giuridici e, in ultima istanza, a salvaguardare la tenuta complessiva del sistema, del quale tale stesso criterio non potrà che essere espressione.

Come si diceva, da un ventennio a questa parte, tale criterio è stato individuato, sostanzialmente, nella buona fede *in executivis*, così come disposto in generale per la disciplina delle obbligazioni e dei contratti dagli artt. 1175 e 1375 c.c. Tuttavia, le osservazioni che precedono inducono a tentare una ricostruzione diversa e più congrua rispetto all'odierno assetto sistematico e funzionale al reperimento di strumenti più funzionali alla tutela degli interessi lesi dagli abusi perpetrati.

4. *Le fattispecie di abuso della maggioranza nella casistica giurisprudenziale.*

Prima di procedere oltre, però, occorre, anche alla luce dei più importanti studi condotti sull'argomento[125] e, soprattutto, per la natura della tematica che

---

123 Cfr. A. CERRAI-A. MAZZONI, *La tutela del socio e delle minoranze*, cit., pp. 73-74.

124 Cfr. R.B. THOMPSON, *The case for iterative statutory reform: appraisal and the Model Act*, in http://ssrn.com/abstract=1702293, 2010: «*the appraisal process has long appeard dysfunctional to commentators and many judges. In one sense this is because there is no longer a social consensus behind the law's original purpose that a merger or other fundamental change should be a trigger to permit individual shareholders to demand that the corporation repurchase their stock, a liquidity that investors in the corporate form usually lack*». L'A., analizzando con riferimento al sistema americano la parabola del diritto del socio ad ottenere la liquidazione della propria partecipazione a fronte di operazioni di fusione o che importino ugualmente mutamenti fondamentali nella struttura societaria, osserva come esso sia passato ad avere oggi la funzione di porsi quale rimedio scarsamente efficiente rispetto ai conflitti endosocietari tra soci.

125 Basti per il momento ricordare gli studi monografici di M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, cit.; A. FERRARI, *L'abuso del diritto nelle società*, cit.; E. LA MARCA, *L'abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, cit.; A. PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze "abusi" e rimedi*, cit., p. 28 ss.; M.P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, cit.

si sta affrontando, analizzare rapidamente quali siano le fattispecie che nella pratica sono state risolte ricorrendo al principio del divieto di abuso del diritto, di modo da meglio coniugare quanto si verrà dicendo in teoria con i problemi concretamente prospettatisi nella prassi.

V'è da dire che la casistica giurisprudenziale sul punto è molto ampia, circostanza che rende opportuno concentrare l'attenzione su alcune soltanto delle vicende venute all'attenzione dei giudici, quelle più significative o di maggiore ricorrenza.

4.1. *Abuso dell'autofinanziamento.*

Tra queste, può segnalarsi, anzitutto, quella riguardante la deliberazione di approvazione del bilancio in conseguenza della quale venga adottata la decisione di destinare gli utili di esercizio all'autofinanziamento della società, così escludendo del tutto, o anche solo parzialmente, la distribuzione di dividendi[126]. Sul piano generale e astratto, vengono in rilievo, nella descritta fattispecie, da un lato, l'interesse a che gli utili ottenuti dall'esercizio dell'attività d'impresa vengano reimpiegati nell'attività stessa; dall'altro, quello dei soci a vedere remunerato il proprio investimento. Come noto, nell'ambito delle società di capitali, a differenza che in quello delle società di persone, è principio costantemente ribadito dalla giurisprudenza[127] quello per cui il diritto alla ripartizione dei dividendi sorga solo con l'adozione della relativa delibera, sicché la configurabilità di un vero e proprio diritto soggettivo di credito dipenderà da due variabili, l'una attinente alla produzione dell'utile in sé e che, dunque, riposa sul piano gestorio; l'altra consistente, come si diceva, nella espressa decisione di competenza assembleare di distribuire dividendi, l'inopportunità o dannosità della quale per l'impresa sociale non essendo un aspetto di per sé appartenente ai criteri per la sua valutazione giuridica, ma solo

---

126 Cfr., prima della riforma, Cass., 11 marzo 1993, n. 2958, in *Soc.*, 1993, p. 1049 ss.; successivamente, Trib. Milano, 29 giugno 2005, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, II, p. 627 ss.; Trib. Milano, 28 settembre 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 387 ss.; Trib. Milano, 28 maggio 2007, in *Giur. it.*, 2008, p. 130; Cass., 29 gennaio 2008, n. 2020, in *Soc.*, 2008, p. 974 ss. e in *Vita not.*, 2009, p. 141 ss.

Per riferimenti alla giurisprudenza tedesca in materia di distribuzione dei dividendi cfr., M. ARNOLD, *Gewinnauszahlungsanspruch des GmbH- Minderheitsgesellschafters*, Köln, 2001; F. WEDEMANN, *Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften*, Tübingen, 2013, p. 47; G. BACHMANN-H. EIDENMÜLLER- A. ENGERT-H. FLEISCHER-W. SCHÖN, *Regulating the closed corporation*, in *European Company and Financial Law Review*, *Special vol. 4*, Berlin-Boston, 2014, p. 47.

In dottrina, cfr. D. PETTITI, *Contributo allo studio del diritto dell'azionista al dividendo*, Milano, 1957, *passim*; G. ROSSI, *Utili di bilancio, riserve e dividendo*, cit., p. 221; A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, cit., p. 617; V. BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, cit., p. 273; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., p. 253; G. FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. dir. comm.*, I, p. 405 ss.; E. SIMONETTO, *Dividendi e acconti dividendo nella società per azioni*, Padova, 1963, pp. 78 e 121; A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., p. 146.

127 Cfr. *ex multis* App. Milano, 1 luglio 1986, in *Banca borsa tit. cred.*, 1987, II, p. 432 ss.

economica, e dunque mai sindacabile (e sindacata) in sede giudiziale. Da ciò ne deriva, difatti, che la decisione assembleare che imputi gli utili a riserva potrebbe correttamente essere vagliata soltanto ove fosse configurabile un intento della maggioranza volta a procurarsi una posizione di vantaggio in danno di altri soci. Ed infatti, il tribunale non potrebbe sindacare nel merito né la scelta di distribuire utili ovvero di destinarli all'autofinanziamento, né tantomeno la misura di utile così impiegata, spettando tali scelte solo agli amministratori in fase di "programmazione" (progetto di bilancio) e, conseguentemente, ai soci al momento dell'approvazione del bilancio.

Sicché, tanto nel nostro quanto in altri ordinamenti, è orientamento giurisprudenziale costante quello consistente nel qualificare come abusivo il comportamento della maggioranza che decida di non distribuire per un prolungato lasso di tempo i pur cospicui utili prodotti nell'arco di diversi esercizi, attribuendo rilievo sul piano probatorio tanto ai rapporti conflittuali tra i consociati, quanto all'assenza di ragioni che indicassero la necessità di accantonare utili a riserva[128].

Tra gli elementi da prendere in considerazione, nella prospettiva che qui si tenta di delineare, potrebbe assumere rilievo, ad esempio, la circostanza che il socio di maggioranza sia anche amministratore della società e che, dunque, percepisca un compenso per l'incarico ricoperto, mentre il socio di minoranza, a seguito della decisione di destinare gli utili all'autofinanziamento della società, non riceva alcuna utilità economica dalla propria partecipazione; ma anche una valutazione di congruità del capitale rispetto all'oggetto sociale; un ammontare di debiti sociali che non giustifica la destinazione degli utili a riserva o, ancora, l'esistenza di piani industriali i quali prevedano importanti investimenti strategici, come ad

---

128 Cfr. Trib. Milano, 28 maggio 2007, in *Giur. it.*, 2008, I, p. 130 ss.

Un caso molto simile a quello deciso nella pronuncia appena citata è quello venuto all'attenzione della Corte di Appello di Brandeburgo, *OLG Brandenburg*, 31 März 2009, in *ZIP*, 2009, p. 1955 ss., commentata da H. FLEISCHER-J. TRINKS, *Minderheitenschutz bei der Gewinnthesaurierung in der GmbH. Ein deutsch-spanischer Rechtsvergleich*, in *NZG*, 2015, 8, p. 289 ss. Un socio di minoranza di una *GmbH*, il quale aveva rivestito, dal 2002, il ruolo di membro del consiglio di amministrazione, a causa dell'inasprirsi dei rapporti con il socio di maggioranza, nel 2005 veniva revocato dalla propria carica; al contempo, l'assemblea nominava un nuovo amministratore scelto tra i soggetti legati al socio di maggioranza. L'ingresso del nuovo amministratore comportava un drastico mutamento delle abitudini finanziarie della società, preferendosi ad una politica di distribuzione degli utili, fino a quel momento praticata, l'autofinanziamento, e cioè l'imputazione dei proventi dell'esercizio a riserva. Tale situazione si protraeva per i successivi sette anni, arrivando le riserve da utili a raggiungere un ammontare complessivo pari a 2,8 milioni di euro, a fronte di un capitale sociale pari a 1,2 milioni di euro. In aggiunta a ciò, l'assemblea deliberava un aumento del compenso del nuovo amministratore il quale, a sua volta, impiegava le risorse presenti nella società per l'acquisto di auto di lusso aziendali.

In dottrina, cfr. A. MAISANO, *L'eccesso di potere nelle deliberazioni assembleari di società per azioni*, cit., p. 70; A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., p. 282; M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, cit., p. 130.

esempio il rinnovo totale dei macchinari o l'assunzione di nuovi dipendenti.

4.2. *Decisione abusiva di scioglimento anticipato della società.*

Vi sono poi casi, cui si è già fatto cenno analizzando Cass. n. 11151/1995, riguardanti comportamenti abusivi della maggioranza consistenti nell'adozione di decisioni di scioglimento anticipato[129].

Sul punto è opportuno premettere che la legge è chiara nell'attribuire all'assemblea (straordinaria) una competenza inderogabile a decidere sullo scioglimento anticipato della società (già prima della riforma art. 2448, co. 1, n. 5, c.c.; oggi art. 2484, co. 1, n. 6, c.c.), così evidentemente permettendo di ricomprendere tra gli interessi aventi rilievo nel contesto del fenomeno societario quello al disinvestimento nella sua forma più piena[130]. In

---

[129] Cfr., *ex multiplis*, oltre alle fondamentali Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329 ss., con nota di P.G. JAEGER-C. ANGELICI-A. GAMBINO-R. COSTI-F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, e in *Contr. e impr.*, 1996, p. 1 ss., con nota di F. GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*; Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Vita not.*, 2006, p. 309 ss., e in *Soc.*, 2006, p. 579 ss., Cass. 29 maggio 1986, n. 3628, in *Giur. comm.*, 1987, II, p. 572 ss.; Trib. Roma, 22 ottobre 2002, in *Giur. it.*, 2003, p. 1888; Tirb. Napoli, 24 maggio 2006, in *Soc.*, 2007, p. 1261; Lodo arbitrale, 27 maggio 2009 e Trib. Cagliari, 9 giugno 2009, entrambi pubblicati in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 1131 ss., con nota di D. ARCIDIACONO, *Le deliberazioni di scioglimento anticipato e di aumento di capitale lesive degli interessi dei soci di minoranza*.

Secondo M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, cit., p. 130, «*lo scioglimento anticipato della società può rivelarsi strumentale al perseguimento di indiretti vantaggi ad ipotizzabile carattere abusivo; ad es. (i) quando la società, della quale venga deliberato lo scioglimento, venga a trovarsi in posizione di rivalità rispetto ad una o più operazioni perseguite dalla maggioranza attraverso altra società, ovvero (ii) allorché lo scioglimento sia stato preordinato dalla maggioranza al solo scopo di poter acquisire a proprio beneficio esclusivo, in fase di liquidazione, attività patrimoniali, clientela, opportunità di mercato ecc. della società; o ancora (iii) quando la deliberazione sia stata adottata in vista della successiva ricostituzione della società con esclusione di alcuni soci malvisti dalla maggioranza*», e «*in linea di principio non è tutelato dall'ordinamento né l'interesse della società – ancorché prospera – alla prosecuzione dell'attività economica fino al termine previsto nell'atto costitutivo, né l'interesse dei singoli azionisti di minoranza alla permanenza in vita della società ed al mantenimento della qualità di socio fino al termine medesimo, quando la volontà della maggioranza sia contraria.* […] *Cosicché, quando il concreto interesse della maggioranza allo scioglimento riveste carattere abusivo viene meno la giustificazione al sacrificio dell'interesse degli altri azionisti alla continuazione dell'attività sociale ed a mantenere la qualità di socio fino al termine statutario*».

[130] Cfr. Trib. Roma, 22 ottobre 1980, in *Soc.*, 1982, p. 415, il quale ha statuito che «*in questa situazione non sarebbe arduo affermare che la delibera adottata ai sensi dell'art. 2448 n. 5 Codice civile è tale da non consentire alcuna indagine sulle ragioni che hanno spinto i soci a sciogliere anticipatamente il vincolo associativo dato che, in concreto, i votanti non sono tenuti a dare alcuna giustificazione del modo in cui hanno esercitato un loro diritto: tuttavia va osservato che, nella specie, la maggioranza la quale ha adottato la delibera impugnata ha fornito ampie spiegazione del proprio comportamento*», e così «*in base alle risultanze probatorie finora evidenziate deve ritenersi che la delibera dell'assemblea straordinaria del 23 novembre 1978 con la quale fu disposto l'anticipato scioglimento della società non fu, comunque il risultato di una fraudolente attività della maggioranza diretta a pregiudicare gli interessi della società o a ledere i diritti sociali*

giurisprudenza, si è statuito che non fosse viziata una decisione di scioglimento della società per il solo fatto che la messa in liquidazione non risultasse rispondente agli interessi della minoranza dissenziente, potendo tale delibera essere annullata per abuso del diritto solo quando «*risulti arbitrariamente o fraudolentemente preordinata dai soci maggioritari per perseguire interessi divergenti da quelli societari, ovvero per ledere i diritti del singolo partecipante (come nel caso in cui lo scioglimento sia indirizzato soltanto all'esclusione del socio*)»[131].

degli altri partecipanti ma fu adottata attraverso una insindacabile valutazione degli interessi personali da parte di soci azionisti che, accortisi di essere unici finanziatori della società, non ritennero conveniente mantenere oltre nel tempo un vincolo associativo con soci che vivevano "a rimorchio" e da "parassiti" senza partecipare ad alcun onere».

In dottrina non sono mancate voci contrarie: A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., p. 282, il quale ritiene che, a fronte dell'interesse del socio a disinvestire, debba comunque sussistere, ai fini della validità della delibera, un interesse della società allo scioglimento: «*è l'ipotesi in cui il socio di controllo abbia un interesse particolare allo scioglimento anticipato della società: così al fine di conseguire la eliminazione di questa dal mercato a vantaggio di altra società concorrente cui il socio abbia prevalente interesse o al fine di rendere liquida la sua quota di partecipazione, ovvero ancora al fine di ricostituire successivamente la società con l'esclusione di alcuni soci di minoranza. Mentre in tali casi può mancare un pregiudizio potenziale al patrimonio sociale per effetto della messa in liquidazione della società devono concorrere a realizzare l'abuso l'assenza di un interesse sociale concreto alla liquidazione e il pregiudizio personale per i soci di minoranza, ai quali viene meno la partecipazione a una società operativa sul mercato*».

Cfr. anche A. MAISANO, *L'eccesso di potere nelle deliberazioni assembleari di società per azioni*, cit., p. 70, il quale riteneva che «*anche la deliberazione in esame dovrebbe essere conforme all'interesse comune a tutti i soci in quanto tale a non proseguire oltre l'esecuzione in comune di una attività che, per l'inferire di una vasta gamma di fattori (cui qui non mette neanche conto di accennare), non sia più redditizia o addirittura sia divenuta economicamente improduttiva*».

Appaiono tuttavia anodini i tentativi della giurisprudenza di ritenere l'impresa capace di sopravvivere alla deliberazione di scioglimento, per questo considerato fittizio, in un'ottica spiccatamente istituzionalistica. È questa, ad esempio la posizione di App. Roma, 4 giugno 1990, in *Foro it.*, I, c. 2952, quando afferma che «*se non può esser contestata l'insindacabilità della delibera di scioglimento anticipato di una società, regolarmente approvata a maggioranza, quali che siano i motivi ispiratori dello scioglimento, deve, tuttavia, esser ravvisato un eccesso di potere della maggioranza quando lo scioglimento sia in realtà fittizio, in quanto preordinato alla eliminazione della società per sgombrare il campo all'attività concorrenziale di altra e diversa società, già costituita dai medesimi soci di maggioranza, con lo stesso oggetto sociale e la medesima sede, escludendo dalla nuova compagine sociale i soci di minoranza dissenzienti*».

[131] Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Vita not.*, 2006, p. 309 ss., e in *Soc.*, 2006, p. 579 ss., la quale prosegue affermando che «*quando sia stata espressa dalla maggioranza dei soci nelle forme legali la volontà di procedere allo scioglimento della società in presenza di causa legittimante, non è consentito dare rilievo ai motivi che hanno indotto i soci maggioritari a prendere detta decisione ed agli effetti che possono derivare a carico dei soci in generale e di quelli dissenzienti in particolare*»; ma così anche Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329 ss., con nota di P.G. JAEGER-C. ANGELICI-A. GAMBINO-R. COSTI-F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, e in *Contr. e impr.*, 1996, p. 1 ss., con nota di F. GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*; Trib. Roma, 14 giugno 2014, in www.giurusprudenzadelleimprese.it.

«*Prendere in considerazione la situazione concreta e il concreto assetto societario per il quale il problema si pone, quindi il tipo reale di società in discorso*»[132] sembra soluzione più congrua rispetto ad un vaglio ispirato alla ricerca di un interesse sociale[133], così come dovrebbe farsi se si applicasse in analogia il rimedio amministrativistico dell'eccesso di potere. E così, nel tentativo di immaginare degli indici probatori tesi a dimostrare la "fraudolenta preordinazione" della scelta adottata dai soci di maggioranza a ledere gli interessi dei soci di minoranza, si potrebbe pensare all'ipotesi in cui la delibera di messa in liquidazione della società sia adottata in una società le cui partecipazioni non siano, in concreto, negoziabili in un mercato che possa pensarsi efficiente[134], rappresentando la loro vendita valida alternativa rispetto al disinvestimento; o alla condotta successiva dei consociati i quali abbiano deciso lo scioglimento di una società provvedendo a costituirne una nuova con esclusione del socio di minoranza.

Alla luce dei risultati sin qui raggiunti, non sembra poi scorretto ritenere che sia possibile per il giudice entrare nel merito delle ragioni addotte per lo scioglimento anticipato, così potendo censurare la delibera viziata da contraddizioni o illogicità, sebbene tale orientamento trovi ancora oggi resistenze da parte della giurisprudenza, la quale però, a ben vedere, se da un lato afferma che, come riportato *supra*, «*la deliberazione di scioglimento anticipato che sia stata adottata dai soci nelle forme legali e con le maggioranze all'uopo prescritte, possa essere invalidata, in difetto delle ragioni tipiche all'uopo previste (artt. 2377 e 2379 c.c.), sotto il profilo dell'abuso o eccesso di potere, quando risulti arbitrariamente o*

---

132 C. ANGELICI, *Sulla tutela delle minoranze azionarie*, cit., p. 567 ss., spec. p. 579.

133 Ha ritenuto non essere configurabile un interesse sociale della società alla sopravvivenza A. NUZZO, *L'abuso della minoranza. Potere responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, cit., p. 185, il quale scrive che «*è bene precisare che l'interesse della maggioranza allo scioglimento anticipato non potrebbe essere ritenuto extrasociale o comunque contrapposto ad un preteso interesse della società alla sopravvivenza: le regole sull'esistenza della società sono quelle del contratto sociale e la società "vive", "vegeta" e "muore" in funzione della combinazione dei fattori previsti nel contratto (capitale sociale sufficiente, redditività, credito da parte dei terzi,* […]*). Se la società ha un interesse giuridicamente riconoscibile alla tutela del proprio patrimonio verso i terzi (clienti o fornitori), non ha pari interesse verso i soci, ai quali non sopravvive e rispetto ai quali non è terzo (almeno non riguardo a questo profilo), essendo piuttosto oggetto (il corpo è uno strumento d'attuazione del contratto)*».

E così anche App. Milano, 6 maggio 1955, in Aa.Vv., *Casi e materiali di diritto commerciale, 1, Società per azioni*, Milano, 1974, p. 501, «*la tesi della difesa degli appellanti sul tema conflitto d'interessi non può ritenersi fondata, perché errato, a parere della Corte, ne è il presupposto, che la società, cioè, come ente a sé stante distinto dalle persone dei soci, possa avere interesse (ovviamente di natura economica per essere rilevante ai fini dell'art. 2373 c.c.) alla continuazione della vita sociale contro la volontà manifestata dalla maggioranza dei soci; e che possa essere contrario al suo interesse l'anticipato scioglimento* […]*. La società infatti non ha un interesse a continuare la vita sociale piuttosto che a sciogliersi anticipatamente o a stabilire la propria durata in 50 piuttosto che in 20 anni*».

134 Così ancora C. ANGELICI, *Sulla tutela delle minoranze azionarie*, cit., p. 567 ss., spec. p. 579.

fraudolentemente preordinata dai soci maggioritari per perseguire interessi divergenti da quelli societari, ovvero per ledere i diritti del singolo partecipante» e che «*all'infuori di tali ipotesi, resta preclusa ogni possibilità di sindacato in sede giudiziaria sui motivi che hanno indotto la maggioranza alla suddetta decisione, non potendo ritenersi sussistente un interesse giuridicamente tutelato del socio alla conservazione del proprio* status», dall'altro ritiene che «*l'abuso presuppone un controllo di merito del giudice che può ammettersi solo in presenza di indici oggettivi che consentano di sospettare la violazione di vincoli imposti dall'ordinamento alla maggioranza*»[135].

4.3. *Le modificazioni statutarie.*

I casi in cui i tribunali hanno accolto le impugnazioni per abuso di maggioranza di delibere con cui si modificava lo statuto sociale riguardano la modifica dei criteri di determinazione del valore della partecipazione del socio in caso di recesso[136], e l'introduzione di una clausola di prelazione c.d. impropria escludendo, inoltre, il diritto di recesso *ex* art. 2437, co. 1, lett. *e*), c.c.[137].

La prima delle due fattispecie trae origine da una lacuna nelle disposizioni transitorie e riguarda l'introduzione – l'unica adottata dall'assemblea della società di cui si trattava per adeguare lo statuto al nuovo assetto normativo – di una modifica rispetto alla disciplina della determinazione del valore della partecipazione che, da un lato, risultava migliorativa rispetto alla legge vigente prima della riforma del 2003, ma al contempo deteriore rispetto al tenore del disposto normativo che sarebbe entrato in vigore di lì a un mese dall'adozione della delibera in questione. La corte accoglieva l'impugnazione della delibera, immediatamente esecutiva, ritenendo che, poiché non era ancora entrato in vigore il nuovo art. 2437 c.c. – in base al quale, in una tale circostanza, il socio di minoranza avrebbe potuto esercitare il proprio diritto di recedere – la decisione di assumere quella delibera in quello specifico momento avesse carattere abusivo poiché chiaramente preordinata soltanto a ledere i diritti del socio di minoranza.

Nel secondo caso cui si è fatto in precedenza riferimento, il tribunale[138] accoglieva l'impugnazione e la domanda di risarcimento del danno formulate dal socio di minoranza di s.p.a., qualificando come abusiva la delibera con la quale, – anche in questa ipotesi – al fine di adeguare lo statuto alla riforma del diritto societario, si introduceva una clausola di prelazione c.d. impropria[139], con contestuale esclusione del diritto di recesso *ex* art.

---

135 Trib. Roma, 14 giugno 2014, cit.

136 Cfr. Trib. Torino, 26 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, p. 750 ss.

137 Cfr. Trib. Milano, 11 gennaio 2002, in *Giur. it.*, 2002, p. 1897 ss.; Tirb. Vicenza, 31 ottobre 2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 390 ss.

138 Cfr. Trib. Vicenza, 31 ottobre 2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 390 ss., con nota di R. SANTORO, *L'abuso di potere della maggioranza nelle delibere societarie di adeguamento alla riforma*.

139 Si discuteva in passato – ma oggi il problema è univocamente risolto dalla nuova formulazione dell'art. 2437, co. 2, lett. *b*), c.c. – sulla necessità del consenso unanime per

2437, co. 1, lett. *e*), c.c., volendosi in realtà impedire il verificarsi della causa di recesso di cui al nuovo art. 2437, co. 2, lett. *b*), c.c.

Come noto, la clausola di prelazione (statutaria) può esser volta a soddisfare diversi interessi; quello ad aumentare il valore patrimoniale di ciascuna delle partecipazioni sociali di minoranza, attribuendo la possibilità di incrementare la misura della propria partecipazione; quello a mantenere tendenzialmente inalterati i rapporti di forza all'interno dell'organizzazione societaria; in ultimo, quello di impedire l'ingresso nella compagine sociale ad un terzo non gradito, attribuendo a ciascun socio la possibilità (in questo caso, l'onere) di acquistare le azioni dal socio che intenda venderle.

Dal momento che, come evidente, l'introduzione o l'eliminazione dallo statuto di una clausola di prelazione può comportare pesanti ricadute sugli assetti di potere della società, il giudice, nel caso preso in esame, ha ritenuto che il carattere abusivo della deliberazione fosse provato, anzitutto, dal fatto che essa, prevedendo una prelazione impropria – la quale rimette la determinazione del prezzo di cessione ad un arbitratore, impedendo ai soci di vendere le azioni ad un eventuale terzo acquirente ad un prezzo più vantaggioso di quello indicato –, avesse introdotto per la prima volta nella storia della società, una clausola limitativa della circolazione delle azioni particolarmente incisiva. Inoltre, alla luce dei rapporti conflittuali intercorrenti tra le parti del giudizio, la motivazione addotta dalla maggioranza a fondamento di quanto deliberato, di voler mantenere inalterato il carattere familiare della compagine, appariva manifestamente contraddetta dalla circostanza per cui, formalmente, soci di maggioranza della società erano altre società di capitali le cui partecipazioni, quindi, potevano liberamente essere cedute a terzi, finendo così la clausola con il costituire una limitazione alla circolazione delle partecipazioni di fatto riguardante solo la minoranza.

A ben riflettere, anche le ipotesi appena analizzate di abuso delle modifiche statutarie confermano l'idea per cui il giudice possa in concreto indagare le motivazioni della decisione, la sua logicità o contraddittorietà, la sua coerenza con le condotte tenute dai soci di maggioranza prima e dopo l'adozione della delibera, così contribuendo alla ricostruzione dell'abuso del diritto come categoria operante sul piano giudiziale[140], idonea ad espandersi con connotati simili in molti ambiti del diritto e manifestarsi per il tramite di fattispecie sintomatiche, così come, in casi analoghi a quello appena analizzato, accade ad esempio nel sistema tedesco con il divieto del

---

l'introduzione e per la soppressione della clausola di prelazione nello statuto sociale. Riteneva necessario in ogni caso il consenso di ciascun socio G. FERRI, *Soppressione a maggioranza del diritto di prelazione attribuito ai soci nello statuto sociale?*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, II, p. 255 ss.; di contrario avviso era D.U. SANTOSUOSSO, *Il principio di libera trasferibilità delle azioni (eccesso di potere nelle modifiche della circolazione)*, Milano, 1993, pp. 36 ss. e 333 ss.

[140] Come notato nel primo capitolo del presente lavoro e come con vigore sostenuto anche da N. LIPARI, *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, cit., p. 191 ss. e in ID., *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, cit., p. 15 ss.

venire contra factum proprium[141].

4.3.1. *L'adozione di delibere abusive aventi ad oggetto, in particolare, l'aumento del capitale.*

Altre fattispecie di abuso della maggioranza giunte al vaglio delle corti sono quelle relative alle delibere di aumento del capitale volto a ridurre il potere (*i.e.* la partecipazione) del socio di minoranza[142], anche a seguito di azzeramento e contestuale aumento, ovvero per mezzo dell'esclusione del diritto di opzione[143].

E così, sono stati portati all'attenzione dei giudici, senza però che venissero mai considerati da questi ipotesi di abuso[144], casi in cui veniva

---

[141] Cfr. per gli opportuni riferimenti quanto detto *supra* in chiusura del Capitolo I.

[142] Cfr. Trib. Como, ord. 1 giugno 2000, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 125 ss.; Trib. Milano, 14 luglio 2003, in *Foro pad.*, 2003, I, p. 365 ss.; App. Milano, 21 novembre 2003, in *Dir. e prat. Società*, 2004, p. 69; App. Milano, 27 gennaio 2004, in *Foro pad.*, 2005, p. 673 ss.; App. Milano, 10 febbraio 2004, in *Soc.*, 2005, p. 606 ss.

[143] Cfr. Cass., 7 novembre 2008, n. 26842, in *Riv. not.*, 2009, II, p. 468 ss., con nota di R. SCUDERI, *Qualificazione dell'invalidità delle delibere assembleari derivante da violazione del diritto di opzione spettante ai soci e presupposti per la relativa legittimazione ad agire.*

Secondo C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 122 ss., solo per l'ipotesi di aumento del capitale potrà parlarsi di vero e proprio abuso del diritto (o di potere), mentre per l'esclusione del diritto di opzione si può porre un problema in termini di giustificazione, fermo restando che «*in nessuna delle due ipotesi si richiede in effetti una valutazione in positivo dell'opportunità oppure no dell'aumento di capitale per il perseguimento di un "interesse sociale". Nella prima si tratta dell'eventuale dimostrazione, allora di tipo sostanzialmente negativo, che la relativa decisione aveva in concreto* altre *finalità; nella seconda di una "giustificazione" non tanto dell'aumento di capitale e degli obiettivi imprenditoriali con esso perseguiti, quanto della necessità per raggiungerli di escludere il diritto di opzione*», con differenze che, in definitiva, si ripercuotono sul piano processuale dell'onere probatorio.

[144] A fronte dell'argomento per cui i mezzi finanziari avrebbero potuto essere forniti alla società ricorrendo non ad un aumento di capitale, quanto piuttosto a mezzi esterni, la giurisprudenza propendeva per l'insindacabilità delle scelte societarie, trattandosi di profili di opportunità non valutabili in sede giudiziaria. Allo stesso modo, poi, non era ritenuta abusiva di per sé è la mera riduzione della partecipazione del socio di minoranza, atteso che, come statuito da Trib. Milano, 14 luglio 2003, in *Foro pad.*, 2003, I, p. 365 ss., «*la mera diminuzione proporzionale dell'entità della partecipazione dei soci di minoranza rispetto a quella dei soci di maggioranza non può di per sé considerarsi indizio dell'eccesso di potere, dovendosi altrimenti considerare affette da tale vizio tutte le deliberazioni di aumento di capitale non adottate con il sostegno della minoranza*». Proseguiva poi rilevando che «*la scelta di soddisfare le esigenze di liquidità dell'impresa tramite autofinanziamento, piuttosto che ricorrendo all'indebitamento esterno, rientra infatti nell'ambito della discrezionalità assembleare e una siffatta decisione pare vieppiù giustificata allorché i livelli di esposizione debitoria siano già elevati*».

Allo stesso modo, anche Cass., 12 maggio 1951, n. 1177, in *Dir. comm.*, 1951, p. 225 ss., argomentava sostenendo che «*l'assemblea sociale esercita certamente una sua prerogativa sovrana quando procede alla valutazione delle attività sociali e in base a questa decide di reintegrare il capitale sociale, se lo ritiene perduto, e di aumentarlo se lo ritiene inadeguato ai fini sociali da raggiungere, tra cui vi può anche essere quello dell'incremento dell'azienda sociale e del probabile conseguimento di un maggiore*

deciso un aumento del capitale sociale in misura molto consistente al fine di sfruttare la situazione di indisponibilità finanziaria in cui versavano i soci di minoranza che impediva loro di esercitare il diritto di opzione. Le argomentazioni tese a dimostrare la ricorrenza di un abuso erano principalmente: *a*) la non necessità dell'aumento di capitale rispetto alle reali esigenze finanziarie della società; *b*) la conoscenza da parte dei soci di maggioranza dell'impossibilità della minoranza di sottoscrivere l'aumento di capitale[145]; *c*) la circostanza che l'aumento prevedesse – o non prevedesse, a seconda degli interessi venuti concretamente in rilievo – un sovrapprezzo per la sottoscrizione delle azioni di nuova emissione.

La ricorrenza di un abuso veniva altresì negata a fronte della mancata previsione di un sovrapprezzo in presenza di riserve[146], in sede di deliberazione di aumento del capitale sociale, poiché, se la legge ne impone la ricorrenza solo quando sia escluso o limitato il diritto di opzione ai sensi dell'art. 2441 c.c., non esisterebbe alcun diritto del socio, in caso di normale aumento con attribuzione del diritto di opzione, a che le azioni siano emesse con sovrapprezzo (benché sia innegabile, sul piano economico, che tale previsione sia forse l'unico strumento idoneo a "compensare" la diluizione della partecipazione del socio che non intenda sottoscrivere l'aumento di capitale proposto)[147]. Nella ponderazione tra l'interesse della maggioranza a far corrispondere al proprio investimento di rischio una proporzionale partecipazione al capitale sociale e quello della minoranza a non vedere diluita la propria quota ideale delle riserve e a mantenere invariato il proprio potere partecipativo si è, in definitiva, scelto di tutelare il primo, ritenendosi che un'ingerenza dell'organo giudicante in tale scelta non foss'altro che un'indebita intromissione nell'autonomia privata[148]. Si è perfino escluso che, a tal fine, potesse assumere un qualche rilievo la consapevolezza da

---

guadagno. L'esercizio di questo diritto dell'assemblea non potrebbe infatti concepirsi in sé stesso come danno nei confronti dei soci dissenzienti, i quali invece volessero condannare la società ad una gestione passiva».

145 Danno rilievo a tale circostanza anche A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., p. 274 s.; M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, cit., p. 116; D. PREITE, *L'"abuso" della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, cit., pp. 159 e 265; A. NUZZO, *L'abuso della minoranza. Potere responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, cit., p. 181 s.

146 Cfr. A. GRAZIANI, *Sovrapprezzo delle azioni e diritto di opzione*, in *Riv. soc.*, 1961, p. 51 ss., spec. p. 56, il quale scrive che «*i massicci aumenti di capitale alla pari sono uno dei metodi preferiti di spoliazione da parte dei gruppi di maggioranza di fronte a minoranze che hanno scarse disponibilità finanziarie. Se invece l'emissione avviene con sovrapprezzo la spoliazione è evitata o quantomeno attenuata*»; G. SENA, *Il voto nell'assemblea delle società per azioni*, cit., p. 377, nt. 85.

147 Secondo Trib. Reggio Emilia, 27 aprile 1994, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 747, «*l'obbligo di gravare le azioni di nuova emissione del sovrapprezzo ricorre solo in caso di esclusione o limitazione del diritto di opzione facoltà della quale la società non si è avvalsa ritenendo, verosimilmente, che l'aumento sarebbe stato sottoscritto per intero dai vecchi azionisti*».

148 Cfr. A. NUZZO, *L'abuso della minoranza. Potere responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, cit., p. 134.

parte della maggioranza dell'impossibilità per la minoranza di sottoscrivere l'aumento, ritenendosi che la previsione del sovrapprezzo rientrasse tra le prerogative proprie della prima[149].

È stato invece ravvisato un abuso della maggioranza nella situazione in cui una visione complessiva degli elementi di fatto tra loro collegati fosse idonea a configurare un andamento patologico del procedimento deliberativo[150]. Tali indici potrebbero essere, anzitutto, la consapevolezza da parte di tutti gli altri soci che la minoranza non abbia a propria disposizione mezzi tali da permetterle di sottoscrivere l'aumento (anche per effetto della reiterata mancata distribuzione di utili negli esercizi precedenti); le modalità stesse dell'aumento – ove ad esempio sia particolarmente ingente e senza sovrapprezzo – e la sua tempistica – emblematico il caso[151] di un aumento deciso in maniera repentina e rimasto inattuato subito dopo che il socio di minoranza, a seguito di altre vicende sempre indotte dal comportamento della maggioranza, aveva ceduto la propria partecipazione a terzi –; motivazioni riguardanti l'aumento del tutto inconsistenti a fronte del palese intento di escludere dalla società il socio di minoranza.

Ed ancora, un'ulteriore fattispecie di abuso della maggioranza legata ad operazioni sul capitale è stata nella prassi configurata in presenza di una riduzione a zero e contestuale aumento cui si è dato corso in base a dati patrimoniali e contabili (poi risultati falsi) dai quali emergeva una situazione della società in ipotesi ben peggiore rispetto a quella effettivamente

---

149 Cfr. Tirb. Monza, 20 febbraio 1998, in *Soc.*, 1998, p. 1318, «*non esiste affatto, nel nostro ordinamento positivo, un obbligo generale e cogente di aumentare il capitale con sovrapprezzo in presenza di una discrasia tra valore patrimoniale reale e valore di bilancio di una società, se non nell'ipotesi, estranea a quella in esame, di esclusione o limitazione del diritto di opzione* […]*, dappoiché solo in tal caso può presumersi che il socio – per un ostacolo giuridico, e non di mero fatto, che si frappone all'esercizio del diritto di opzione – possa subire un danno ingiusto per effetto della mancata previsione di un sovrapprezzo a vantaggio dei nuovi soci subentranti, che profitterebbero, in vece sua, di un surplus di valore della propria quota di partecipazione in proporzione al valore effettivo del patrimonio*», così se ne inferisce che «*il sovrapprezzo è in ogni altro caso semplicemente facoltativo*»; Trib. Milano, 14 luglio 2003, in *Foro pad.*, 2003, I, p. 365 ss.

150 Cfr. Trib. Como, ord. 1 giugno 2000, in *Soc.*, 2001, p. 76 ss. fattispecie riguardante una società di due soci, marito e moglie tra i quali era in corso un giudizio di separazione. Il marito, socio di maggioranza e amministratore, deliberava l'aumento del capitale per un valore pari a tre volte quello di partenza, adducendo la motivazione di dover far fronte alle difficoltà finanziarie in cui la società versava a causa della mancata percezione dell'unico ricavo normalmente da essa ottenuto e consistente nel canone di locazione di un immobile di proprietà della stessa. Poiché conduttrice dell'immobile era un'altra società, amministrata e controllata dallo stesso amministratore unico della società locatrice, il Tribunale ravvisava gli estremi dell'abuso, in mancanza, peraltro, di qualsiasi prova volta a dimostrare che la locatrice avesse neppure tentato di ottenere il pagamento del canone – il che, a ben vedere, sarebbe stato per vero un argomento meramente formale dal momento che, materialmente, il soggetto che avrebbe dovuto inviare raccomandate di sollecito sarebbe stato lo stesso destinatario sostanziale di quelle –.

151 Trib. Milano, 28 settembre 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 387 ss.

esistente; ciò al fine di escludere la minoranza, impossibilitata a sottoscrivere l'aumento, dalla società. La giurisprudenza ha dichiarato, nei casi analizzati, la nullità della delibera così adottata, ma non perché abusiva, quanto piuttosto per il rilievo procedimentale assunto dalla dichiarazione di nullità della delibera di approvazione del bilancio per carenza del requisito della veridicità[152]. Si è ritenuto, invece, che, poiché la scelta di ricostituire il capitale perso rientra tra i poteri discrezionali della maggioranza, la delibera così adottata non possa essere sindacata dal tribunale senza che vi sia la prova della falsità del bilancio.

Suscita poi particolare interesse, con riferimento agli elementi in concreto presi in considerazione dalla corti per la valutazione in termini di abusività, una pronuncia[153] riguardante una deliberazione di riduzione a zero e successivo aumento del capitale *ex* art. 2447 c.c. in cui il progetto di bilancio era stato redatto – e poi approvato – con riferimento ad un esercizio di durata inferiore all'anno, di modo da non tener conto delle plusvalenze realizzate nei mesi successivi, note agli amministratori al momento della deliberazione assembleare, e che, se il bilancio fosse stato redatto con riferimento all'intero esercizio, sarebbero state idonee ad elidere le perdite o, almeno, a ridurle in maniera non indifferente. Tra gli elementi a cui si è dato rilievo per fondare il giudizio in termini di abusività, il tribunale annoverava anche la circostanza per cui la società presentasse una compagine sociale riconducibile alla famiglia del socio e che, nonostante ciò, l'avviso di convocazione dell'assemblea era stato a quest'ultimo recapitato presso un domicilio che, pur formalmente corrispondente a quello risultante dal libro dei soci, era notoriamente indirizzo nel quale egli non risiedeva né tantomeno era domiciliato[154].

4.4. *Determinazione del compenso degli amministratori.*

Il fisiologico legame tra maggioranza ed organo gestorio ha determinato l'insorgere, oltre ai contenziosi riguardanti la nomina[155] e la revoca[156] dei componenti di quest'ultimo, di un altro gruppo di pronunce, questa volta relativo all'abusiva determinazione dei compensi degli amministratori[157].

---

152 Cfr. in tal senso, App. Milano, 20 settembre 1963, in *Foro it.*, I, c. 2211 ss.; Cass. 31 maggio 1966, n. 1450, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1440 ss.

153 App. Milano, 18 aprile 2000, in *Soc.*, 2000, p. 958 ss.

154 Nel caso di specie, inoltre, il socio aveva dimostrato che tutta la precedente corrispondenza gli era stata recapitata dalla società all'indirizzo dove lo stesso era realmente domiciliato.

155 Cfr. App. Milano, 18 ottobre 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 1450; Trib. Roma, 10 ottobre 2008, in *Riv. dir. comm.*, 2009, p. 321 ss.; Trib. Milano, 7 novembre 2012, in *Soc.*, 2013, p. 797 ss.

156 Cfr. Trib. Milano, 6 luglio 2013, in *Giur. it.*, 2014, p. 123 ss.

157 Cfr. Trib. Milano 20 marzo 1980, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 396 ss., con nota di P.G. JAEGER; Trib. Milano, 5 marzo 1984, in *Soc.*, 1984, p. 1004 ss.; Trib. Milano, 2 maggio 1988, in *Soc.*, 1988, p. 835 ss.; Trib. Reggio Emilia, 27 aprile 1994, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 747 ss.; Trib. Milano, 20 novembre 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 825 ss.; Cass., 17 luglio 2007, n, 15942, e Cass., 17 luglio 2007, n. 15950, entrambe in *Riv. not.*, 2009, p. 640; Trib. Milano, 19 novembre 2011, in *Giur. it.*, 2002, p. 1442 ss.;

Tali ipotesi sono state ricondotte, nella quasi totalità dei casi, nell'ambito applicativo dell'art. 2373 c.c. (o 2479-*ter*, co. 2, c.c. per la s.r.l.), ritenendosi che, salvo a dimostrare un pregiudizio per l'interesse sociale, sarebbe ben possibile per il socio di maggioranza attribuirsi un compenso per la carica gestoria ricoperta[158].

La delibera sarà invece censurabile per abuso della maggioranza quando si accerti una sproporzione tra il compenso attribuito all'amministratore e la natura ed ampiezza dei suoi compiti, assumendo quale punto di riferimento le prassi precedenti della stessa società ovvero, ma solo con riferimento agli enti che rendano pubblici i compensi spettanti ai propri gestori[159], il compenso medio praticato nel mercato per soggetti che svolgano funzioni analoghe in società di medesime dimensioni, ovvero, in subordine, l'andamento economico e la situazione patrimoniale della società[160], e ciò in quanto, «*il*

Cass., 17 luglio 2007, n. 15942, in *Not.*, 2008, p. 128 ss.; Cass., 3 dicembre 2008, n. 28748, in *Soc.*, 2009, p. 160 ss.; da ultima, Trib. Palermo, 13 giugno 2016, in *Ilsocietario.it 2016, 15 luglio*.

158 Cfr. Trib. Milano 20 marzo 1980, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 396 ss., con nota di P.G. JAEGER; Cass., 3 dicembre 2008, n. 28748, in *Soc.*, 2009, p. 160 ss.

159 Come oggi è previsto *ex lege* per le società quotate (art. 123-*ter*, co. 4, lett. *b*), TUF) e pubbliche, con riferimento alle quali ultime il TUSP (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175) non ha abrogato l'art. 14 del d.lgs. n. 33/2013 (obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi dirigenziali), il cui co. 1-*bis* prevede, nella sua formulazione successiva al d.lgs. n. 97/2016, che le pubbliche amministrazioni (anche enti di diritto privato in "semplice" partecipazione, ove siano rinvenibili attività di pubblico interesse), o (co. 15-*bis*) le società controllate, nonché quelle in regime di amministrazione straordinaria, debbano pubblicare i dati di cui al co. 1 della medesima disposizione, tra i quali anche, appunto, «c*) i compensi di qualsiasi natura connessi all'assunzione della carica*». Cfr. a tal proposito V. SARCONE, *L'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla tutela della trasparenza (l. n. 190/2012 e decreti attuativi) alle società pubbliche*, in AA.VV., *Le società pubbliche nel Testo Unico*, a cura di F. Cerioni, Milano, 2017, p. 281 ss.

Con il TUSP è stato invece abrogato l'art. 1, co. 735, l. n. 296/2006, in tema di pubblicità degli incarichi e dei compensi degli amministratori di società pubbliche, ma non gli artt. 3, co. 44, l. 24 dicembre 2007, n. 244 e 5 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 195, i quali prevedono rispettivamente che «*nessun atto comportante spesa ai sensi dei precedenti periodi può ricevere attuazione, se non sia stato previamente reso noto, con l'indicazione nominativa dei destinatari e dell'ammontare del compenso, attraverso la pubblicazione sul sito web dell'amministrazione o del soggetto interessato, nonché comunicato al Governo e al Parlamento*», «*salvo quanto previsto dall'articolo 3, comma 44, quarto periodo, della legge 24/12/2007, n. 244, il soggetto conferente è tenuto a rendere noto, attraverso la pubblicazione sul proprio situo istituzionale, ciascun atto di conferimento soggetto alla disciplina di cui al presente regolamento, con specifica indicazione del tipo, della durata, del compenso previsto e del nominativo del destinatario, nonché tutti gli altri eventuali incarichi, rapporti o simili, con l'indicazione dei compensi spettanti, comunicati dal destinatario ai sensi del comma 2, ove non già resi noti ai sensi dell'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*». Per un approfondimento delle problematiche legate alle norme appena citata, cfr. da ultimo V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, *Wolters Kluwer*, 2016, p. 811 ss.

160 Cfr. Trib. Milano, 2 maggio 1988, in *Soc.*, 1988, p. 835 ss., il quale ha stabilito che «*un siffatto aumento, che non può esser giustificato adducendo a motivazione l'esigenza di adeguare il compenso al tasso di inflazione* […] *non trova riscontro alla stregua degli atti né in incrementi quantitativi o qualitativi dell'attività e dei compiti*

compenso così stabilito, prescindendo dalla caratteristica della prestazione professionale resa, incide sull'ammontare degli utili alterando la regola della partecipazione proporzionale al conferimento con riferimento alla posizione del socio di minoranza che non svolge alcuna attività di collaborazione con la società»[161].

5. *Gli abusi delle minoranze.*

Il problema dell'abuso delle minoranze, fenomeno in un certo senso antitetico rispetto a quello della maggioranza, ricorre da tempo nei tribunali italiani – benché se ne sia cominciato a parlare per la prima volta in Francia[162] –, ma solo di recente è stato fatto oggetto di approfonditi studi dalla dottrina interna[163]. Ad esso, nella sua forma dell'ostruzionismo in assemblea, fa riferimento una nota pronuncia[164] la quale, vigente l'art. 158 c. comm. del 1882 che richiedeva per la valida costituzione dell'assemblea straordinaria una doppia maggioranza consistente in un *quorum* costitutivo dei tre quarti del capitale sociale e deliberativo della metà di esso, dichiarava affetta da nullità la delibera adottata dalla maggioranza dei presenti, nonostante alcuni soci, al momento del voto, si fossero allontanati dalla riunione, facendo venire meno il necessario numero legale. Ciò che ha portato il legislatore del 1942 a prevedere nell'art. 2368 c.c. che la verifica del *quorum* costitutivo vada effettuata all'inizio dell'adunanza, senza che possa poi rilevare un suo venir meno se nel corso dell'assemblea alcuni soci si siano allontanati[165].

---

dell'amministratore, né in incrementi dei ricavi o degli utili sociali capaci in qualche modo di darne conto, ed appare talmente elevato rispetto a quello corrisposto appena due anni prima da lasciar fondatamente presumere che l'assemblea sociale, nel deliberarlo, abbia avuto di mira non già l'interesse sociale, ma quello proprio e personale della persona che amministra la società»; Cass., 17 luglio 2007, n. 15942, in *Not.*, 2008, p. 128 ss.; Cass., 3 dicembre 2008, n. 28748, in *Soc.*, 2009, p. 160 ss.

161 Cfr. Trib. Palermo, 13 giugno 2016, in *Ilsocietario.it 2016, 15 luglio*.

162 Per spunti comparatistici cfr. A. PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze "abusi" e rimedi*, cit., pp. 41 ss., 145 ss.; M.P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, cit., p. 116 ss.; C.E. PUPO, *Il voto negativo nell'assemblea della società per azioni. Profili ricostruttivi dell'abuso di maggioranza e di minoranza*, Milano, 2016, p. 55 ss.

163 Cfr. V. BUONOCORE, *L'ostruzionismo degli azionisti nelle assemblee delle società azioni*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 294; M.P. MARTINES, *L'abuso di minoranza nelle società di capitali*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 1184 ss.; EAD., *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006, p. 101 ss.; G.B. PORTALE, *«Minoranze di blocco» e abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al* gouvernement des juges*?*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 148 ss.; A. PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze "abusi" e rimedi*, cit.

164 Trib. Verona, 23 novembre 1905, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, p. 84 ss., commentata da A. SRAFFA, *L'ostruzionismo nelle società anonime*.

165 Ed infatti, l'attuale disposto normativo prevede che l'assemblea ordinaria sia validamente costituita con la presenza di tanti soci che costituiscono la maggioranza del capitale sociale, riferendosi ad una situazione che deve sussistere all'inizio della riunione e che, riscontrata esistente in tale momento, diviene irrilevante se venuta meno successivamente, per l'allontanamento di alcuni soci. Cfr., con orientamento ormai costante, *ex multis* G. FRÉ, *sub Art. 2368*, in *Società per azioni, art. 2325-2451*, in *Commentario al codice civile*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1972, p. 320.

L'abuso delle minoranze si risolve, dunque, nell'esercizio, formalmente corretto, di diritti spettanti ai soci di minoranza in quanto tali o in quanto costituenti particolari minoranze qualificate, al precipuo fine di conseguire vantaggi individuali a danno della maggioranza o della stessa società, e può configurarsi, come visto in precedenza, tanto nell'esercizio (o nel mancato esercizio) del voto (tanto positivo, quanto negativo), quanto nel recesso del socio (artt. 2437 ss. e 2473 c.c.); nella denuncia al collegio sindacale – *ex* art. 2408 c.c. – di fatti riguardanti la gestione societaria ritenuti censurabili; nella denuncia al tribunale del sospetto di gravi irregolarità gestorie (art. 2409 c.c.); nel diritto, nella s.p.a. (art. 2422 c.c.), di consultare il libro soci e quello delle adunanze e deliberazioni assembleari e di ottenerne estratti, nella s.r.l. (art. 2476, co. 2, c.c.), «*di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione*»; nella convocazione dell'assemblea da parte di una minoranza qualificata (art. 2367 c.c.), il cui abuso viene nell'ordinamento francese qualificato come *chicane*; nel diritto di impugnazione dei deliberati assembleari e consiliari (artt. 2377; 2379 ss.; 2388 c.c.; 2434-*bis*; 2479-*ter*;).

V'è da dire che in alcuni casi è stato il legislatore stesso a porre rimedio alle anzidette fattispecie atipiche di abuso: è questo il caso della convocazione dell'assemblea su richiesta dei soci *ex* art. 2367 c.c. Come già nella sua formulazione *ante* riforma, la novellata disposizione contempla la possibilità per una minoranza qualificata (sebbene nulla escluda, ad ogni modo, che possa anche trattarsi della maggioranza) di richiedere all'organo gestorio, con riferimento ad argomenti sui quali l'assemblea non deliberi su proposta degli amministratori o sulla base di un progetto o di una relazione da essi predisposta, di convocare l'assemblea, indicando nella domanda gli argomenti da trattare. Oggi però la norma, sulla base del modello fornito dall'art. 125 TUF (poi abrogato)[166], già sperimentato nelle società quotate, non prevede più *sic et simpliciter* l'obbligo per gli amministratori di convocare l'assemblea, mercé la possibilità per i soci richiedenti di ottenere un risultato analogo ricorrendo al presidente del tribunale (senza, dunque, possibilità di contradditorio) il quale provvedeva con decreto, ma è lasciata ai gestori la possibilità di non dare corso alla richiesta, a condizione che forniscano di ciò adeguata motivazione.

La c.d. *chicane* trova oggi rimedio, dunque, nella valutazione rimessa al tribunale (e non più al suo presidente) circa la giustificazione del rifiuto di provvedere e, dunque, in una valutazione che caso per caso debba tener conto delle ragioni poste a fondamento del rifiuto di assecondare la richiesta dei soci, e, ove tali ragioni non ricorrano, la corte dovrà ordinare la convocazione con decreto indicando, peraltro, a tutela evidentemente delle minoranze, la persona che presiederà l'assemblea.

Un problema che potrà in concreto porsi riguarda il giudizio sulla

166 Cfr. E. PEDERZINI, *Convocazione dell'assemblea su richiesta della minoranza*, in *Le riforme del diritto commerciale. Testo unico della finanza*, Torino, 2002, p. 1022 ss.

"ragionevolezza" del rifiuto a provvedere, inconveniente cui solo la prassi potrà porre rimedio elaborando delle *Fallgruppen*. Potrebbero a tal proposito ricavarsi spunti utili dalle pronunce della precedente giurisprudenza, la quale riteneva legittimo il rifiuto ove fondato su ragioni: «a*) di illegittimità, in radice, della richiesta (incompetenza dell'assemblea, illiceità o impossibilità giuridica degli argomenti da trattare),* b*) di "abuso del diritto" da parte della minoranza (esempio: ripetitività e futilità della richiesta), ovvero* c*) di un preminente interesse sociale in senso contrario (prefigurazione di possibili turbative sul mercato in caso di trattazione degli argomenti richiesti, assoluta intempestività della stessa per il fatto che l'argomento non può ancora essere utilmente istruito ai fini di una ponderata decisione dell'assemblea*»[167].

Il potere di controllo dei soci non amministratori (art. 2476, co. 2, c.c.)[168] è anch'esso ritenuto dalla giurisprudenza assoggettabile al vaglio della buona

---

[167] Cfr. M. LIBERTINI-A. MIRONE-P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379* ter, cit., pp. 135-136, ove anche i relativi richiami alla giurisprudenza e dottrina in argomento.

[168] Sul quale cfr., senza pretesa di esaustività, i contributi di R. COSTI, *Note sul diritto d'informazione e d'ispezione del socio*, in *Riv. soc.*, 1963, p. 65 ss.; S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *La riforma delle società*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2003, p. 59 ss.; ID., *sub Art. 2476*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1586 ss.; ID., *I poteri del collegio sindacale*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, p. 29 ss.; L. DE ANGELIS, *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, cit., p. 469 ss.; S. FORTUNATO, *I "controlli" nella riforma del diritto societario*, in *Riv. soc*., 2003, p. 863 ss.; A. NIGRO, *La società a responsabilità limitata nel nuovo diritto societario: profili generali*, cit., p. 3 ss.; ID., *La nuova società a responsabilità limitata*, cit., p. 3 ss.; G.C.M. RIVOLTA, *Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, p. 683 ss.; G. ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, cit., p. 58 ss.; ID., *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 1105 ss.; O. CAGNASSO, *sub Art. 2476*, cit., p. 1875 ss.; F. FARINA, *Nuova s.r.l. e mercato*, in *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, a cura di F. Farina-C. Ibba-G. Racugno-A. Serra, Milano, 2004, p. 371 ss.; G. RACUGNO, *sub Art. 2476*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1611 ss.; ID., *L'amministrazione della s.r.l. e il controllo legale dei conti*, cit., p. 13 ss.; N. ABRIANI, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, cit., p. 155 ss.; P. MONTALENTI, *Amministrazione, controllo, minoranze nella legge sul risparmio*, in *Riv. soc*., 2006, p. 975 ss.; ID., *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 935 ss.; M. PERRINO, *Il controllo individuale del socio di società di capitali: fra funzione e diritto*, in *Giur. comm*., 2006, I, p. 639 ss.; G. M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, p. 585 ss.; R. GUIDOTTI, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, Milano, 2007; C. MONTAGNANI, *Informazione e controlli nelle nuove società a responsabilità limitata*, cit.; G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni, in Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, p. 109 ss.; G. LANDOLFI, *Il diritto di informazione del socio nella s.r.l.*, Torino, 2011; G. PRESTI, *Il diritto di controllo dei soci non amministratori*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe Portale*, Milano, 2011, p. 650 ss.; G. FERNANDEZ, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l. e l'autonomia privata*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, p. 826 ss.

fede e correttezza e si candida, anzi, a divenire un buon banco di prova per le modalità con cui nel diritto societario vengono recepiti tali principi. Difatti, il potere in parola, di portata particolarmente pervasiva[169] e scomponibile in quello a richiedere informazioni all'organo gestorio circa l'andamento degli affari sociali ed in quello a consultare, anche tramite professionisti di propria fiducia, non solo i libri sociali in senso stretto (*ex* art. 2478 c.c.), ma altresì i documenti relativi all'amministrazione e così anche le scritture contabili, viene concesso al socio nel suo proprio interesse[170] e può in astratto essere esercitato strumentalmente a qualsiasi prerogativa ad egli spettante nell'ambito della s.r.l., come ad esempio: l'esercizio del diritto di voto o di diritti particolari, l'esercizio dell'azione di responsabilità (o di revoca giudiziale) contro gli amministratori o del potere di *exit*, la cessione della quota, l'avocazione di decisioni gestorie o, ancora, l'esercizio del diritto di sottoscrizione in sede di aumento di capitale.

Va da sé che una simile latitudine non possa non evocare una qualche idea di limite[171], a maggior ragione ove si pensi che, al fine di un compiuto esercizio del potere di controllo, sarà necessaria l'intermediazione attiva degli amministratori tanto, come è evidente, per fornire informazioni sulla gestione, quanto, anche, per permettere al socio di consultare i documenti di cui ha bisogno, operando un filtro, ad esempio, in relazione ad esigenze di riservatezza della società. Ma più in generale è possibile sostenere che il socio non debba esercitare i propri poteri di informazione ed ispezione con modalità tali da recare un'inutile intralcio alla gestione sociale, «*in quanto una scelta meramente emulativa o vessatoria o antisociale di tempi e modi di tale esercizio farebbe esorbitare quest'ultimo dallo scopo per cui quei diritti sono stati concessi dall'ordinamento*»[172].

---

169 Cfr. per un commento particolarmente efficace circa l'effettiva estensione dell'ambito applicativo dell'art. 2476, co. 2, c.c., anche con spunti di diritto comparato, G. PRESTI, *Il diritto di controllo dei soci non amministratori*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe Portale*, Milano, 2011, pp. 650 ss. e spec. 655 ss.

170 Cfr. E. RICCIARDIELLO, *L'inerenza del diritto di controllo del socio non amministratore di s.r.l. al potere gestorio*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 232; G. PRESTI, *op. ult. cit.*, p. 650 ss.

171 Lo sottolineano anche G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 1105 ss., spec. p. 1110; G. PRESTI, *op. ult. cit.*, p. 655, ove opportuni richiami giurisprudenziali; ma *contra* cfr. O. CAGNASSO, *sub Art. 2476*, cit., p. 1884, il quale non ritiene configurabile nella nuova s.r.l. una sfera di informazioni riservate da negare al socio; C. MONTAGNANI, *Informazione e controlli nelle nuove società a responsabilità limitata*, cit., p. 238 ss.

172 G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 1113. Nel senso di dover esercitare un vaglio in virtù del principio di divieto di abuso del diritto cfr. M. RESCIGNO, *Problemi aperti in tema di s.r.l.: i finanziamenti dei soci, la responsabilità*, cit., p. 15 e in giurisprudenza Trib. Bologna, 6 dicembre 2006, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 213; con riferimento all'art. 2261 c.c., cfr. V. Buonocore, *Società in nome collettivo*, in *Commentario P. Schlesinger*, Milano, 1995, p. 202. Preferiscono invece il riferimento alla buona fede F. MAINETTI, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, cit., p. 936 ss.; O. CAGNASSO, *sub Art. 2476*, cit., p. 1884; G. M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, cit., p. 608 ss.; in giurisprudenza Trib. Taranto, 13 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2008, p. 122.

Considerato che, nella pratica, spesso all'esercizio del potere di consultazione si accompagna un'azione cautelare *ex* art. 700 c.p.c. con la quale si ordini agli amministratori di permettere al socio l'accesso alla documentazione richiesta, appare congruo ritenere che strumento idoneo a contrastare gli abusi così perpetrati sia, in prima battuta, l'impugnazione dell'ordinanza che accolga la domanda cautelare e, ove ciò non fosse sufficiente (ed infatti, una volta che il socio sia venuto a conoscenza dei dati sociali, gli effetti di una tutela reale sarebbero del tutto inutili), una tutela risarcitoria che tenga conto delle concrete condizioni in cui il diritto è stato esercitato.

Concentrando poi l'attenzione sui profili patologici legati all'abuso del diritto di voto, occorre ribadire come, se è vero che la maggioranza ha la possibilità di modificare il contratto sociale e di adottare decisioni senza la necessità dell'unanimità dei consensi dei suoi soci, è ben possibile che la legge[173] o lo statuto[174] attribuiscano poteri alle minoranze tali da permetter loro di impedire l'adozione di delibere anche indispensabili per l'esistenza stessa della società, circostanza che si verifica con maggior frequenza nelle società cc.dd. paritarie (formate da due soli soci detentori di una partecipazione paritaria al capitale).

Si pensi al caso in cui un socio di s.p.a., titolare di una partecipazione di minoranza pari al 40% del capitale sociale, veniva condannato al risarcimento dei danni nei confronti del socio di maggioranza per aver adottato una condotta contraria ai principi di correttezza e buona fede, poiché avvalsosi di una clausola statutaria che richiedeva per le deliberazioni dell'assemblea straordinaria il voto favorevole dei portatori di azioni rappresentanti almeno i due terzi del capitale, opponendosi senza motivo alcuno all'approvazione di una delibera di aumento votata, invece, dall'altro socio, intestatario del restante 60% del capitale, ed aveva inoltre assunto infondate azioni giudiziarie volte ad ostacolare la regolare gestione societaria[175].

È questa una fattispecie riconducibile ad una tematica molto attuale al giorno d'oggi – e che, per vero, può riguardare anche gli abusi della maggioranza[176] –, quella del c.d. voto negativo su di una proposta di deliberazione assembleare e, dunque, dell'impugnazione delle delibere a

---

173 Tale problema si pone, difatti, specialmente in relazione alle assemblee straordinarie di seconda convocazione, in cui, *ex* art. 2369, co. 3, c.c., si delibera con il voto favorevole di almeno due terzi del capitale presente.

174 Era difatti orientamento unanime, già prima della riforma del diritto societario, quello che ammetteva l'elevazione del *quorum* deliberativo delle assemblee straordinarie, con il limite dell'unanimità o di una maggioranza tale da comportare in sostanza l'unanimità. Cfr. in questo senso U. BELVISO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1985, vol. 17, p. 68 ss.; A. SERRA, *L'assemblea: procedimento*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 3*, Torino, 1994, p. 138 ss.

175 Cfr. Lodo arbitrale, 18 dicembre 2006, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1443 ss.

176 Cfr. Lodo arbitrale, 2 luglio 2009, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 911 ss., con nota di A. DE PRA, *Deliberazione negativa votata in conflitto di interessi e divieto di voto del socio-amministratore*.

contenuto negativo (o cc.dd. negative)[177].

Rinviando al prosieguo della trattazione per una valutazione circa la disciplina applicabile, è possibile individuare, sul piano generale, i casi in cui essa si configura nelle ipotesi in cui una minoranza di blocco o un socio paritario al 50% siano titolari di un potere impeditivo e si oppongano, con un voto immotivato, a proposte di deliberazioni giuridicamente essenziali per il corretto andamento dell'attività sociale[178] ovvero, come nella fattispecie descritta poco sopra, a delibere economicamente[179] essenziali per la società (o per la sua continuità aziendale)[180].

6. *Verso una nuova lettura dell'abuso del diritto nelle fattispecie atipiche.*

Ciò che si evince dall'analisi della casistica giurisprudenziale è che, sebbene nelle pronunce si faccia spesso ricorso al principio del divieto di abuso del diritto, esso viene a volte declinato nella forma dell'eccesso di potere di stampo istituzionalistico, altre volte nella forma delle clausole di buona fede e correttezza e, in questo caso, a volte si richiede la prova specifica dell'intento lesivo da parte del socio nei confronti degli altri soci o della società, altre volte l'abuso viene semplicemente inferito dalle circostanze del caso concreto.

Lo studio condotto in precedenza sulle norme che si sono chiamate anti-abusive ha mostrato come sia possibile ritenere che nel nostro ordinamento esista uno *standard*, in definitiva ricavato dalla messa a sistema di dette norme, tale per cui la condotta di chi gestisce (o contribuisce a gestire) la società debba essere improntata tanto al rispetto di clausole generali positivamente disposte (corretta amministrazione; corretta gestione societaria ed imprenditoriale, etc.), quanto al principio di tutela dei creditori desumibile dalle norme che disciplinano il capitale (reale); sicché non sarà configurabile

---

177 Cfr. principalmente gli studi di M. CIAN, *La deliberazione negativa dell'assemblea di società per azioni*, Torino, 2003; ID., Abus d'egalitè*, tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 397 ss.; ID., *La mistificazione del carattere vincolante della delibera assembleare: ancora su decisione di rigetto, impugnazione, azione risarcitoria*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, p. 341 ss.; C.E. PUPO, *Il voto negativo nell'assemblea della società per azioni. Profili ricostruttivi dell'abuso di maggioranza e di minoranza*, cit.; V. PINTO, *Il problema dell'impugnazione della delibera negativa nella giurisprudenza delle imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 901 ss.; M. STELLA RICHTER JR., *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, in *Riv. soc.*, 2017, p. 283 ss., spec. p. 303 ss.

178 Cfr. Trib. Catania, 10 agosto 2007, in *Corr. giur.*, 2008, p. 397 ss., con nota di M. CIAN, Abus d'egalitè*, tutela demolitoria e tutela risarcitoria* e in *Riv. dir. comm.*, 2009, II, p. 17 ss., con nota di M. ROSSI, *Osservazioni in tema di deliberazioni negative e di abuso del diritto di voto*; App. Catania, 21 luglio 2014, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, p. 329 ss., annotata da M. CIAN, *La mistificazione del carattere vincolante della delibera assembleare: ancora su decisione di rigetto, impugnazione, azione risarcitoria*.

179 Cfr. Lodo arbitrale, 18 dicembre 2006, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1443 ss.; Trib. Milano, 28 novembre 2014, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*.

180 Cfr. così V. PINTO, *Il problema dell'impugnazione della delibera negativa nella giurisprudenza delle imprese*, cit., p. 903.

un interesse predeterminato in astratto e *a priori* cui i gestori dovranno ispirare la propria condotta; al contrario, e così attribuendo il corretto significato alla *business judgment rule*, verrà in rilievo il modo in cui gli amministratori, alla luce delle attuali circostanze del caso (fase di crisi, pre-crisi, insolvenza o buon andamento degli affari sociali) tale interesse ricercano e definiscono in concreto[181], potendosi ricondurre tutto ciò che esorbita dagli interessi tutelati dal sistema alla categoria dell'abuso.

Alla stessa maniera, si ritiene opportuno procedere per l'individuazione, se così si vuol dire, dell'"interesse sociale" in relazione al conflitto non più tra amministratori e soci, amministratori e società o società e creditori, ma tra soci: si dovranno, in un primo momento, ricercare quegli interessi "sociali" – che abbiano, cioè, legittimo rilievo all'interno della società, così evidenziandosi ancor meglio la differenza di tematica rispetto al rilievo degli interessi extrasociali (art. 2373 c.c.) – che la concreta struttura societaria è volta a perseguire, potere che, lo si ribadisce, è devoluto alla maggioranza; ove però gli interessi effettivamente perseguiti nell'esercizio dei propri diritti o poteri dovessero divergere da quelli che il sistema mira a tutelare, sarà giustificato un intervento da parte del giudice.

Se dunque si propende – come qui si ritiene di poter fare – per l'adesione alle critiche mosse all'applicazione dei principi di buona fede e correttezza *ex* artt. 1175 e 1375 c.c. con le stesse modalità con le quali operano nel diritto generale dei contratti[182], è probabilmente preferibile ipotizzare, ancora una volta, tramite il ricorso all'analogia *iuris*, l'esistenza di uno *standard* che sia il risultato della sistematizzazione dei principi ricavabili da tali norme con quelli che informano il diritto societario e, in particolare, con l'art. 2373 c.c. inteso quale ponte di collegamento tra tali principi e quelli che devono ispirare la condotta del socio nei conflitti endosocietari[183].

---

[181] Così anche C. ANGELICI, *Sulla tutela delle minoranze azionarie*, cit., p. 567 ss., spec. p. 580.

[182] Cfr. M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, cit., pp. 6 ss. e 12 ss. e quanto già scritto *supra* alla nt. 43.

[183] Per suggestioni in senso analogo cfr. M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Soc.*, 2003, p. 331 ss., ma spec. p. 335.

In vero, la prospettiva tracciata si carica maggiormente di significato ove si considerino i risultati raggiunti da M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa. Profili ricostruttivi*, cit., *passim*, ma spec. p. 49 ss. Nel citato lavoro monografico, l'A. individua nel valore e nella redditività della partecipazione i terminali oggettivi di un'obbligazione gestoria e, al contempo, conclude che «*la "forma" attraverso la quale si esprime la partecipazione del socio all'attività e alla organizzazione della sua titolarità, cioè la "partecipazione al capitale" della società, vale allora a fissare un fondamentale tratto distintivo sul piano "causale" dell'operazione societaria rispetto al modello della gestione collettiva, in quanto, anche nella sua connotazione a più forte valenza "reificante", cioè in quella azionaria, essa viene in rilievo non (o almeno non soltanto, come invece è a dirsi per la quota del fondo) in una dimensione "individuale", ossia per il suo significato di "valore atto allo scambio" suscettibile di costituire oggetto di appartenenza (e, prima ancora, di appropriazione) singolare secondo il modello giuridico del "bene", ma anche – e, nella*

Ne risulta così la possibilità non solo di configurare, all'interno dei concreti[184] rapporti tra soci, il dovere di dare esecuzione al contratto sociale senza abusare dei diritti o poteri legati alla propria posizione all'interno di una data struttura societaria[185], ma anche di valutare se tali situazioni giuridiche soggettive siano state esercitate nel rispetto delle finalità per cui sono state attribuite.

Il pregio di tale ricostruzione risiede, in particolare, nella sua idoneità ad essere adattato a qualsiasi tipologia societaria, riconducendo a sistema le più recenti impostazioni civilistiche[186] con l'ordinamento del diritto delle società

---

sua dimensione di "frazione del capitale sociale", principalmente – come fonte di una relazione giuridica direttamente intercorrente con gli altri partecipanti alla medesima operazione, cioè, appunto, per il suo rilievo "collettivo".

Emerge, così, un nesso tra le posizioni dei soci il quale, oltre a offrire in principio un supporto dogmatico per radicare potenziali "doveri di protezione" nella partecipazione sociale, vale a segnare in modo netto la differenza rispetto al modulo della gestione collettiva del risparmio, nell'ambito della quale non può rintracciarsi alcun collegamento di natura "organizzativa" tra le quote del fondo» (pp. 91 ss.).

Cfr. inoltre M. LIBERTINI-A. MIRONE-P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379* ter, cit., pp. 361-362, secondo i quali «*qualsiasi deliberazione che presenti una incompatibilità assoluta con qualsivoglia criterio di efficiente gestione dell'impresa a scopo lucrativo è da ritenersi viziata per non conformità alla legge. In questo senso anche i "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale", di cui parla l'art. 2497, co. 1, con riguardo ai gruppi di società, e così pure l'indicazione della "redditività… della partecipazione sociale" come bene giuridicamente tutelato (*ibid*), dovrebbero intendersi come diposizioni di principio, non limitata all'impresa di gruppo, ma operanti in tutto il diritto delle società di capitali, e tali da permeare anche il funzionamento dell'organo assembleare*».

[184] Nel nostro ordinamento, danno rilievo alla *Realstruktur*, ai fini dell'indagine sulla condotta del socio, D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., pp. 74 ss. e 93 ss.; F. GUERRERA, *Abuso del voto e controllo "di correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, cit., p. 276 ss.; ID., *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., *passim*, ma già da p. 154 ss.; e, già dal suo C. ANGELICI, *Rapporti sociali e regole della correttezza*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 1017 ss., rimanendo poi quella del riferimento alla concreta struttura empirica della società ai fini della valutazione in termini di buona fede e correttezza un *fil rouge* che attraversa tutta la produzione dell'Autore sul tema. Dello stesso A. cfr. anche C. ANGELICI, *Parità di trattamento degli azionisti*, cit., p. 1 ss. in cui per la prima volta nei suoi scritti viene proposta l'idea di differenziare il trattamento giuridico del socio a seconda della sua posizione all'interno dell'organizzazione societaria, tema, anch'esso, che verrà ripreso e approfondito nei lavori successivi già citati in precedenza.

In senso analogo, nel diritto tedesco, cfr. M. LUTTER, *Die Treuepflichen des Aktionärs*, in *ZHR*, 1989, p. 452 ss., il quale ritiene che la fonte del dovere fiduciario del socio non vada ricercata in astratto nel contratto (sociale), ma che piuttosto necessiti di una specifica considerazione dei concreti rapporti intercorrenti tra i soci all'interno di una determinata struttura societaria.

[185] Secondo C. ANGELICI, *Rapporti sociali e regole della correttezza*, cit., p. 1017 ss. sarebbe possibile invece configurare dei *fiduciary duties* (o obblighi di protezione) che ben possono prescindere dall'esistenza di un rapporto negoziale, fondandosi piuttosto su di un "contatto qualificato" che «*può risultare dallo stesso contratto di società*», ma che «*non sempre in esso necessariamente si risolve*».

[186] Cfr. in particolare N. LIPARI, *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, cit., p. 225 s. ove, secondo l'A., «*l'abuso ha trovato e trova le più diverse motivazioni: il*

e permettendo, in tal modo, all'organo giudicante di svolgere un'indagine tesa a vagliare i momenti esecutivi legati alle diverse situazioni giuridiche soggettive del socio alla luce delle *rationes* di volta in volta astrattamente sottese alle disposizione di legge. Si tratta, in definitiva, di ricostruire l'abuso di potere nel diritto societario non solo come "eccesso", e cioè come approfittamento della propria posizione di potere all'interno dell'organizzazione sociale così incidendo sulla sfera di interessi degli altri soci, ma anche come "sviamento", con la possibilità di valutare se la condotta concretamente adottata – e dunque, in sostanza, gli interessi in concreto perseguiti dalle parti – siano o meno identificabili con quelli in astratto tutelati dalle disposizioni di legge.

7. *I rimedi agli abusi delle maggioranze e delle minoranze.*

Impostato il problema ed analizzate le fattispecie di abuso della maggioranza e della minoranza, si tratta ora di individuare rimedi rispetto ad esse congrui.

Deve a tal proposito considerarsi la disciplina apprestata dagli artt. 2377, co. 5, n. 2, e 2373 c.c. (soprattutto a seguito della riforma del 2003), da cui emerge come, nell'ottica del sistema, quello assembleare vada colto nella sua dimensione di procedimento, del quale rileva il solo risultato finale (la deliberazione) che, una volta raggiunto – e una volta adempiuti, in alcuni casi, gli obblighi pubblicitari previsti dalla legge – è idoneo ad elidere l'incidenza di eventuali vizi verificatisi nel corso delle varie fasi di cui tale *iter* si compone. E difatti, la prima delle due disposizioni richiamate prevede, con particolare riferimento all'invalidità dei singoli voti o al loro errato conteggio, che essi non sono idonei a determinare l'invalidità della delibera a meno che non siano stati determinanti ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta; la seconda, invece, mostra come, a causa dell'interesse extrasociale perseguito dal socio in conflitto di interessi con la società ed essendo stato il principio maggioritario piegato – e dunque neutralizzato – per fini che non possono essere ritenuti di rilievo sociale, la conseguenza non sia la mera invalidità del singolo (o dei singoli) voto(i), ma piuttosto della delibera in quanto tale.

Se poi si consideri il combinato disposto delle norme appena richiamate con l'art. 2377, c.c., oltre che con gli artt. 2332, 2379-*bis*, 2379-*ter*, 2434-*bis* e 157 TUF, 2479-*ter*, 2500-*bis*, 2504-*quater*, 2506-*ter* c.c., ma anche con gli artt. 2357-*quater* e 2359-*quinquies* c.c., in tema, rispettivamente, di sottoscrizione di azioni proprie e di azioni o quote della controllante, emerge chiaramente come, avendo avviato un progressivo percorso di arretramento della tutela reale (o demolitoria) rispetto a quella obbligatoria (o

---

difetto di interesse da parte del titolare o addirittura l'interesse di nuocere, la modalità anomala o scorretta dell'esercizio secondo paradigmi riconducibili alla buona fede oggettiva, il bilanciamento degli interessi fra quelli propri del titolare e quelli dei soggetti incisi dall'esercizio dell'atto, la deviazione del potere rispetto al fine istituzionale e in funzione del quale sarebbe stato conferito, nonché gli infiniti risultati potenzialmente conseguibili dalle varie combinazioni di tutti questi criteri».

risarcitoria)[187], il legislatore della riforma abbia inteso dare prevalenza alla stabilità e certezza degli effetti giuridici attinenti ad atti prodotti da una società, o che in diversa misura sulla stessa abbiano un'incidenza[188]. Ma ciò non basta per fornire una completa ricostruzione dell'attuale cornice sistematica relativa alla ponderazione degli interessi rilevanti nei conflitti tra soci. Bisogna infatti aggiungere che, se la regola è – coerentemente rispetto a fenomeni rientranti nel bacino assiologico dell'attività – la stabilità degli effetti, ciò implica una scelta del sistema nel senso: *i*) non solo di sacrificare gli interessi dei soggetti lesi da atti viziati (e dunque invalidi), ma efficaci; *ii*) ma anche di rendere il rimedio risarcitorio la regola[189] – poiché attivabile da

---

187 Scelta salutata da una certa dottrina con favore o, se non altro, "non con disfavore". Cfr. G. NICCOLINI, *Le deliberazioni di s.p.a. non conformi a legge o a statuto tra tutela reale e tutela obbligatoria*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 2004, p. 209 ss., spec. pp. 212-213 e 216, il quale scrive che «*gli strumenti della c.d. analisi economica del diritto evidenziano, in favore della tutela obbligatoria, un argomento di un certo peso. Si osserva, infatti, che la tutela obbligatoria evita che il socio che subisce dall'illegittima deliberazione un danno pari a 1 euro possa, con l'impugnazione, impedire un'operazione che ne valga 1.000: la tutela obbligatoria sarebbe, di conseguenza, più misurata ed equilibrata della tutela reale, e dunque nient'affatto deteriore ma anzi preferibile a essa in quanto più efficiente*».

Cfr. poi sul punto F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai "battelli del Reno" alle navi vichinghe*, cit., c. 48 ss.; ID., *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 459; F. GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, VII, Padova, 1988, p. 238 ss.; G. ROSSI-A. STABILINI, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, cit., p. 1 ss.; P. BELTRAMI, *La responsabilità per danno da fusione*, Torino, 2008, p. 150; P. MARCHETTI, *sub Art. 2379*-ter, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2008, p. 321 ss.; E. LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria*, Milano, 2012, p. 182, il quale ritiene che «*la preferenza accordata al meccanismo risarcitorio, discapito di quello demolitorio, è giustificabile in termini di efficienza se ed in quanto la tutela rimanga equivalente*», ciò comportando, secondo M. VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 629 ss., spec. p. 631, nt. 4, «*l'obiettivo della norma (e di analoghe disposizioni che comprimono la tutela reale), è quello di raggiungere un risultato maggiormente efficiente, ipotizzando che il risarcimento dei danni ponga minori costi complessivi rispetto al rimedio demolitorio*»; ma poi anche, in una prospettiva comparatistica, G.B. PORTALE, *L'invalidità delle delibere assembleari: tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive, Atti del convegno internazionale di studi. Venezia, 10-11 novembre 2006*, Milano, 2007, p. 611 ss.

188 Si veda sul punto il noto saggio di G. CALABRESI-A. D. MELAMED, *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, p. 1089 ss. e, con riferimento al nostro ordinamento, seguendo l'impostazione tracciata dai due Autori appena citati – la quale dà rilievo all'analisi economica del diritto – L. ENRIQUES-A. ZORZI, *Spunti in tema di rimedi risarcitori conrto l'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 1 ss.

189 Cfr. C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 71 ss.; concorde anche M. STELLA RICHTER JR., *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, cit., p. 306, nt. 71.

qualsiasi socio danneggiato da una delibera viziata e unico strumento di tutela per chi sia detentore di azioni prive del diritto di voto in relazione ad una data deliberazione anch'essa viziata – e quello demolitorio l'eccezione – poiché utilizzabile solo da chi si trovi a detenere una certa percentuale del capitale sociale[190].

A ben guardare, per il tramite dello strumento dell'impugnazione, chi detenga un possesso azionario pari al cinque percento del capitale sociale (o all'uno per mille nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio), potrebbe o ottenere la rimozione del valore organizzativo che la delibera proietta sul regime di produzione dell'azione sociale, di modo da permettergli di valutare *ex novo* l'operato degli amministratori e/o le scelte della maggioranza[191] e adottare rimedi volti ad impedire che l'approvazione e l'eventuale esecuzione della delibera possano produrre un deterioramento del valore della propria partecipazione; ovvero, così come accade con riferimento al potere di *exit*, rinunciare all'impugnazione (entrambi tali poteri presentano in comune la caratteristica di essere irrinunciabili *ex ante*, ma rinunciabili *ex post*) dopo aver, anche in questo caso, attivato una negoziazione[192].

La circostanza, però, che lo strumento dell'impugnazione sia attribuito solo al socio (o al gruppo di soci) che detenga una determinata aliquota del capitale comporta che la tutela davvero generale – quella, cioè, utilizzabile da qualsiasi socio, detentore anche di una sola azione – sia quella risarcitoria, ciò a sua volta implicando che l'odierno assetto normativo, nel tutelare il socio minoritario, dà preminente rilievo al valore e alla redditività della

---

[190] A tal proposito si pone il problema, giustamente sollevato da M. VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, cit., p. 641, riguardante la legittimazione alla tutela reale od obbligatoria legato alla non del tutto cristallina disposizione dettata dall'art. 2377, co. 3, c.c.: «*la norma riserva l'azione di annullamento al socio che possieda "tante azioni aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione che rappresentino, anche congiuntamente, l'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il cinque per cento nelle altre". La circostanza che ci si riferisca dapprima alle azioni votanti nella deliberazione che si vuole impugnare, e successivamente a un quoziente calcolato genericamente sul capitale sociale, fa infatti sorgere un'incertezza interpretativa. Si consideri il caso di una società non quotata che abbia emesso 100 azioni ordinarie a voto pieno, e 100 azioni privilegiate a voto limitato, che votano solo nell'assemblea straordinaria. Un socio possiede 6 azioni ordinarie, e dunque oltre il cinque per cento del capitale rappresentato da azioni con diritto di voto nell'assemblea (ordinaria) la cui deliberazione intende impugnare, ma solo il tre per cento dell'*intero *capitale sociale: può accedere alla tutela reale, o gli è solo riservata quella obbligatoria?*». La risposta preferibile è, sulla scorta di un'interpretazione sistematica e pur dovendosi forzare il dato letterale, nel primo senso, dal momento che l'ultima parte del co. 3 della stessa norma poi la adotta con riferimento alle assemblee speciali.

[191] Così A. NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 886.

[192] Cfr. C. ANGELICI, *Soci e minoranze nelle società non quotate*, in *La riforma delle società per azioni non quotate*, a cura di M. Porzio-M. Rispoli Farina-G. Rotondo, Milano, 2000, p. 42 ss.

partecipazione – oltre che alla possibilità di monetizzare in qualsiasi tempo l'investimento – piuttosto che alla possibilità di conservare le prerogative dell'azionista in quanto parte della "comunità sociale"[193].

Tanto si desume da un'interpretazione sistematica degli artt. 2377 e 2497 c.c., il secondo dei quali, individuando nel valore e nella redditività della partecipazione, e non nel patrimonio del soggetto leso, l'unico parametro cui la tutela del socio esterno al gruppo di controllo debba rapportarsi, funge da limite e da criterio di calcolo oggettivo per la misurazione del risarcimento dovuto[194]; il primo, invece, concentrando nell'interesse economico corrispondente alla partecipazione oggettivamente considerata la tutela del "diritto" del socio, esclude che esso sia meritevole di esser tutelato quando non sia di fatto riscontrabile un danno del tipo rilevante per l'art. 2377, co. 4, c.c. La "proprietà" dell'azionista si viene allora configurando in modo affatto peculiare per il suo essere caratterizzata dalla mediazione delle regole dell'organizzazione societaria oltre che dalla rilevanza solo eventuale – e comunque non costituzionalmente necessaria – di forme di salvaguardia delle situazioni giuridiche soggettive volta a volta rilevanti.

Le osservazioni appena svolte permettono di individuare nel sistema un canone di tutela minima della partecipazione (e così della proprietà azionaria) fondato essenzialmente sul dato patrimoniale, sul momento della disposizione piuttosto che su quello del godimento del bene interno alla "comunità", tale da rendere irrilevante, per il profilo che qui interessa, la natura volontaria o coattiva del disinvestimento e, di conseguenza, idoneo a determinare la legittimità – e costituzionalità – delle regole che concedono alla maggioranza il potere di "conformare" la "proprietà" del singolo all'interesse comune, ad esempio decidendo il momento della liquidazione dell'investimento azionario[195].

A ciò si potrebbe replicare, per un verso, che l'azionista non sempre si

---

193 Così cfr. F. M. MUCCIARELLI, *Società per azioni e offerta pubblica d'acquisto. Le difese successive contro offerte pubbliche d'acquisto di azioni quotate*, Milano, 2004, p. 101 s.; C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., pp. 67 ss., 71-72 e 455 s.

194 Cfr. C. ANGELICI, *op. ult. cit.*, p. 68; nello stesso F. GUERRERA, *La scissione tra proprietà e voto nella s.p.a.: doveri, abusi, rimedi*, cit., p. 209, il quale, sulla scorta della nota distinzione già tracciata dallo stesso A. in ID., *Abuso del voto e controllo «di correttezza» sul procedimento deliberativo assembleare*, cit., p. 181 ss. tra deliberazioni gestionali, di carattere funzionale e di modifica della struttura organizzativa della società, ritiene che, con riferimento a deliberazioni viziate da conflitto di interessi o da abuso di maggioranza, «*il pregiudizio potrebbe essere agevolmente ravvisato nella* diminuzione della redditività e del valore *della partecipazione, che si assume causata dall'atto invalido e in definitiva nella* riduzione del valore intrinseco o di scambio delle azioni».

195 Ciò che conferma la sensazione, già in precedenza espressa, che la disciplina del recesso individui una sorta di paradigma generale per la tutela dell'azionista, il che spiegherebbe anche, al di là di ogni considerazione tecnica, la sua utilizzazione in disposizioni come gli artt. 2355-*bis* e 2437-*sexies* c.c. Cfr. C. ANGELICI, *Sulla tutela delle minoranze azionarie*, cit., p. 567 ss., spec. p. 575, e, per alcuni spunti in tema di autonomia statutaria e compatibilità con il sistema societario di clausole che prevedano indennizzi per il sacrificio di poteri della minoranza, L. CALVOSA, *La clausola di riscatto nelle società per azioni*, Milano, 1995, pp. 64, 175 ss., 220.

determina ad entrare in società per un generico investimento, ma per una determinata ragione finanziaria e, per altro verso, che non sempre l'azionista esterno al gruppo di controllo ha interesse alla sola remunerazione e conservazione del proprio investimento, potendo invece nutrire l'aspirazione di partecipare al momento organizzativo dell'attività d'impresa o, comunque, ad impedire che la struttura sociale venga incisa in modo sensibile[196].

Tali critiche, tuttavia, sarebbero il frutto di un cortocircuito del sistema, il quale attribuirebbe alla maggioranza un ampio potere conformativo sulla posizione degli azionisti esterni per poi vederlo disinnescato da strumenti di tutela apprestati dalla prassi ed incongrui rispetto alle dinamiche oggi esistenti.

Lo strumento dell'impugnazione viene dunque concesso dall'ordinamento solo quando sia necessaria la tutela di un interesse ulteriore rispetto a quello relativo al possesso di un'azione, quello ad influire «*sulle scelte della società e più in concreto dell'assemblea*»[197], soluzione che trova conferma, ad avviso di chi scrive, nella disciplina dell'invalidità[198] delle

---

196 Cfr. V. CARIELLO, *Azioni a voto potenziato, "voti plurimi senza azioni" e tutela dei soci estranei al controllo*, cit., p. 188, il quale osserva come l'attribuzione di poteri della minoranza a partecipazioni qualificate sarebbe idonea ad attestare la rilevanza giuridica dell'aspirazione del socio minoritario (o comunque esterno al gruppo di controllo) a poter prender parte alle dinamiche societarie.

197 C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., pp. 72-73.

198 È altresì importante notare come, sempre sul piano del sistema, il fatto che l'art. 2479-*ter* c.c. discorra di invalidità piuttosto che di "nullità" ed "annullabilità" è indizio della circostanza per cui tali categorie di patologie negoziali non siano più, nell'odierno assetto normativo, riconducibili nell'alveo dogmatico delle loro corrispondenti figure così come disciplinate nel diritto civile. In questo senso cfr. già B. LIBONATI, *Assemblea e patti parasociali*, cit., p. 463 ss.; F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 209; G. NICCOLINI, *Le deliberazioni di s.p.a. non conformi a legge o a statuto tra tutela reale e tutela obbligatoria*, cit., p. 210, ove l'A. scrive che «*invero, una volta acquisito il valore non negoziale ma organizzativo delle deliberazioni assembleari, e una volta constatati quanto forti siano, nella nuova disciplina, le deviazioni dalle regole dell'invalidità del negozio giuridico, ci si sarebbe potuto attendere un abbandono dello stesso richiamo alle categorie della annullabilità e (soprattutto) della nullità, e di sentire in loro vece parlare di impugnazione delle deliberazioni assembleari governata da regole (di legittimazione, di termini, e così via) divwerse a seconda del vizio denunziato*»; A. PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, p. 55 ss.; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 116; ID., *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 336 ss.; G.B. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, cit., p. 221; R. RORDORF, *Invalidità ed impugnazione delle decisioni dei soci di s.r.l.*, in *Soc.*, 2007, p. 270 ss.; V. PINTO, *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, Torino, 2008, p. 106 ss.; C. BAVETTA, *La deliberazione assembleare non verbalizzata*, Milano, 2008, p. 66 ss.; F. CHIAPPETTA, *sub Art. 2377*, cit., p. 261 ss.; P. SCHLESINGER, *Appunti in tema di invalidità delle deliberazioni assembleari delle società azionarie dopo la riforma del 2003*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 567 ss.; G. PALMIERI, *L'invalidità delle decisioni*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibba e G. Marasà, vol. IV, Padova, 2009, p. 147 ss., ma spec. p. 173 ss.; F. DI GIROLAMO, *sub Art. 2377*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2015, p. 1692 s., il quale ritiene che la distinzione tra annullabilità e nullità sarebbe ormai "obsoleta"; G. PALMIERI-C. PATRIARCA, *sub Art.*

delibere assembleari apprestata dall'art. 2479-*ter* c.c., ove, come noto, il potere di impugnare viene concesso al socio che non abbia acconsentito all'adozione della decisione, anche individualmente, e a prescindere dalla misura della propria quota di partecipazione al capitale sociale. In tal caso, difatti, la norma neppure contempla il rimedio risarcitorio, dando probabilmente per presupposto che, in un tipo di società tipologicamente "chiuso" (o meglio, "personalizzato") qual è, nella mente del legislatore, la s.r.l., la migliore e naturale tutela per l'interesse del socio sia quella che gli permette di incidere direttamente sull'organizzazione sociale rimuovendo gli effetti che la delibera viziata abbia sortito sul risultato del procedimento di esplicazione dell'azione sociale.

Da qui ancora due ulteriori sollecitazioni: *i*) se nella s.p.a. l'azione per l'impugnativa può essere esercitata solo da coloro che detengono una certa quota di partecipazione al capitale, se la responsabilità *ex* art. 2377, co. 4, c.c. ha ad oggetto il valore e la redditività della partecipazione e se, quindi, tale valore, il quale rappresenta, come visto, tutela minima per l'azionista, non viene intaccato da una delibera che tuttavia risulta essere viziata per contrasto alla legge o allo statuto, o perché in contrasto con il disposto dell'art. 2379, co. 1, c.c., ciò vuol dire che il sistema attribuisce alle delibere "inoppugnabili"[199] l'idoneità a produrre effetti giuridici e, anzi, a ben vedere,

---

2379, in *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Milano, 2016, p. 1127 ss.

Cfr. in senso contrario, R. LENER, *sub Art. 2377*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini-A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 546 ss.; M. CENTONZE, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, 2006, p. 311 ss.; P. SPADA, *Diritto commerciale, II. Elementi*, cit., p. 62 ss.; M. LIBERTINI-A. MIRONE-P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379* ter, cit., p. 344 e nt. 14, 430 s. e 451; R. SACCHI, *La tutela delle minoranze tra tutela indennitaria e rimedi demolitori*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, I, p. 237 ss.

[199] Il riferimento è al recente lavoro di M. STELLA RICHTER JR., *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, cit., p. 307 s., il quale ritiene che, a differenza dell'annullabilità e della nullità – ammesso che abbia ancora senso parlare di invalidità in questi termini nel diritto societario –, le quali sono ipotesi di efficacia, ancorché precaria, delle deliberazioni assembleari, l'inoppugnabilità «*non è una qualità dell'atto che rende la deliberazione valida (ammesso che fosse valida), posto che l'inoppugnabilità è una condizione che ovviamente giunge a caratterizzare anche le deliberazioni valide (ancorché chiaramente esprima la massima rilevanza per quelle invalide). Anzi, ad essere rigorosi, di una deliberazione inoppugnabile è impossibile predicare tanto la validità quanto la invalidità quantomeno sul piano della verità processuale; un giudizio in termini di validità o invalidità non può infatti che restare sul piano delle opinioni di chi lo esprime.* […] *La inoppugnabilità deve invece essere intesa come «inattaccabilità della disciplina introdotta da uno specifico atto» (nel nostro caso la deliberazione) e, come tale, si sostanzia nel fatto di estinguere il diritto di chi è legittimato a ottenere i provvedimenti giurisdizionali, tanto reali quanto obbligatori, che presuppongono o si risolvono nell'accertamento della invalidità dell'atto*». L'inoppugnabilità si manifesta, in altre parole, «*in un fatto ad efficacia preclusiva, per un certo soggetto, della possibilità di contestare l'effetto, cui l'inoppugnabilità stessa inerisce, mediante impugnativa giurisdizionale dell'atto* […] *che lo ha prodotto*». Così

tale idoneità già riconosce in relazione a delibere non ancora inoppugnabili ma comunque invalide; *ii*) se così è, in forza del principio di non contraddizione, una volta ammesso che un atto – per quanto viziato – sia idoneo a produrre effetti, se, cioè, l'ordinamento ne riconosce il valore, sul piano assiologico, "positivo", non potrebbe logicamente ritenersi che la natura del diritto alla reintegrazione del danno contemplato dall'art. 2377, co. 4, c.c. sia risarcitoria[200], quanto piuttosto indennitaria[201].

Il tema è stato di recente affrontato[202] partendo dall'osservazione per cui nel nostro sistema non vi sia una nozione certa del concetto di "indennità", sicché diviene altresì difficile distinguere questo dal concetto di "risarcimento". Si è tuttavia proposto di mutuare, con riferimento al primo, la definizione che generalmente ne viene data nel diritto civile e secondo la quale l'indennità è una situazione in cui «*un soggetto è tenuto a una prestazione in denaro*», «*in considerazione del sacrificio, consentito dalla legge, dell'altrui interesse*»[203], e così «*il socio, che non raggiunga il quoziente richiesto, è "indennizzato" per la privazione (esproprio) del potere di*

---

cfr. P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, p. 178.

200 Come invece ritengono A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, 2006, p. 193 ss., il quale, sulla base tanto del tenore letterale dell'art. 2377, co. 4, c.c. – il quale testualmente parla di "risarcimento del danno", quanto del fatto che aderendo alla tesi indennitaria, verrebbero accentuate le differenze di trattamento tra soci che agiscono e altri che rimangono passivi. Tuttavia, è opportuno notare come la circostanza che il tenore letterale della disposizione faccia riferimento ad un risarcimento non debba vincolare l'interprete nel perseguire risultati ermeneutici congrui rispetto al sistema; inoltre, come nota anche M. VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, cit., p. 635, nt. 14, «*non mi pare* […] *che dalla scelta di alcuni azionisti di non agire in giudizio a tutela delle proprie ragioni, e quindi dal possibile deterioramento della loro posizione rispetto a quella dei soci che agiscono, si possa far discendere il rigetto della qualificazione della fattispecie in termini indennitari*»; R. LENER, *sub Art. 2377*, cit., p. 544, il quale propone la riqualificazione della causa di invalidità della delibera in fatto illecito generatore di responsabilità; con riferimento alla fusione, P. LUCARELLI, *Rapporto di cambio incongruo, invalidità della fusione e rimedi: una relazione ancora da esplorare*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, p. 269 ss.; L.A. BIANCHI, *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, Milano, 2002, *passim*; P. BELTRAMI, *La responsabilità per danno da fusione*, cit., p. 99 ss.; con riferimento ai danni da scissione (ma con ragionamento che può estendersi anche alle fattispecie disciplinate dall'art. 2377 c.c.), invece, G. GUERRIERI, *Limiti alla tutela reale e portata della tutela risarcitoria nell'ipotesi di scissione e di altre deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 341 ss., spec. p. 366.

201 Cfr. A. NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, cit., p. 892 ss.; R. SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, 2006, p. 155 ss.; C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 74; M. VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, cit., p. 634 ss.

202 M. VENTORUZZO, *op. ult. cit.*, p. 636 ss.

203 S. CICCARELLO, *Indennità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXI, 1971, p. 99 ss.

annullamento»[204].

A tale tesi sarebbe possibile opporre, anzitutto, la circostanza per cui sia possibile parlare di indennizzo solo a fronte di un danno derivante da un atto lecito, così come sicuramente non accade in riferimento al danno rilevante *ex* art. 2377, co. 4, c.c., il quale è dovuto all'antigiuridicità insita nella contrarietà della delibera alla legge o allo statuto. Tuttavia, tale conclusione non troverebbe conforto sul piano sistematico, alla luce tanto della disciplina sul danno cagionato dall'incapace (art. 2047 c.c.), quanto sull'accessione invertita (938 c.c.) e sull'indennità sostitutiva dovuta al lavoratore illegittimamente licenziato. Vi sarebbe inoltre da considerare il fatto che, generalmente, l'indennità è posta a carico di un soggetto che si sia arricchito, mentre nel caso della delibera viziata la società – legittimata passiva dell'azione di cui si sta discorrendo – potrebbe non essersi arricchita affatto e, anzi, potrebbe addirittura aver subito un pregiudizio. Anche siffatto argomento potrebbe però essere smentito dagli esempi già poco sopra riportati, dal momento che l'incapace chiamato a rispondere potrebbe danneggiare sia un terzo, sia sé stesso, e che sul piano patrimoniale il datore di lavoro che licenzi illegittimamente un dipendente non ne trae certo alcun beneficio[205].

Altra argomentazione a sostegno della tesi indennitaria è individuabile, in prima battuta, nel fatto che, aderendo – come sembra corretto – alla ricostruzione del sistema delle deliberazioni degli organi sociali in termini di "inoppugnabilità"[206], il problema della ingiustizia del danno verrebbe eliso al vertice; e, inoltre, nella riconduzione a sistema, ancora una volta, della disposizione di cui si discorre con la disciplina dei gruppi di società e del recesso, dalla quale emerge la comune prospettiva per cui, ogni volta che venga riconosciuto alla società e, in concreto ai soci di maggioranza, un potere così come accade in riferimento alle fattispecie appena richiamate, la pretesa pecuniaria che l'azionista può vantare in conseguenza del suo esercizio non ne presuppone l'illegittimità[207].

E ancora, l'adesione alla tesi della tutela risarcitoria potrebbe condurre –

---

[204] A. NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, cit., p. 892.

[205] Sul punto cfr. ancora M. VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, cit., pp. 636-637.

[206] Cfr. M. STELLA RICHTER JR., *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, cit., pp. 307-308.

[207] Secondo C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 75, «*potrebbe assumere un qualche rilievo la constatazione che, almeno nel contesto specifico dell'art. 2497 c.c., il sistema sembra individuare una sorta di equivalenza fra compensazione preventiva e compensazione successiva del pregiudizio: con la conseguenza, al di là di ogni profilo formale, che la qualificazione del danno come illegittimo, se si vuol dire "ingiusto", potrebbe ritenersi derivante anche dall'assenza della prima e che allora l'intervento della seconda, a seguito dell'esercizio della pretesa risarcitoria, vale essenzialmente a ricreare* ex post *il requisito di legittimità originariamente mancante*».

adottando una tecnica ermeneutica orientata alle conseguenze[208] – al risultato che tale strumento risulti sbilanciato e non omogeneo rispetto a quello demolitorio: nell'impugnazione, il socio-attore potrà ottenere la tutela per cui ha agito semplicemente dimostrando la contrarietà della deliberazione alla legge o all'atto costitutivo, ad esempio per la presenza di un vizio procedimentale; se invece, si diceva, si accedesse alla tesi risarcitoria (di natura, indifferentemente, contrattuale od extracontrattuale) – anziché a quella indennitaria –, si dovrebbe constatare che al socio minoritario verrebbero imposti «*oneri probatori aggiuntivi, o comunque una posizione processuale meno favorevole (ci si riferisce, in particolare, alla necessità di provare dolo o colpa o alla possibilità del convenuto di liberarsi dalla responsabilità dimostrando l'assenza di tali elementi soggettivi)*»[209]. Al contrario, aderendo alla tesi indennitaria, la conseguenza sarebbe una perfetta simmetria tra i due mezzi di tutela, poiché il socio sarebbe svincolato dai descritti oneri[210] ed esonerato dal dover provare lo stato soggettivo di chi abbia adottato la delibera, con conseguente impossibilità per la società di opporre il difetto di dolo o colpa al fine di esimersi da responsabilità.

Sebbene convincente, si vedrà nel paragrafo che segue come la ricostruzione della fattispecie disciplinata dall'art. 2377, co. 4, c.c. in termini indennitari comporti non trascurabili conseguenze sul piano applicativo.

Quanto poi all'individuazione del danno risarcibile, è preferibile ritenere che esso vada rintracciato, come si è più volte sostenuto, nel valore e nella redditività della partecipazione, tanto perciò – utilizzando le categorie del diritto civile – nella forma del danno diretto[211], quello cioè cagionato dalla delibera in sé, quanto, nonostante il dettato normativo parli di danno (solo) "cagionato"[212], anche di quello – tradizionalmente qualificato come –

---

208 Sulla quale cfr. in particolare V. CARIELLO, *Osservazioni preliminari sull'argomentazione e sull'interpretazione "orientate alle conseguenze" e il "vincolo del diritto positivo per il giurista"*, in *Impresa e mercato. Scritti dedicati a Mario Libertini*, a cura di V. Di Cataldo-V. Meli-R. Pennisi, III, *Crisi d'impresa. Scritti vari*, Milano, 2015, p. 1713 ss.

209 M. VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, cit., p. 638.

210 Cfr. R. SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, cit., p. 155 s.; M. VENTORUZZO, *op. ult. cit.*, p. 638.

211 Cfr. per la risarcibilità del solo danno diretto D. SPAGNUOLO, *sub Art. 2377*, in *La riforma delle società. Società per azioni*, a cura di M. Sandulli-V. Santoro, I, Torino, 2003, p. 554; G. PRESTI-M. RESCIGNO, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003, p. 151 s.; V. SALAFIA, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria*, cit., p. 1178; M. LIBERTINI, *Tutela invalidativa e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni su alcuni contenuti di disciplina*, a cura di A. Genovese, Torino, 2004, p. 10 ss.; A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, cit., p. 191 s.; P. MARCHETTI, *sub Art. 2379*-ter, cit., p. 327; M. LIBERTINI-A. MIRONE-P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379* ter, cit. p. 378 ss.

212 In questo senso cfr. G. PRESTI-M. RESCIGNO, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società.*

"indiretto"[213], conseguente alla successiva esecuzione della delibera da parte dell'organo gestorio[214].

Lezioni sulla riforma e modelli statutari, Milano, 2003, p. 151 s., ma *contra*, soffermandosi proprio su tale aspetto, G.B. PORTALE, *L'invalidità delle delibere assembleari: tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, cit., p. 619.

213 Cfr. R. SACCHI, *La tutela obbligatoria degli azionisti nel nuovo art. 2377 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private.* Atti del convegno di Varese, 20-21 settembre 2002, a cura di P. Benazzo-S. Patriarca-G. Presti, Milano, 2003, p. 162; ID., *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, cit., p. 154 s.; A. NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, cit., p. 893; C.E. PUPO, *Invalidità del procedimento deliberativo e dinamiche dell'investimento azionario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 594 s.; G. GUERRIERI, *sub Art. 2377*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, I, Padova, 2005, p. 554 s.; G.B. PORTALE, *L'invalidità delle delibere assembleari: tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, cit., p. 622; R. SACCHI-A. VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da O. Cagnasso-L. Panzani, Bologna, 2010, p. 677 s.; M. VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, cit., p. 651 ss.; G. NICCOLINI, *Giorgio Oppo e la nuova disciplina della invalidità delle deliberazioni assembleari delle s.p.a.*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 474 ss., spec. p. 477.

214 Come visto, il punto è discusso e gli argomenti posti a fondamento delle tesi a favore della sola risarcibilità del danno diretto possono essere così riassunti: *i*) dovrebbe essere la società stessa – in *thesi* danneggiata dalla condotta abusiva – a dover indennizzare il socio per il danno subito, così implicando un incremento del pregiudizio arrecato al patrimonio sociale ed una conseguente disparità di trattamento tra soci che abbiano agito a tutela della propria posizione e soci rimasti inerti (così A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, cit., p. 191 ss.); *ii*) come statuito da Cass., 24 dicembre 2009, n. 27346, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, p. 131 ss., con nota di V. PINTO, *Illecito del terzo, danno riflesso e legittimazione dell'azionista*, in caso di illecito di un terzo che danneggia il patrimonio di una società di capitali, anche qualora il danno si rifletta sulla consistenza della partecipazione del socio, quest'ultimo sarà legittimato ad ottenere il solo risarcimento dei danni diretti subiti individualmente (così come anche nel caso disciplinato dall'art. 2395 c.c.), mentre solo la società potrà agire per il risarcimento dei danni sofferti dall'ente; *iii*) il danno derivante dall'omessa impugnazione da parte degli amministratori di una delibera viziata la cui esecuzione ha provocato un danno diretto al socio potrà essere risarcito, alla luce dell'art. 1223 c.c., solo ai sensi degli artt. 2392 e 2393-*bis* e, ove ne ricorrano i presupposti, 2395 c.c., ma ciò non giustificherebbe l'ammissione di un'azione diretta verso la società, che porterebbe peraltro a ridurre l'efficacia deterrente della previsione dell'azione di responsabilità a carico degli amministratori (M. LIBERTINI-A. MIRONE-P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379* ter, cit., pp. 378-379).

Quanto al primo argomento, appare incongruo ritenere di dover configurare una disparità di trattamento tra soci fondata sulla circostanza che alcuni abbiano agito per attivare gli strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento ed altri no, così subendo un aggravio della propria posizione. Come nota M. VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, cit., p. 653, «*non ritengo offendere un interesse meritevole di tutela la circostanza che egli subisca le eventuali conseguenze negative di tale opzione*».

Quanto al secondo, è opportuno in prima battuta notare come la pronuncia abbia ad oggetto un caso particolare in cui un terzo – e non, quindi, un socio – abbia arrecato un danno alla società, diversamente dunque da quanto accade nelle fattispecie riconducibili all'art. 2377, co. 4, c.c.; inoltre, il risarcimento o l'indennizzo dei danni, in mancanza di ulteriori specificazioni (nota M. VENTORUZZO, *ibidem*, come, difatti, l'art. 2395 c.c. si esprima chiaramente nel circoscrivere il danno a quello "direttamente" causato ai soci)

A ciò persuade, in prima battuta, la natura di "bene di secondo grado" dell'azione e, probabilmente, della partecipazione in ogni sua forma[215]. Il punto diventa allora quello di comprendere se non si debba in relazione ad essa ipotizzare una diversa configurazione del concetto di "danno diretto", nozione il cui dato sistematico è ricavabile dagli artt. 1223 e 2056 c.c. – espressione di un principio generale già immanente al sistema civilistico italiano – e circoscrive i danni risarcibili o indennizzabili. Depongono in tal senso il dato storico-testuale, per cui nel testo di legge originariamente approvato dal Consiglio dei Ministri vi era un'espressa limitazione dei danni risarcibili a quelli direttamente derivati dalla deliberazione, poi espunto nella stesura finale[216], e quello sistematico (-analogico) riguardante l'art. 2497 c.c., disposizione che, come visto in precedenza, condivide una medesima funzione di fondo rispetto all'art. 2377, co. 4, c.c. e che è, pertanto, a maggior ragione, idonea ad esprimere un principio utilizzabile analogicamente anche per le fattispecie da esso disciplinate[217].

---

tiene di solito conto dell'intero pregiudizio economico sofferto dal soggetto tutelato, senza distinzioni tra componenti dirette ed indirette (cfr. R. LENER, sub *art. 2377*, cit., p. 554; G. GUERRIERI, *Limiti alla tutela reale e portata della tutela risarcitoria nell'ipotesi di scissione e di altre deliberazioni assembleari di s.p.a.*, cit., p. 362; C. M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, cit., pp. 119 ss. e pp. 575 ss.).

Alla terza argomentazione contraria all'ammissibilità del risarcimento del danno anche indiretto è invece possibile opinare, come accennato nel testo, che, anzitutto, l'art. 1223 c.c., nello stabilire il principio della risarcibilità del danno emergente e del lucro cessante che siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, non fa riferimento al diverso caso dell'indennizzo – e, come visto, di indennizzo si potrebbe parlare con riferimento all'art. 2377, co. 4, c.c. –; inoltre, che è il collegamento tra danni direttamente derivanti dall'inadempimento e la condotta a rilevare ai sensi dell'art. 1223 c.c., non invece la distinzione tra danni diretti ed indiretti come comunemente intesa nell'ambito del diritto societario.

215 Cfr. sul tema, senza alcuna pretesa di esaustività, F. BONELLI-M. DE ANDRÈ, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionaridi riferimento*, Milano, 1990, p. 1 ss.; P. PISCITELLO, *Società di persone a struttura aperta e circolazione delle quote*, cit., *passim*; M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2004, p. 2 ss.; L. RENNA, *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al* closing, Bologna-Roma, 2015, p. 129 ss.; ed uno spunto anche in F. VESSIA, *Acquisto di partecipazioni da parte di società di capitali in società di persone: la tutela dei creditori della società partecipante tra revocatoria e patrimonio destinato*, in *Riv. not.*, 2011, p. 107 ss., spec. pp. 108-109 ed in *Studi in Onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, vol. I, p. 879 ss.

216 Cfr. G. GUERRIERI, *sub Art. 2377*, cit., p. 543; R. SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, cit., p. 153; M. VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, cit., p. 654.

217 Cfr. per la stessa soluzione, ma con argomenti in parte diversi, R. SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, cit., p. 154; M. VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, cit., pp. 654-655, il quale dà inoltre rilievo preminente ad esigenze di equiparazione tra la tutela reale e quella obbligatoria, evidenziando come «*poiché in caso di annullamento della deliberazione, si opina, il pregiudizio dei soci impugnanti viene integralmente eliso senza distinzione tra danni diretti e indiretti, anche nel caso della tutela obbligatoria si dovrebbe poter raggiungere il medesimo risultato. In*

Secondo alcuni Autori sarebbe altresì risarcibile il danno non patrimoniale, scaturente dalla violazione di regole solo procedimentali, che incida sui diritti di partecipazione alla vita sociale, senza però determinare un danno patrimoniale quantificabile, così da parificare la posizione di soci che raggiungano la soglia di capitale necessaria per poter impugnare le deliberazioni viziate e soci cui invece l'impugnazione è preclusa[218].

8. ***La responsabilità deliberativa dei soci.***

Con riferimento specifico all'abuso della maggioranza e della minoranza, si è visto come, in relazione ai conflitti tra soci, sia preferibile optare per l'impossibilità di configurare nel nostro ordinamento un "dovere" di voto e/o di votare per il perseguimento di un "interesse sociale" precostituito e *a priori*, e come la giurisprudenza e la dottrina dominanti abbiano ricondotto tali vizi nell'alveo della "contrarietà alla legge" per violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c., e cioè dei doveri di buona fede oggettiva e correttezza, così da dedurne l'invalidità e la conseguente impugnabilità della delibera, ovvero la risarcibilità del danno ai sensi dell'art. 2377, co. 4, c.c.

Tale ricostruzione, tuttavia, comporta che, dal momento che la patologia di cui si discorre dipende dalla posizione concretamente assunta dalla maggioranza o dalla minoranza nell'assetto di una data società, essa si lasci apprezzare in maniera differente rispetto a quanto accada con riferimento ad altri vizi del procedimento assembleare, e così il pagamento dell'indennità da parte della società finirebbe, in definitiva, col gravare sul patrimonio della stessa, configurandosi un trasferimento di valori a favore del socio ed in potenziale danno dei creditori sociali, ponendo dunque il problema di dover individuare strumenti di reazione in favore di questi ultimi.

È vero che, guardando alla disciplina del recesso, l'ordinamento tollera una simile evenienza, ma è anche vero che, ai sensi dell'art. 2347-*quater* c.c., ove non fosse possibile collocare le azioni del socio receduto tra gli altri soci ovvero presso terzi, ed ove la società non presentasse utili o riserve disponibili, fosse costretta a ricorrere alla riduzione del capitale *ex* art. 2445 c.c. e l'opposizione dei creditori venisse accolta, si verificherebbe la (estrema) conseguenza dello scioglimento della società.

---

caso contrario, il socio non legittimato a chiedere l'annullamento subirebbe un irrecuperabile pregiudizio, diverso e maggiore di quello a cui è esposto il socio impugnante. D'altronde, questa conclusione non è incoerente con l'approccio sotteso alla sostituzione della tutela reale con quella obbligatoria: a fronte di un'azione risarcitoria ex *art. 2377 c.c. dei soci di minoranza, la società può scegliere di conservare la stabilità della deliberazione (anziché revocarla o modificarla), compensando tuttavia l'intero pregiudizio loro arrecato*».

218 Così cfr. G. OPPO, *La tutela dell'azionista nel progetto di riforma*, in *Riv. soc.*, 1966, p. 1220 ss.; R. LENER, *sub Art. 2377*, cit., p. 555; L. ENRIQUES-A. ZORZI, *Spunti in tema di rimedi risarcitori conto l'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., p. 29 ss.; G.B. PORTALE, *L'invalidità delle delibere assembleari: tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, cit., p. 623. *Contra* cfr. G. GUERRIERI, *Limiti alla tutela reale e portata della tutela risarcitoria nell'ipotesi di scissione e di altre deliberazioni assembleari di s.p.a.*, cit., p. 357.

Ciò considerato, e nonostante si sia consapevoli del fatto che il risultato in precedenza proposto sia in parte basato su un'interpretazione orientata alle conseguenze, appare tuttavia congruo propendere a favore della configurabilità di una responsabilità a carico di chi abbia effettivamente determinato l'insorgere del danno, ossia dei soci di controllo ovvero di minoranza[219], sulla scorta della violazione del contratto sociale e, dunque, del principio del divieto di abuso del diritto[220]. Si verrebbe in definitiva a configurare una responsabilità aggiuntiva e solidale (*ex* art. 2055 c.c.) rispetto

[219] Si è preso atto, sul punto, del disagio manifestato da una parte della dottrina nei confronti delle conseguenze cui la scelta legislativa conduce: cfr. G. NICCOLINI, *Le deliberazioni di s.p.a. non conformi a legge o a statuto tra tutela reale e tutela obbligatoria*, cit., p. 217, secondo cui «*il comportamento non conforme a legge o a statuto può essere stato opera degli amministratori oppure dei soci di maggioranza o anche di un "organo" dell'assemblea (il suo presidente), e ciò nondimento non sono né quelli né questi, bensì soltanto la società, a dover sostenere l'onere risarcitorio*».

È poi d'obbligo il rinvio allo studio monografico di F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 245 ss.

Cfr. anche un recente saggio di M. SIEMS, *With great power comes great responsibility: ideal and real types of shareholders*, in H. S. BIRKMOSE, *Shareholder's duties*, Kluwer Law International, 2017, p. 69 ss., in cui l'A. afferma che «*the chapter also considered the normative question how the future law should be designed. It explained that the "empowered shareholder" can be a guiding objective, demarcating this from the types of the "powerless" and the "disempowered" shareholder. The law should therefore neither confine the shareholder's position to that of the investor, nor accept the shareholder's "rational apathy" as unalterable. Instead, this empowerment is intended to express that it is possible and reasonable to allow the shareholder a strong position within the company.*

However, it is then also important that shareholders may be obliged to take the initiative and not exclusively rely on other oversight mechanisms. This also has implications for the question about possible shareholder duties as the other side of the coin, given that with greater power also comes greater responsibility. *In this respect, it is clear that the precise shape of rules for "responsible shareholders" depends on the specific scenario in question*».

[220] Secondo C. ANGELICI, *Sulla tutela delle minoranze azionarie*, cit., p. 579, tale forma di responsabilità deriverebbe dalla violazione dell'affidamento ingenerato da alcuni soci in altri componenti della compagine sociale, sicché sarebbe configurabile una responsabilità da "contatto sociale".

Tuttavia, ciò che si è provato finora a dimostrare è proprio che non occorra ricorrere a tale ricostruzione per configurare una responsabilità aggiuntiva dei consociati, bastando invece applicare il principio di divieto di abuso del diritto per come ricostruito alla luce del nuovo assetto sistematico, così come già avanzato, nel contesto della responsabilità gestoria nelle società di persone e nelle s.r.l. verso i creditori sociali, da F. VESSIA, *La responsabilità per la gestione nelle società di persone*, cit., p. 124 ss.

a quella della società (*ex* art. 2377, co. 4, c.c.)[221], di natura contrattuale[222], che consentirebbe all'ente, una volta pagato l'indennizzo, di rivalersi sui soci che abbiano esercitato il loro potere attraverso modalità abusive.

La tesi appena prospettata permetterebbe di ricondurre a sistema le fattispecie disciplinate dalla disposizione da ultima citata con quelle tipiche di abuso di potere nel diritto societario, e, in particolare, con la dinamica contemplata dall'art. 2497, co. 3, c.c. ove, come visto in precedenza, è espressamente previsto che i conflitti che si vengano a creare nel gruppo debbano essere risolti per il tramite di un meccanismo interno che passa attraverso la previsione della preventiva aggressione della propria società di appartenenza e, ove ciò non fosse sufficiente a soddisfare le pretese risarcitorie vantate, la successiva possibilità di aggredire direttamente la capogruppo.

Ciò potrebbe essere particolarmente utile quando, per fare un esempio, si configuri un abuso derivante da – ove ritenute ammissibili[223] – clausole statutarie che diano la possibilità alla maggioranza di escludere alcune prerogative che la legge attribuisce ai soci di minoranza a fronte di un indennizzo (si pensi, ad esempio[224], a clausole che mirino a rendere più

---

221 Ed infatti, parte della dottrina ha configurato l'azione risarcitoria nei confronti della società contemplata dall'art. 2377, co. 4, c.c. quale azione eccezionale (o speciale) rispetto a quella generale da promuoversi contro chi abbia provocato il fatto lesivo rappresentato dalla deliberazione. Cfr. in tal senso F. CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, p. 56; M. LIBERTINI, *Tutela invalidativa e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, cit., p. 11; F. GALGANO-R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario. Tomo I. Le nuove società di capitali e cooperative*, cit., p. 220; M. VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, cit., p. 629 ss.; M. LIBERTINI-A. MIRONE-P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379* ter, cit., p. 374 ss.; M. STELLA RICHTER JR., *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, cit., p. 283 ss., spec. p. 302.

222 Così anche D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., p. 77 ss.; A. GAMBINO, *L'interesse sociale e il voto in assemblea*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli* stakeholders, Atti del convegno di Milano, 9 ottobre 2009, Milano, 2010, p. 67 ss.; C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 343 ss.; M. VENTORUZZO, *op. ult. cit.*, p. 665 e, in senso dubitativo, M. STELLA RICHTER JR., *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, cit., p. 283 ss., spec. p. 302.

223 Come già rilevava P. ABBADESSA, *Deliberazioni senza assemblea nelle società di capitali*, cit., p. 302, ma poi anche R. SACCHI, *L'interesse sociale nelle operazioni straordinarie*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli* stakeholders*. In ricordo di Pier Giusto Jaeger. Atti del convegno di Milano, 9 ottobre 2009*, Milano, 2010, p. 135 ss. e S. A. CERRATO, *Le deleghe di competenze assembleari nelle società per azioni*, Milano, 2009, p. 268 ss. in relazione al fatto che, ad esempio, il buon esito di operazioni di ristrutturazione societaria dipenda spesso da fattori connessi alle tempistiche delle trattative, e come oggi dimostrato sul piano del diritto positivo dalle disposizioni in materia di fusione e scissione che permettono ai soci di rinunciare ad alcuni documenti funzionali alla loro stessa tutela (artt. 2501-*quater*, co. 3, 2501-*quinquies*, co. 4, 2501-*sexies*, co. 8, 2501-*septies*, co. 1, 2506-*ter*, co. 4 e 5, c.c.). Cfr. per tutti C. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Fusione – Scissione. Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 7, t. 2, parte 1, Torino, 2004, *passim*.

224 Ma altre ipotesi in cui possa configurarsi un danno per responsabilità deliberativa

spedito il procedimento assembleare riducendo gli obblighi informativi preassembleari). In tali circostanze, la situazione che si viene a configurare presenta in concreto gli stessi presupposti richiesti dalla disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, ponendosi quale crocevia esemplare per il discorso che si è venuto sin qui svolgendo: il potere della maggioranza di impedire (tornado all'esempio che si faceva) in una certa misura alla minoranza di partecipare in maniera informata alla formazione degli indirizzi societari di vertice, potrebbe nel concreto configurarsi come strutturale ingerenza nei processi decisionali tale da determinare una eterodirezione che imponga alla minoranza risultati raggiunti percorrendo sentieri che esorbitano dalle normali forme procedimentali apprestate a tal scopo. Il tutto, si diceva, previa corresponsione di un indennizzo che, come nell'ottica dei vantaggi compensativi, sia idoneo a tenere indenne il socio da un pregiudizio che verrà, così, eliso alla luce del risultato complessivo dell'attività.

Stanti le considerazioni effettuate, non si vedrebbe, a ben riflettere, alcuna ragione per cui un simile meccanismo non possa operare anche *ope iudicis*, facendo transitare l'applicazione del principio del divieto di abuso del diritto per il tramite del meccanismo apprestato dal combinato disposto della responsabilità *ex* art. 2377, co. 4, c.c. e di quella dei soci che abbiano in concreto posto in essere la condotta abusiva.

Tuttavia, riprendendo quanto già si diceva in precedenza, non può sottacersi come la ricostruzione della disciplina dettata dalla disposizione appena citata in chiave indennitaria, comporti l'impossibilità per i creditori, una volta avvenuto il trasferimento di valori dalla società al socio danneggiato, di aggredire direttamente i soci responsabili o gli amministratori, essendo illogico pensare che una medesima condotta possa a certi fini comportare un danno "giusto" e ad altri un danno "ingiusto". Per tale ragione, risultando probabilmente utile non abbandonare definitivamente la strada della qualificazione in termini risarcitori, l'azione contemplata dall'art. 2377, co. 4, c.c. verrebbe a configurarsi come aggiuntiva e speciale rispetto a quelle esercitabili nei confronti del socio o dei soci che abbiano perpetrato l'abuso non solo da parte degli altri consociati, ma anche dei creditori sociali.

9. *I rimedi contro le cc.dd. delibere negative.*

Una responsabilità deliberativa dei soci è altresì configurabile con riferimento alle fattispecie, di cui si è già discorso in precedenza, riconducibili al fenomeno delle deliberazioni aventi contenuto negativo[225].

---

vengono prospettate da F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 276 ss.; M. VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, cit., p. 660 ss.

[225] Cfr. V. PINTO, *Il problema dell'impugnazione della delibera negativa nella giurisprudenza delle imprese*, cit., pp. 908-909; M. LIBERTINI-A. MIRONE-P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379* ter, cit., p. 364; M. STELLA RICHTER JR., *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, cit., p. 305.

Ed infatti, il problema delle delibere negative attiene, in sostanza, alla congruità tra fattispecie concreta e disciplina legale, stante l'impossibilità da alcuni sostenuta di sussumere tali decisioni nell'alveo dell'art. 2377 c.c. il quale mirerebbe a regolare il fenomeno tipologico della realtà "delibera a contenuto positivo"[226]: è per questo che, in prima battuta, la tutela sarebbe incentrata sul rimedio cassatorio (o demolitorio) dell'impugnazione e che, inoltre, la legittimazione ad impugnare è conferita ai soci assenti o dissenzienti rispetto ad una delibera che perciò si assume esser stata adottata con il voto della maggioranza.

Ponendo a vaglio critico tali assunti, ci si può ben rendere conto che, anche sul piano letterale – prima che sistematico – tra i "dissenzienti" è ben possibile ricomprendere coloro che abbiano espresso un voto positivo rispetto alla delibera che però non è stata adottata, e che quindi sarebbero comunque "dissenzienti" rispetto al risultato finale del procedimento deliberativo, il quale si pone sullo stesso piano di una delibera positiva in quanto anch'esso idoneo a produrre effetti di rilievo organizzativo, in particolare effetti che nell'immediato potrebbero manifestarsi in una stabilizzazione dello *status quo*, ma che nella prospettiva dell'attività – si pensi al reiterato rigetto di una delibera di approvazione del bilancio tale da condurre allo scioglimento per impossibilità di funzionamento dell'assemblea (ovvero per l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale)[227] – possono evolvere in qualcosa di diverso[228].

---

[226] Cfr. sul punto M. CIAN, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, Torino, 2003, p. 20 ss. e 100 ss., il quale, dopo aver dimostrato la natura di deliberazione in senso tecnico della deliberazione negativa, afferma che questa sia delibera di rigetto della proposta, così tracciando una distinzione rispetto a quella di approvazione e segnalando come questo distinguo si ponga su un diverso piano rispetto a quello tra delibere a contenuto positivo e a contenuto negativo, dal momento che la proposta potrebbe essere formulata tanto in termini positivi, quanto negativi (potendosi dunque configurare quattro tipologie di delibere: delibere di approvazione di proposte formulate in termini positivi; delibere di rigetto di tali proposte; delibere di approvazione di proposte formulate negativamente; delibere di rigetto di tali ultime proposte). Prosegue poi l'A. osservando come solo di norma al rigetto non potrebbe essere attribuito un significato positivo, sicché la concreta formulazione della proposta generalmente non consente di affermare che la maggioranza abbia inteso approvare una delibera diversa da quella respinta. Ed infatti, quando la valutazione dei soci possa «*oggettivamente orientarsi solo in due direzioni, così che al rigetto della proposta non potrebbe attribuirsi altro significato che quello dell'adesione alla proposta contraria*», non potrebbe non riconoscersi che anche la delibera di rigetto possa presentare un contenuto positivo, tale da alterare la realtà sostanziale. Cfr. anche M. CENTONZE, *Qualificazione e disciplina del rigetto della proposta (c.d. «delibera negativa»)*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 414 ss.; A. MONTEVERDE, *Le deliberazioni negative nella società per azioni*, in *Nuovo dir. soc.*, 2007, 16, p. 6 ss.; V. PINTO, *op. ult. cit.*, p. 902 ss.

[227] O, per citare altri esempi, potrebbero venire in rilievo anche casi di errore nel computo dei voti o di esercizio abusivo del voto, nonché di conflitto di interessi. Così cfr. M. CIAN, *op. ult. cit.*, p. 33 ss.

[228] L'interpretazione che muova dal dato letterale – e che, come detto nel testo, comporta risultati apprezzabili anche in punto di sistema – evita di dover fare ricorso alla più problematica ricostruzione prospettata da M. CIAN, *La deliberazione negativa dell'assemblea di società per azioni*, cit., p. 103 ss., il quale ritiene che la delibera negativa non sia impugnabile ai sensi dell'art. 2377 c.c. e che debba perciò essere

Si è poi espressa in precedenza l'adesione all'idea per cui sia più confacente rispetto al sistema una ricostruzione che individui nella responsabilità, e non nell'impugnazione, lo strumento generale approntato dal legislatore per la tutela dei soci rispetto a delibere viziate, sicché un approdo può apparire ben saldo, e cioè che gli abusi che si manifestino attraverso delibere negative trovano quale sanzione certa la responsabilità *ex* art. 2377, co. 4, c.c., richiedendo l'impugnativa un interesse "ulteriore" rispetto a quello rilevante nel possesso di un'azione. È preferibile ritenere, così, non solo che tale azione possa essere esercitata da tutti i soci che non abbiano concorso all'approvazione della deliberazione, e non unicamente da chi non è legittimato a richiedere una tutela reale[229], ma anche che la medesima debba altresì essere assoggettata al termine di novanta giorni dettato dall'art. 2377, co. 6, c.c. poiché, essendo le società di capitali anzitutto disciplina del

ricostruito uno strumento impugnatorio atipico ricavato tramite un procedimento di libera costruzione del diritto (*Rechtsfrtbildung ultra analogiam*).

Cfr. M. LIBERTINI-A. MIRONE-P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379* ter, cit., p. 364 ss. e in giurisprudenza Trib. Milano, 28 novembre 2014, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

229 Esattamente come anche accade in relazione alle delibere positive, essendo, come detto, l'azione risarcitoria rimedio generale rispetto a quello impugnatorio.

Cfr. in tale senso F. D'ALESSANDRO, *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, cit., p. 462; ID., *Il conflitto di interessi nei rapporti tra socio e società*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 11; A. PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, cit., p. 67; G. GUERRIERI, *sub Art. 2377*, cit., p. 538 s.; Trib. Catania, 10 agosto 2007, in *Corr. giur.*, 2008, p. 397 ss., con nota di M. CIAN, Abus d'egalité*, tutela demolitoria e tutela risarcitoria* e cit., p. 17 ss., con nota di M. ROSSI, *Osservazioni in tema di deliberazioni negative e di abuso del diritto di voto*; G. FERRI JR., *Situazioni giuridiche soggettive e disciplina societaria*, cit., p. 398; M. LIBERTINI-A. MIRONE-P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379* ter, cit., p. 376 ss.; M. STELLA RICHTER JR., *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, cit., p. 305.

Contra, cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 232 ss.; A. NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, cit., p. 893; A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, cit., p. 180; V. PINTO, *Il danno cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto*, in *Società, banche e crisi d'impresa.* Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, vol. 1, Torino, 2014, p. 871 s.; P. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni dell'assemblea*, in *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, a cura di M. Vietti, Milano, 2014, p. 56.

Se, dunque, a poter proporre l'azione risarcitoria sono anche i soci che ben avrebbero potuto impugnare la delibera negativa, si porrà – mutuando la terminologia utilizzata da K. SCHMIDT, in *Aktiengesetz Großkommentar*, hrsg. Von K.J. Hopt *u.* H. Wiedemann, 4, *Aufl.*, *6. Lieferung*, §§ 241-255, Berlin-New York, 1996, *Rdn.* 4,4 e poi da V. PINTO, *Il problema dell'impugnazione della delibera negativa nella giurisprudenza delle imprese*, cit., p. 908 ss. – inoltre il problema (dell'impugnazione come onere) della c.d. "pregiudiziale di annullamento". Si è in vero persuasi del fatto che l'azione di impugnazione e quella risarcitoria siano tra loro indipendenti e che, ciò nonostante, un accertamento dell'invalidità sia presupposto logico per la condanna in responsabilità, ma ciò che qui rileva è che se, ai sensi dell'art. 1227 c.c., agendo per l'ottenimento di una tutela reale sarebbe stato possibile evitare il danno, allora non sarà possibile per il socio che pur avrebbe potuto impugnare ottenere l'indennizzo.

finanziamento, «*c'è un interesse della società, dei suoi soci e più in generale del mercato a definire entro termini certi (e contenuti) le possibili conseguenze delle deliberazioni degli organi anche per quanto attiene ai possibili pregiudizi per il patrimonio sociale (posto che, in questi casi, è la società con il suo patrimonio a dovere risarcire il danno)*»[230].

Secondo un recente orientamento giurisprudenziale, sarebbe ben possibile per il giudice che abbia accertato l'abuso del voto, non soltanto concedere una tutela risarcitoria, ma altresì adottare un provvedimento che tenga luogo della delibera che sarebbe stata adottata in assenza della condotta abusiva, in modo da soddisfare, parallelamente rispetto a quanto accade con la cassazione della delibera positiva, l'interesse del soggetto impugnante[231].

---

[230] M. STELLA RICHTER JR., *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, cit., p. 305, il quale prosegue: «*nel senso cioè, per limitarci all'esempio più evidente, che vi è l'esigenza per chi investe e disinveste nelle partecipazioni sociali di sapere se, decorso il termine di impugnazione, vi siano o meno possibili pretese risarcitorie connesse a quanto deliberato dagli organi sociali*».

[231] Cfr. Lodo arbitrale, 2 luglio 2009, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 911 ss., con nota di A. DE PRA, *Deliberazione negativa votata in conflitto di interessi e divieto di voto del socio-amministratore*; Trib. Roma, 11 gennaio 2013, in *Riv. dir. comm.*, 2016, II, p. 635 ss.; Trib. Milano, 28 novembre 2014, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it.*; in *obiter dictum*, Trib. Milano, 25 settembre 2015, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Napoli, 18 novembre 2015, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, p. 145 ss., con nota di S. MASTURZI, *Invalidità di delibere assembleari negative e tutela del socio*.

Secondo P. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, cit. p. 63; D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, cit., p. 120 ss.; M. CIAN, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, cit., p. 163 ss. e, spec., p. 166, sarebbe possbile accertare, con la sentenza di accoglimento dell'impugnativa, la avvenuta approvazione della proposta, sicché la prima "trasformerà" la delibera di diniego in delibera a contenuto positivo (opposto). In particolare, l'A. da ultimo citato perviene a tale risultato attribuendo natura costitutiva alla deliberazione positiva non approvata ed affermando che, sulla scorta di un'"integrazione teleologica" della disciplina delle invalidità, a ciò non osterebbe il principio di tassatività delle sentenze costitutive.

Sempre secondo il medesimo A., non sarebbe poi possibile applicare analogicamente l'art. 2932 c.c. a causa della mancanza, nelle fattispecie considerate, di un momento lesivo di un obbligo «*avente ad oggetto l'emissione delle dichiarazioni che la sentenza dovrebbe sostituire (i voti)*», a meno che non si ritenga di poter dare rilievo all'obbligo inadempiuto del presidente dell'assemblea di proclamare correttamente i risultati del voto. Tuttavia, tale soluzione non sarebbe praticabile – o sarebbe comunque insoddisfacente – in quanto per il tramite di essa, anzitutto, si risolverebbe il solo problema della delibera illegittima per erroneo conteggio dei voti e non le diverse fattispecie in cui detti voti siano viziati, ed inoltre ad essere colpita dall'annullamento sarebbe non la delibera, ma la sola dichiarazione di proclamazione, in contrasto con quanto disposto dall'art. 2377 c.c. La sentenza emanata ai sensi dell'art. 2932 c.c. non potrebbe, poi, sostituirsi all'intera fattispecie deliberativa positiva, in quanto tale risultato interpretativo sarebbe raggiungibile solo sostenendo che vi sia una «*corrispondenza di natura tra le componenti elementari della fattispecie contrattuale, a cui detto rimedio propriamente si riferisce, e della fattispecie deliberativa: un dato troppo debole per rendere praticabile la strada dell'art. 2392 c.c.*».

Diversa invece la posizione di U. COREA, *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionale*, Torino, 2008, pp. 300-301, nt. 215, il quale, nel criticare il pensiero di M. CIAN, *ibidem*, considerata l'art. 2932 c.c. «*norma*

In dottrina si è detto che «*il processo argomentativo col quale la giurisprudenza giunge alla creazione delle regole sull'impugnazione della delibera negativa sottende – sia pure non sempre in modo trasparente – una chiara opzione di metodo, in mancanza della quale i relativi esiti interpretativi non potrebbero trovare fondamento alcuno*»[232], tale opzione risiedendo nell'adozione di un metodo tipologico, con «*l'obiettivo di ampliare il fenomeno regolato al di là dell'angusto perimetro segnato dai tradizionali concetti astratti e di creare una lacuna nascosta, di tipo assiologico, all'interno del sistema*»[233]. Tale suggestione va però vagliata alla luce del principio di congruità rispetto all'assetto sistematico e, ad avviso di chi scrive, l'ordinamento non sembra tollerare il risultato cui conduce.

Vediamo perché.

L'assunto posto a fondamento della ricostruzione appena prospettata è che, in definitiva, e secondo un'interpretazione che guardi alle conseguenze, affermando che la delibera negativa non sia impugnabile e che il giudice non possa sovvertire – per mezzo di una sentenza costitutiva – il risultato della stessa sostituendola con una positiva, si finirebbe col negare una tutela congrua a situazioni che in astratto potrebbero essere disciplinate ispirandosi ad una norma di diritto positivo, la quale venga "adattata" ad un concreto assetto di interessi.

Ciò che non convince è che, partendo dal presupposto che la delibera negativa si pone sullo stesso piano di quella positiva poiché anch'essa risultante da un procedimento deliberativo cui hanno preso parte i soci, in

---

esprimente un principio di più ampia portata», scrive che, «*al riguardo, osserviamo che non ci sembra importante ricondurre la capacità della sentenza di "trasformare" l'atto deliberativo, beninteso nelle ipotesi in cui ciò risulti essere un'operazione pressoché automatica di emersione del contenuto positivo della delibera, ad effetti costitutivi* […] *o di accertamento, bensì riconoscere in definitiva detta capacità. Tuttavia, volendo seguire la "strada" percorsa dall'A., si potrebbe osservare come l'applicazione dell'art. 2932 c.c. all'ipotesi in esame non appaia scandalosa*»

Strumento idoneo a tal fine, come anche ipotizzato da M. CIAN, *ivi*, p. 175 ss. potrebbe inoltre essere non l'art. 2378 c.c. (in relazione al quale cfr. M. ROSSI, *Sospensione della deliberazione di modifica dello statuto di s.p.a. e abuso di maggioranza*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, p. 54 ss.), in quanto «*è chiaro che la sospensione dell'*esecuzione *della deliberazione negativa (a meno che non si tratti di una deliberazione a contenuto positivo) non porta lontano*» (con eccezione per le deliberazioni negative a contenuto positivo), ma un provvedimento cautelare d'urgenza (inibitoria positiva) *ex* art. 700 c.p.c., al quale dovrebbe però accompagnarsi la previsione di misure di coercizione indiretta in caso di ritardato o mancato adempimento, sulla scia di quanto previsto dall'art. 614-*bis* c.p.c. per gli obblighi infungibili di fare o di non fare. Il tema offre di certo interessanti spunti di riflessione che, tuttavia, non possono qui essere coltivati dati i limiti naturalmente imposti dalla presente indagine. Si può però rinviare, per un approfondito studio sui provvedimenti positivi in materia di impresa (in particolare, di abuso di dipendenza economica e di obbligo a contrarre) a F. VESSIA, *Tutela cautelare d'urgenza, obblighi di contrarre e competenza giurisdizionale nell'abuso di dipendenza economica*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 1293 ss., spec. p. 1313 ss., ove anche ulteriori citazioni.

232 V. PINTO, *Il problema dell'impugnazione della delibera negativa nella giurisprudenza delle imprese*, cit., p. 906.

233 V. PINTO, *op. ult. cit.*, p. 906.

ipotesi, in maniera informata[234], il sistema sembra muovere in direzione diametralmente opposta quando prevede che il risultato di un simile itinerario procedimentale vincola gli organi sociali ed è sempre e comunque produttivo di effetti sin dal momento dell'adozione della delibera – tanto nel caso della "annullabilità", quanto in quello della "nullità"[235] –, salvo a poter essere sospeso (*ex* art. 2378, co. 3, c.c.) o dichiarato invalido, fatti salvi i diritti dei terzi in buona fede e l'obbligo per l'organo gestorio di adottare i "conseguenti provvedimenti". In altre parole, ciò a cui si dà rilievo è la partecipazione dei soci al procedimento deliberativo, sicché risulta logico ritenere che la delibera negativa possa essere impugnata al fine, se non di rimuovere gli effetti prodotti – o "non prodotti" –, di rendere possibile – o doverosa[236] – la riconvocazione dell'assemblea da parte degli amministratori così che essa possa adottare una delibera che tenga conto del provvedimento giudiziale, ma non appare invece ammissibile che tale provvedimento si sostituisca o comunque accerti un contenuto effettivo dell'atto differente da quello verbalizzato e corrispondente all'esito realmente determinatosi nel procedimento deliberativo[237].

Così opinando, ben si comprende come, non essendo dubitabile, ad avviso di chi scrive, che l'assemblea conservi il proprio potere discrezionale

---

234 Cfr. P. FERRO LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, cit., p. 53 s., nt. 138, il quale ritiene che anche il rigetto della proposta rientri nel fenomeno deliberativo quale esito procedimentale idoneo a produrre effetti sull'organizzazione sociale. Ma *contra* cfr. C.E. PUPO, *Il voto negativo nell'assemblea della società per azioni. Profili ricostruttivi dell'abuso di maggioranza e di minoranza*, cit., pp. 9-10; ID., *L'impugnazione della delibera negativa*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 333 ss., il quale, ricorrendo al forse un po' vetusto schema del negozio giuridico per descrivere il fenomeno deliberativo, afferma che solo le delibere a contenuto positivo siano negozi giuridici, mentre quelle negative siano atti non negoziali, così però finendo con l'attribuire a due diversi esiti di un medesimo procedimento una diversa natura giuridica. Il precipitato in termini di disciplina sarebbe che la delibera negativa, in quanto priva di qualsiasi effetto "negoziale", non sarebbe suscettibile di annullamento.

235 Cfr. R. LENER, *sub Art. 2377*, cit., p. 566; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 116, il quale ritiene che «*anche con alla deliberazione nulla può* […] *predicarsi una situazione di efficacia precaria ovvero, come sistematicamente pare preferibile, il valore di fatto rilevante, pur contestabile, nell'organizzazione sociale e nello svolgimento della sua attività*»; ID., *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 337, ove scrive che «*la deliberazione, pur invalida, è almeno dotata di un'efficacia precaria*»; M. STELLA RICHTER JR., *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, cit., p. 283 ss., *passim* (è un'idea di fondo sostenuta durante tutto l'itinerario argomentativo dello scritto).

236 L'unico portato, a ben vedere, che si lasci apprezzare sul piano della disciplina della ricostruzione proposta da C.E. PUPO, *L'impugnazione della delibera negativa*, cit., p. 333 ss., è che la riconvocazione dell'assemblea sarebbe per gli amministratori solo opportuna e non invece doverosa.

237 Così anche C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 145 s.; ID., *Note in tema di procedimento assembleare*, in C. ANGELICI, *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007, p. 81 s.; R. RORDORF, *sub Art. 2377*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, vol. II, t. 1, Padova, 2010, p. 862 s.; M. STELLA RICHTER JR., *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, cit., p. 305.

nell'adozione della decisione, sia possibile, ed anzi prevedibile, che nella maggior parte delle ipotesi accada, dato il carattere ontologicamente dinamico dell'attività d'impresa, che essa si determini ad adottare una deliberazione avente un contenuto diverso rispetto a quello accertato come ipotetico risultato raggiungibile al netto dell'abuso, potendosi al più censurare le modalità abusive che hanno condotto a tale nuovo deliberato. Configurare, dunque, una responsabilità direttamente in capo ai soci che abbiano tenuto tali condotte abusive[238] si rivelerebbe strumento congruo perché, come visto in precedenza, adattabile alle esigenze del caso concreto e, fungendo da deterrente, eviterebbe il prodursi di una situazione di *impasse*. Inoltre, tale azione potrebbe essere esperita anche al di fuori dei termini previsti dall'art. 2377, co. 6, c.c. e non sarebbe ostacolabile da chi eccepisca il concorso colposo del creditore nella causazione dell'evento dannoso *ex* art. 1227 c.c., poiché il socio che non abbia contribuito con il proprio voto all'adozione della delibera negativa non potrà ritenersi coautore dell'evento lesivo per il sol fatto di non aver impugnato la delibera[239].

Tale conclusione vale, se non altro, in relazione a delibere riguardanti operazioni di stampo tipicamente imprenditoriale[240] (come ad esempio l'omessa approvazione di un aumento di capitale, sebbene necessario per la salvaguardia della continuità aziendale) le quali presuppongono una scelta discrezionale fra plurime alternative non suscettibili di essere cristallizzate nel contenuto predeterminato della proposta di deliberazione, e a quelle per le quali non siano previsti *quorum* elevati o in tutti gli altri casi in cui il mero annullamento del voto negativo non consenta di integrare il raggiungimento dei *quorum* deliberativi[241]; ma potrebbe forse[242] non estendersi a quelle delibere, «*prive di portata dispositiva*»[243] (come l'approvazione del bilancio

---

238 Cfr. G.B. PORTALE, *«Minoranze di blocco» e abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al* gouvernement des juges*?*, cit., p. 148 s.; Lodo arbitrale, 18 dicembre 2006, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1443, con nota di R. RORDORF, *Minoranza di blocco e abuso di potere nelle deliberazioni assembleari di s.p.a.*

239 A differenza di quanto accade in riferimento all'azione *ex* art. 2377, co. 4, c.c. Cfr. *supra* nt. 229.

240 Per le quali, come già notava W. BIGIAVI, *Elezioni di nuovi amministratori con il voto di amministratori revocati in seguito ad azione sociale di responsabilità*, in *Giur. it.*, 1956, p. 488 ss., viene dal giudice eseguito un «*esame di legittimità esplicato attraverso un controllo del merito*».

241 Cfr. A. NUZZO, *L'abuso della minoranza. Potere responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, cit., p. 220; M. CENTONZE, *Qualificazione e disciplina del rigetto della proposta (c.d. «delibera negativa»)*, cit., p. 440; M. CIAN, *La mistificazione del carattere vincolante della delibera assembleare: ancora su decisione di rigetto, impugnazione, azione risarcitoria*, cit., p. 351; M. LIBERTINI-A. MIRONE-P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379* ter, cit., p. 367.

242 Un ulteriore problema potrebbe essere quello di carattere processuale riguardante la tassatività delle pronunce costitutive, sebbene ne sia stata già da tempo messa in discussione da I. PAGNI, *Le azioni di impugnazione negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, 585 ss., con riferimento alle impugnative negoziali, la categoria stessa di tali pronunce.

Cfr. anche Trib. Milano, 28 novembre 2014, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*.

243 V. PINTO, *Il problema dell'impugnazione della delibera negativa nella*

o affette da un mero errore di fatto o di diritto), per le quali il principio di conservazione degli atti di autonomia privata espresso dall'art. 1424 c.c. permetterebbe al giudice di intervenire in via sostitutiva[244].

giurisprudenza delle imprese, cit., p. 914.

[244] Cfr. per la tesi che ammette l'intervento del giudice solo nelle ipotesi da ultime citate V. PINTO, *op. ult. cit.*, p. 913 ss.; M. LIBERTINI-A. MIRONE-P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379* ter, cit., p. 368.

Bibliografia

AA.VV., *L'abuso del diritto*, Padova, 1988

AA.VV., *Il ruolo attuale delle società di persone e le prospettive di riforma della disciplina codicistica*, a cura di F. Di Sabato, Napoli, 1993.

AA.VV., *Il controllo notarile sugli atti societari*, Milano, 2001.

AA.VV., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010.

AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, a cura di L. Calvosa, G. Giannelli, F. Guerrera, A. Paciello, R. Rosapepe, Milano, 2017.

ABBADESSA P., *Deliberazioni senza assemblea nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 300 ss.

ABBADESSA P., *La gestione dell'impresa nelle società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975.

ABBADESSA P., *Il problema dei prestiti dei soci nelle società di capitali: una proposta di soluzione*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 497 ss.

ABBADESSA P., *Competenza dell'assemblea: casistica e principi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 3*, Torino, 1994, p. 1 ss.

ABBADESSA P., *Rapporto di dominio ed autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, p. 546 ss.

ABBADESSA P., *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 542 ss.

ABBADESSA P., *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 279 ss.

ABBADESSA P., *Il sistema dualistico in Italia: l'evoluzione del modello*, in AA. VV., *Sistema dualistico e* governance *bancaria*, a cura di P. Abbadessa e F. Cesarini, Torino, 2009, p. 1 ss.

ABBADESSA P., *La competenza assembleare in materia di gestione nella s.p.a.: dal codice alla riforma*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società.* Liber amicorum Antonio Piras, 2010, p. 3 ss.

ABBADESSA P., *La* voice *dei soci nella gestione della s.r.l.*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, p. 186 ss.

ABBADESSA P., *Le azioni a voto plurimo: profili di disciplina*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, I, Milano, 2015, p. 3 ss.

ABBADESSA P.-MIRONE A., *L'assemblea. Sezione I. Le competenze*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da O. Cagnasso-L. Panzani, Bologna, 2010

ABBADESSA P.-MIRONE A., *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 269 ss.

ABRIANI N., *Il divieto del patto leonino*, Milano, 1994.

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

ABRIANI N., *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza in tema di amministratore di fatto*, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 174 ss.

ABRIANI N., *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 155 ss.

ABRIANI N., *Versamenti effettuati da un singolo azionista per un futuro aumento di capitale e partecipazione alle perdite*, in *Riv. dir. impr.*, 2006, p. 361 ss.

ABRIANI N., *Il capitale sociale dopo la «nuova» seconda direttiva e il d.lg. 4 agosto 2008, n. 142: sulla c.d. «semplificazione» della disciplina dei conferimenti in natura, dell'acquisto di azioni proprie e del divieto di assistenza*

finanziaria, in *Riv. dir. impr.*, 2009, p. 227 ss.
ABRIANI N., *Il finanziamento dei soci alle imprese in crisi alla luce del nuovo art. 182*-quater *l. fall.: dal sous-sol della postergazione all'attico della prededuzione?*, in *Riv. dir. impr.*, 2010, p. 429 ss.
ABRIANI N., *L'assemblea*, in N. ABRIANI-S. AMBROSINI-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, Padova, 2010, p. 453 ss.
ABRIANI N., *La crisi dell'organizzazione societaria tra riforma delle società di capitali e riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2010, p. 392 ss.
ABRIANI N., *Le azioni e gli altri strumenti finanziari*, in N. ABRIANI-S. AMBROSINI-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, 1, Padova, 2010, p. 231 ss.
ABRIANI N., *Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, a cura di P. Benazzo-M. Cera-S. Patriarca, Torino, 2011, p. 319 ss.
ABRIANI N., *Azioni a voto plurimo e maggiorazione del diritto di voto degli azionisti fedeli*,, 2014, in *www.giustiziacivile.com*.
ABRIANI N., Corporate governance *e doveri di informazione nella crisi dell'impresa*, in *Riv. dir. impr.*, 2016, p. 233 ss.
ABRIANI N.-MALTONI M., *Elasticità organizzativa e riparto di competenze nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata e diritto dei soci di avocare decisioni gestorie: sulla derogabilità dell'art. 2479, comma primo, c.c.*, in *Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 6005/I*, 2006.
ADIUTORI A.R., *Funzione amministrativa e azione individuale di responsabilità*, Milano, 2000
AGSTNER P., *Gli azzardi morali dei soci nelle s.r.l. in crisi*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, 3, *Banche e mercati finanziari – Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Torino, 2014, p. 2477 ss.
AIELLO M., *La responsabilità degli amministratori e dei soci delle s.r.l.*, Bologna, 2013
ALEXY R., *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars interpretandi*. 2002, p. 137 ss.
ALLARA M., *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, Torino, 1958
ALLEGRI V., *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979.
ALPA G., *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979.
ALPA G., *Abusi edilizi e categorie civilistiche*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 139 ss.
ALPA G., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, IV, Milano, 1999.
ALPA G., *La riforma del diritto societario. Percorsi di lettura*, in *Riv. dir. priv.*, 2003.
ALPA G., *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 659 ss.
ALPA G., *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 245 ss.
ALPA G.-BESSONE M., *I fatti illeciti*, in *Trattato Rescigno*, 14, VI, Torino, 1982.
ALVAREZ VEGA M.I., *Funzione conservativa del «concurso de acreedores» nella*

riforma del diritto fallimentare spagnolo, in *Dir. fall.*, 2004, I, 761 ss.

AMATUCCI C., *Ancora un capitale per la s.r.l.? Sincerità del legislatore tra tutela dei creditori e «rarefazione» dei conferimenti*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1427 ss.

AMBROSINI S., *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *La riforma delle società*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2003.

AMBROSINI S., *sub Art. 2476*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004.

AMBROSINI S., *I poteri del collegio sindacale*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007.

ANDRIOLI V., *Fallimento sociale implicito e società con duplicità di oggetto*, in *Cinquant'anni di dialoghi con la giurisprudenza, 1931 – 1981*, 2, Milano, 1981, p. 601 ss.

ANGELICI C., *La società nulla*, Milano, 1975.

ANGELICI C., *Responsabilità precontrattuale e protezione dei terzi in una recente sentenza del* Bundesgerichtshof, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 23 ss.

ANGELICI C., *La novella tedesca sulle società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, p. 185 ss.

ANGELICI C., *La costituzione della società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, Torino, 1985.

ANGELICI C., *Le disposizioni generali sulla società per azioni. La costituzione della società per azioni. La partecipazione azionaria nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. XVI, Torino, 1985.

ANGELICI C., *Parità di trattamento degli azionisti*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, p. 1 ss.

ANGELICI C., *La società per azioni*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 978 ss.

ANGELICI C., *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1991.

ANGELICI C., *Delle società per azioni. Le azioni*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992.

ANGELICI C., *Rapporti sociali e regole della correttezza*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 1013 ss.

ANGELICI C., *Società apparente*, in *Enc. giur.*, vol. XXIX, Roma, 1993.

ANGELICI C., *Società di fatto*, in *Enc. giur.*, vol. XXIX, Roma, 1993.

ANGELICI C., *Scioglimento anticipato di società e buona fede contrattuale*, in C. ANGELICI, *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, p. 225 ss., ma già in P.G. JAEGER-C. ANGELICI-A. GAMBINO-R. COSTI-F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 334 ss.

ANGELICI C., *Note in tema di rapporti contrattuali tra soci e società*, in G.B. FERRI-C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997.

ANGELICI C., *Società prima dell'iscrizione e responsabilità di "coloro che hanno agito"*, Milano, 1998.

ANGELICI C., *Soci e minoranze nelle società non quotate*, in *La riforma delle società per azioni non quotate*, a cura di M. Porzio-M. Rispoli Farina-G. Rotondo, Milano, 2000, p. 42 ss.

ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003.

ANGELICI C., *Progetti di riforma del diritto societario italiano*, intervento al convegno *Diritto societario e competitività in Italia e in Germania*, in *Quaderni di ricerca giuridica – Banca d'Italia*, 2003, p. 69 ss.

ANGELICI C., *Le basi contrattuali della società*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1*, 2004, p. 129 ss.

ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali, Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006.

ANGELICI C., *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 1, Torino, 2007, p. 3 ss.

ANGELICI C., *Note in tema di procedimento assembleare*, in C. ANGELICI, *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007, p. 71 ss.

ANGELICI C., *Note minime su "La libertà contrattuale e i rapporti societari"*, in *Giur. comm.*, 2009, p. 403 ss.

ANGELICI C., *La* lex mercatoria *e il problema dei codici di commercio*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 361 ss.

ANGELICI C., *Variazioni su responsabilità e irresponsabilità del socio*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 49 ss.

ANGELICI C., *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012.

ANGELICI C., *Intervento alla Tavola rotonda su "L'interesse sociale tra contrattualismo e istituzionalismo"*, *V Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale "Orizzonti del Diritto Commerciale" – "L'Impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi"* svoltosi a Roma il 21-22 febbraio 2014.

ANGELICI C., *I finanziamenti dei soci nel tempo e nello spazio*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, 1, *Impresa – Società: costituzione, conferimenti, assemblea*, Torino, 2014, p. 445 ss.

ANGELICI C., *Note minime sull'interesse sociale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, I, p. 255 ss.

ANGELICI C., *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, a cura di V. Di Cataldo, V. Meli, R. Pennisi, Milano, 2015, I, p. 37 ss.

ANGELICI C., *Profili dell'impresa nel diritto delle società*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 237 ss.

ANGELICI C., *Sulle lacune nel diritto delle società*, in *Soc.*, 2015, p. 1251 ss.

ANGELICI C., *Sulla tutela delle minoranze azionarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, p. 567 ss.

ANSANELLI V., *Abuso del processo*, in *Dig. Disc. Priv.*, I, Torino, 1987.

ARAYA T. M., *La empresa insolvente y los créditos subordinados*, in *La Ley*, 16 settembre 2009, p. 11 ss.

ARMOUR J.-HANSMANN H.B.-KRAAKMAN R., *What is Corporate law?*, in AA.VV., *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford, 2004.

ARNOLD M., *Gewinnauszahlungsanspruch des GmbH- Minderheitsgesellschafters*, Köln, 2001.

ARROW K.J., *The limits of organization*, New York-London, 1970.

ASCARELLI T., *L'art. 163 cod. comm. e la pratica statutaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 356 ss.

ASCARELLI T., *Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni. (A proposito di un recente libro)*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, p. 735 ss.
ASCARELLI T., *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 147 ss.
ASCARELLI T., *Studi in tema di società*, Milano, 1952.
ASCARELLI T., *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 124 ss., e ora in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 99 ss.
ASCARELLI T., *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Saggi di diritto commerciale*, vol. I, Milano, 1955, p. 130 ss.
ASCARELLI T., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955.
ASCARELLI T., *Sul concetto di titolo di credito e sulla disciplina del titolo V del libro IV del nostro codice*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 567 ss.
ASCARELLI T., *Società di persone, imprenditore occulto, amministratore indiretto, azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956.
ASCARELLI T., *Ancora in tema di imprenditore occulto*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 1154 ss.
ASCARELLI T., *Fideiussione; conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio; oggetto e capacità sociale*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 736 ss.
ASCARELLI T., *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 69 ss.
ASCARELLI T., *Personalità giuridica e sua portata*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 236 ss.
ASCARELLI T., *Problemi giuridici*, Milano, 1959.
ASCARELLI T., *Tipologia della realtà, disciplina normativa e titoli di credito*, in *Problemi giuridici*, Milano, I, 1959, p. 185 ss.
ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962.
ASQUINI A., *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 617 ss.
ASQUINI A., *L'impresa dominante*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, p. 3 ss.
ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Diritto delle società*, a cura di G. Olivieri, G. Presti e F. Vella, Bologna, 2006.
ATIENZA M.-RUIZ MANERO J., *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004.
ATTARDI A., *Legittimazione ad agire*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IV, Torino, 1993.
AUDINO A., *Art. 2361*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, I, p. 414 ss.
AULETTA F.-LO CASCIO G.-TOMBARI U.-VIETTI M.-ZOPPINI A., *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori. Testi e materiali*, Milano, 2006
AULETTA G., *Scritti giuridici*, Milano, 2001.
AURICCHIO A., *Autorizzazione (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, IV, Milano, 1959.
AUTUORI L., *sub Art. 2361 c.c.*, in *Commento alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2008.
AWAAD A.A., *Abuso delle categorie di azioni e patti parasociali nelle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 1070 ss.
BACCETTI N., *Creditori extracontrattuali, patrimoni destinati e gruppi di società*, Milano, 2009.
BACCETTI N., *Postergazione dei finanziamenti e tipi sociali*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 804 ss.
BACCETTI N., *Metodo tipologico e sottocapitalizzazione nominale nelle società per*

azioni indipendenti, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 855 ss.

BACHMANN G.-EIDENMÜLLER H.-ENGERT A.-FLEISCHER H.-SCHÖN W., *Regulating the closed corporation*, in *European Company and Financial Law Review*, *Special vol. 4*, Berlin-Boston, 2014.

BADINI CONFALONIERI A., *sub Art. 2497*-septies, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004.

BADINI CONFALONIERI A.-VENTURA R., *sub Art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004.

BALP G., *I finanziamenti dei soci «sostitutivi» del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 345 ss.

BALP G., *Sulla qualificazione dei finanziamenti dei soci* ex *art. 2467 c.c. e sull'ambito di applicazione della norma*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, p. 612 ss.

BALP G., *La riforma della disciplina tedesca della società a responsabilità limitata a seguito dell'entrata in vigore del c.d. MoMiG*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 1528 ss.

BALP G., *sub Art. 2467*, in *Commentario alla riforma delle società*, *Società a responsabilità limitata*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2008.

BALP G., *I finanziamenti infragruppo: direzione e coordinamento e postergazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 329 ss.

BALP G., *Questioni in tema di postergazione* ex *art. 2467 e 2497* quinquies *c.c.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, p. 246 ss.

BALP G., *sub Art. 2497*-quinquies, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. Sbisà, Milano, 2012.

BALP G., *I finanziamenti dei soci soggetti a postergazione*, in *Le operazioni di finanziamento bancario, societario, sull'estero, al consumatore, strutturato, a mezzo garanzia, pubblico*, opera ideata e diretta da F. Galgano, proseguita e curata da E. Panzarini, con A.A. Dolmetta, S. Patriarca, Bologna, 2016, p. 1295 ss.

BARALDI M., *Le "mobili frontiere" dell'abuso del diritto: l'arbitrario recesso* ad nutum *dall'apertura di credito a tempo determinato*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 927 ss.

BARBIERI A., *L'estensione del fallimento del socio occulto o di fatto*, in *Fall*., 2008, p. 916 ss.

BARCA F., *Storia del capitalismo italiano dal dopoguerra ad oggi*, Roma, 1997

BARCELLONA E., *sub Art. 2361* c.c., in *Codice commentato delle* s.p.a., diretto da G. Fauceglia-G. Schiano di Pepe, Torino, 2006, I

BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006

BARCELLONA M., *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 467 ss.

BARCELLONA P., *Gli istituti fondamentali nel diritto privato*, Napoli, 1971.

BARTALENA A., *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2003, p. 397 ss.

BARTALENA A., *Le competenze dell'assemblea*, in *Soc.*, 2005, p. 1093 ss.

BARTALENA A., *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa-Portale, Torino, 2007, I, p. 110 ss.

BARTALENA A., *Crediti accordati in funzione od in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182*-quater *l. fall.)*, in *Società, banche e crisi d'impresa.* Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, 3, Torino, 2014, p. 2945 ss.,

BARTOLACELLI A., *Società chiuse e capitale sociale minimo: tendenze europee*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 519 ss.

BASSI A., *Correttezza e contratto di società*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 297 ss.

BASSI A., *La disciplina dei gruppi*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, p. 199 ss.

BASSI A., *Il fallimento delle società con soci illimitatamente responsabili*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di A. Jorio, in *Nuova giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, diretta da Aa. Vv., Torino, 2016, p. 2763 ss.

BAUMS T., *Eigenkapital: Begriff, Aufgaben, Sicherung*, in *ZHR*, 2011, p. 161 ss.

BAVETTA C., *La deliberazione assembleare non verbalizzata*, Milano, 2008.

BELTRAMI P., *La responsabilità per danno da fusione*, Torino, 2008.

BELTRAMI P., *Novità nella legge concorsuale spagnola*, in *Riv. soc.*, 2011, 1341 ss.

BELVISO F., *Contratto di società e contratto di amministrazione nelle società di persone*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 713 ss.

BELVISO U., *L'institore*, Napoli, 1966.

BELVISO U., *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1985, vol. 17, p. 59 ss.

BELVISO U., *La nuova disciplina dell'estensione del fallimento delle società ai soci (art. 147 l. fall.)*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, p. 1681 ss.

BENATTI F., *La clausola generale di buona fede*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, p. 241 ss.

BENAZZO P., *Autonomia statutaria e quozienti assembleari nelle società di capitali*, Padova, 1999.

BENAZZO P., *La nuova s.r.l. nella riforma del diritto societario: società di capitali o società di persone?*, in *Associazione Disiano Preite*, *Verso un nuovo diritto societario*, a cura di P. Benazzo – F. Ghezzi – S. Patriarca, Bologna, 2002.

BENAZZO P., *La "nuova" s.r.l. tra rivoluzione e continuità: il ruolo degli interpreti*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 647 ss.

BENAZZO P., *Società di gestione di reti per il servizio idrico integrato, conferimenti in natura e riserve "targate" (parere* pro veritate*)*, in *Riv. dir. impr.*, 2008, p. 205 ss.

BENEDETTI L., *La responsabilità "aggiuntiva"* ex *art. 2497, 2° co., c.c.*, Milano, 2012.

BENEDETTI L., *Il coordinamento degli ambiti di applicazione degli artt. 2497 e 2476, co. 7, c.c. rispetto alla s.r.l. di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 432 ss.

BENEDETTI L., *Lo statuto dei finanziamenti dei soci e infragruppo a favore della società in crisi*, Youcanprint Self-Publishing, 2016.

BERK J.-DEMARZO P., *Corporate finance*, Boston, 2014.

BERLE JR. A. E MEANS G. C., in *The modern corporation and Private Property*, New York, 1932.

BERTACCHINI E., *La "responsabilità illimitata" nel fallimento per estensione*, Milano, 1991.
BETTI E., *Dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 238 ss.
BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici – Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971.
BIANCA C. M., *Dell'inadempimento dell'obbligazione (artt. 1218-1229)*, in *Commentario Scialoja-Branca*, diretto da F. Galgano, Bologna-Roma, 1979.
BIANCA C. M., *Diritto civile. V. La responsabilità*, Milano, 1994.
BIANCA C. M., *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 2000.
BIANCA C. M., *Diritto civile. V. La responsabilità*, Milano, 2012.
BIANCHI L.A., *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, Milano, 2002.
BIGIAVI W., *Fallimento dei soci sovrani, pluralità degli imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, c. 691.
BIGIAVI W., *L'imprenditore occulto*, Padova, 1957.
BIGIAVI W., *Elezioni di nuovi amministratori con il voto di amministratori revocati in seguito ad azione sociale di responsabilità*, in *Giur. it.*, 1956, p. 488 ss.
BIGIAVI W., *Ingerenza dell'accomandante, accomandante occulto, accomandita occulta*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, II, p. 145 ss.
BIGIAVI W., *L'imprenditore occulto nelle società di capitali ed il suo fallimento "in estensione"*, in *Giur. it.*, 1959, I, 2, c. 149 ss.
BIGIAVI W., *Società controllata e società adoperata come "cosa propria"*, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, c. 623 ss.
BIGIAVI W., *Responsabilità illimitata del socio tiranno*, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1180 ss.
BIGIAVI W., *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962.
BIGLIAZZI GERI L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.
BIONE M., *Note sparse in tema di finanziamento dei soci e apporti di patrimonio*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze, Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Torino, 2011, p. 19 ss.
BLAIR M.M.-STOUT L.A., *A team production theory of corporate law*, in *Virginia Law Review*, 85 (1999), p. 247 ss.
BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007.
BOBBIO N., *La funzione promozionale del diritto rivisitata*, in *Incentivi CEE per la riforma delle strutture economiche*, a cura di L. Forlati Picchio, Padova, 1985, p. 1 ss.
BOBBIO N., *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Dalla struttura alla funzione*, Bari, 2007, p. 139 ss.
BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993.
BOBBIO N., *Tullio Ascarelli*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 186 ss.
BOIZARD M., *L'abus de minorité*, in *Rev. Sociétés*, 1988, p. 365 ss.
BOLOGNESI C., *Società di capitali amministratrici di società di persone*, Padova, 2012.
BONFATTI S., *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, Milano, 2011.
BONORA S., *La responsabilità del socio gestore di società a responsabilità limitata*, Milano, 2013.
BONSIGNORI A., *sub art. 147 l. fall.*, in F. GALGANO-A. BONSIGNORI, *Fallimento*

delle società, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna, 1997.
BOLAFFI R., *La società semplice*, Milano, 1975.
BONANZINGA R.T., *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in *www.comparazionedirittocivile.it*, 2010.
BONCRISTIANO M., *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986
BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, Milano, 1985.
BONELLI F., *La prima sentenza della Cassazione civile sull'amministratore di fatto*, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 182 ss.
BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004.
BONELLI F.-DE ANDRÈ M., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionaridi riferimento*, Milano, 1990.
BONFANTE G.-COTTINO G., *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, t. I, Torino, 2001, p. 713 ss.
BONFATTI S., *Prestiti da soci, finanziamenti infragruppo strumenti "ibridi" di capitale*, in AA.VV., *Il rapporto banca impresa nel nuovo diritto societario*, Atti del convegno di Lanciano 9-10 maggio 2003, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2004, p. 306 ss.
BORGIOLI A., *Amministratori di fatto e direttori generali*, in *Giur. comm.*, 1975, I, p. 593 ss.
BORGIOLI A., *I direttori generali di società per azioni*, Milano, 1975.
BORK R., *Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zugusten des Insolvenzrechts*, in *ZGR*, 2007, p. 250 ss.
BRIOLINI F., *Gli strumenti di controllo degli azionisti di minoranza sulla gestione*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società.* Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, p. 16 ss.
BRIOLINI F., *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497*-quinquies *c.c. e sull'art. 182*-quater *l. fall.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, p. 523 ss.
BRIOLINI F., *I finanziamenti alle società in crisi dopo la legge n. 134/2012*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, I, p. 683 ss.
BRIOLINI F., *Concordato preventivo e nuova finanza. Note sui «finanziamenti autorizzati» a norma dell'art. 182-quinquies, comma 1-3, legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2015, I, p. 1 ss.
BRIOLINI F., *Capitale sociale e metamorfosi della tutela dei creditori nel diritto societario più recente*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, p. 144 ss.
BRIOLINI F., *Verso una nuova disciplina delle distribuzioni del netto?*, in F. BRIOLINI, *Verso una nuova disciplina delle distribuzioni del netto?*, in *Principio capitalistico.* Quo vadis*?*, a cura di F. Briolini, Torino, 2016, p. 21 ss. e in *Riv. soc.*, 2016, p. 64 ss.
BRIZZI F., *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, p. 1027 ss.
BRIZZI F., *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 803 ss.
BRIZZI F., *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015.
BUONOCORE V., *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960.
BUONOCORE V., *Fallimento e impresa*, Napoli, s. d. ma 1969.
BUONOCORE V., *L'ostruzionismo degli azionisti nelle assemblee delle società azioni*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 291 ss.

BUONOCORE V., *Società in nome collettivo*, in *Il codice civile commentato*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995.
BUONOCORE V., *Etica dell'imprenditore e abuso del diritto: a proposito dell'attualità di un libro edito sessant'anni* fa, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, IV, 1998.
BUONOCORE V., *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da V. Buonocore, I, 2.1, Torino, 2002, p. 371 ss.
BUONOCORE V., *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003.
BUONOCORE V., *L'organizzazione interna della società a responsabilità limitata riformata*, in *Riv. not.*, 2004, p. 599 ss.
BUSANI A., *La riforma delle società. Srl. Il nuovo ordinamento dopo il D.lgs. 6/2003*, Milano, 2003.
BUSNELLI F., *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 337 ss.
BUSSOLETTI M., *Società in accomandita semplice*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 961 ss.
BUSSOLETTI M., *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità* ex *art. 2497 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, p. 397 ss.
BUSSOLETTI M.-LA MARCA E., *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 65 ss.
BUTA G. M., *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, p. 585 ss.
BUTTARO L., *Diritto commerciale. Lezioni introduttive*, Bari, 1992.
BUTTARO L., *Considerazioni sulla riforma della disciplina delle fusioni*, in *Riv. soc.*, 1993.
BUTTARO L., *La responsabilità degli amministratori della capogruppo*, in *I gruppi di società*, *Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli, I, Milano, 1996, p. 739 ss.
BUTTARO L., *L'autonomia del diritto* commerciale, in *Riv. dir.* comm., 2002, p. 421 ss.
BUTTARO L., *Corso di diritto commerciale. I. Premesse storiche. Disciplina dell'impresa*, Roma-Bari, 2005.
BUTTARO L., *Corso di diritto commerciale. I – Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, a cura, di M. Castellano e F. Vessia, Torino, 2015.
BRECCIA U., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997. III. L'abuso del diritto*, Padova, 1998.
BUSNELLI F.D. – NAVARRETTA E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, 1997, III, Padova, p. 177 ss.
CABRAS G., *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino, 2002.
CAFAGGI F., *La relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale,* Padova, 1996.
CAGNASSO O., *La società semplice*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998.
CAGNASSO O., *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, in *Soc.*, 2003.

CAGNASSO O., *sub Art. 2476*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da Cottino G.-Bonfante G.- Cagnasso O.-Montalenti P., 2004.
CAGNASSO O., *«Nuovo» concordato preventivo, suddivisione in classi dei creditori e soci finanziatori di società a responsabilità limitata*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1635 ss.
CAGNASSO O., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. V, Padova, 2007.
CAGNASSO O., *L'acquisto da parte di s.r.l. di una partecipazione a responsabilità limitata*, entrambe in *Giur. it.*, 2016, p. 1138 ss.
CALABRESI G., *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, in *Yale Law Journ.*, (1991), 100, p. 1211 ss.
CALABRESI G.-MELAMED A. D., *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, p. 1089 ss.
CALANDRA BUONAURA V., *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, Milano, 1984, p. 130 ss.
CALANDRA BUONAURA V., *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985.
CALANDRA BUONAURA V., *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 535 ss.
CALANDRA BUONAURA V., *Il recesso del socio di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 291 ss.
CALANDRA BUONAURA V., *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in *Società, banche e crisi d'impresa.* Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, 3, Torino, 2014, p. 2593 ss.
CALDERAZZI R., *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, Milano, 2012.
CALVOSA L., *La clausola di riscatto nelle società per azioni*, Milano, 1995.
CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. 1. Teoria dell'impresa*, Torino, 1997.
CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 2001.
CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 2013.
CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 2015.
CAMPOBASSO G.F., *La costituzione delle società di per azioni*, in *Soc.*, n. 2 *bis*, 2003.
CAMPOBASSO M., *I finanziamenti dei soci*, Torino, 2004.
CAMPOBASSO M., *Finanziamento del socio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, p. 441 ss.
CAMPOBASSO M., *sub Art. 2467*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe Portale*, Milano, 2011.
CAMPOBASSO M., *La tutela delle minoranze nelle società quotate: dall'eterotutela alla società per azioni "orizzontale"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, p. 139 ss.
CANARIS C. W., *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 793 ss.
CANTARELLA E., *Regole di correttezza in materia contrattuale nel mondo greco*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003
CAPO G., *Il governo dell'impresa e la nuova era della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 501 ss.
CARIDI V., *sub Art. 149*, in *La legge fallimentare dopo la riforma. Fallimento*, Torino, 2010, t. II
CARIELLO V., *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1232

ss.
CARIELLO V., *sub Art. 2497*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004.
CARIELLO V., *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 1 ss.
CARIELLO V., *La s.r.l. di gruppo*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe Portale*, Milano, 2011, p. 1054 ss.
CARIELLO V., *Azioni a voto potenziato, "voti plurimi senza azioni" e tutela dei soci estranei al controllo*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 164 ss.
CARIELLO V., *Osservazioni preliminari sull'argomentazione e sull'interpretazione "orientate alle conseguenze" e il "vincolo del diritto positivo per il giurista"*, in *Impresa e mercato. Scritti dedicati a Mario Libertini*, a cura di V. Di Cataldo-V. Meli-R. Pennisi, III, *Crisi d'impresa. Scritti vari*, Milano, 2015, p. 1713 ss.
CARINGELLA F., *Studi di diritto civile*, Milano, 2003.
CARINGELLA F., *L'atto emulativo e l'abuso del diritto*, in *Studi diritto civile*, II, Milano, 2005.
CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, 2016.
CARNELUTTI F., *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 176 ss.
CARRARO L., *Autorizzazione (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1968.
CASELLI G., *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, IV, Torino, 1991.
CASETTA E., *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. Pubbl.*, XII, Torino, 1996.
CASSOTTANA M., *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano, 1991.
CASSOTTANA M., *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nel fallimento delle società*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento, Trattato* diretto da G. Ragusa Maggiore e C. Costa, Torino, 1997, p. 793 ss.
CASTELLANO M., *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società per azioni*, Milano, 2000.
CASTELLANO M., *sub Art. 149*, in *Il nuovo fallimento*, a cura di Santangeli, Milano, 2006.
CASTELLANO M., *Riflessioni sulla trasformazione esterogenea*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, p. 337 ss.
CASTELLANO M., *Introduzione*, in L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale. 1 – Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, a cura di M. Castellano e F. Vessia, Torino, 2015.
CASTELLANO M., *La fattispecie impresa*, in BUTTARO L., *Corso di diritto commerciale. 1 – Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, a cura di M. Castellano e F. Vessia, Torino, 2015, p. 80 ss.
CASTRONOVO C., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979.
CASTRONOVO C., *Le mobili frontiere della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989.
CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 ss.
CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997.
CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.
CASTRONOVO C., *L'abuso del diritto come illecito atipico*?, in *Europa e dir. priv.,* 2006, p. 1056 ss.

CASTRONOVO C., *Il ritorno dell'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 700 ss.
CASTRONOVO C., *Il significato vivente di Luigi Mengoni nei suoi scritti*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 211 ss.
CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.
CATAUDELLA A., *L'uso abusivo di principi*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Milano, 2015, p. 1747 ss.
CATTANEO G., *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, p. 634 ss.
CAVALLI G., *La dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, XI, t. II, *Il fallimento*, diretto da G. Cottino, Padova, 2008.
CAVANNA M., *sub Art. 2361, 2° comma*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino – G. Bonfante – O. Cagnasso – P. Montalenti, Bologna, 2004.
CAVAZZUTI G., *Società a responsabilità limitata*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, Torino, 1997.
CHAN W.K.K., *Chinese entrepreneurship since its late imperial period*, in *The invention of enterprise. Entrepreneurship from ancient Mesopotamia to modern times*, Princeton University Press, 2010, p. 469 ss.
CHENG T.K., *An Economic Analysis of Limited Shareholder Liability in Contractual Claims*, in *Berkeley Business Law Journal*, 2014.
CENSONI P. F., *Concordato preventivo e nuova finanza*, in *Fall.*, 2014, p. 377 ss.
CENTONZE M., *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, 2006, p. 311 ss.
CENTONZE M., *Qualificazione e disciplina del rigetto della proposta (c.d. «delibera negativa»)*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 414 ss.
CERA M., *Il passaggio di riserve a capitale*, Milano, 1988.
CERINO CANOVA A., *La domanda giudiziale e il suo contenuto,* Torino, 1980.
CERRAI A.-MAZZONI A., *La tutela del socio e delle minoranze*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 1 ss.
CERRATO S. A., *Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa: il «sovrano» ha veramente abdicato?*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 133 ss.
CERRATO S. A., *Le deleghe di competenze assembleari nelle società per azioni*, Milano, 2009.
CESARO E., *Il principio di correttezza nell'esercizio dell'attività sociale*, in *Il ruolo attuale delle società di persone e le prospettive di riforma della disciplina codicistica*, a cura di F. Di Sabato, Napoli, 1993, p. 59 ss.
CHIAPPETTA F., *sub Art. 2377*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2008.
CHIOMENTI F., *La revoca delle delibere assembleari*, Milano, 1969.
CHIOMENTI F., *I versamenti a fondo perduto*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, II, p. 111 ss.
CHIOMENTI F., *Ancora sugli apporti di capitale di rischio effettuati dai soci in forma diversa dai conferimenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, p. 239 ss.
CIAN M., *La deliberazione negativa dell'assemblea di società per azioni*, Torino, 2003.
CIAN M., Abus d'egalitè*, tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 397 ss.
CIAN M., *Le competenze decisorie dei soci*, in AA. VV., *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibba e G. Marasà, *Le decisioni dei soci. Le modificazioni dell'atto costitutivo*, v. IV, Padova, 2009.

CIAN M., *L'esclusione del socio*, in *S.r.l. Commentario. Dedicato a Giuseppe Portale*, Milano, 2011, p. 498 ss.

CIAN M., *La mistificazione del carattere vincolante della delibera assembleare: ancora su decisione di rigetto, impugnazione, azione risarcitoria*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, p. 341 ss.

CICCARELLO S., *Indennità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971.

CIRENEI M.T., *sub Art. 2373*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, vol. 2, t. 1, Padova, 2010

CIVERRA E., *Il finanziamento delle società di capitali*, Milano, 2013

CLARK R.C., *The duties of the corporate debtor to its creditors*, in *Harvard Law Review*, 1977, p. 505 ss.

COASE R.H., *The Nature of the firm*, in *Economica*, New Series, vol. 4, n. 16, 1937, p. 386 ss., Trad. it. COASE R.H., *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995.

CODAZZI E., *L'ingerenza nella gestione delle società di capitali: tra "atti" e "attività". Profili in tema di responsabilità*, Milano, 2012.

COLOMBO G.E., *L'azienda e il suo trasferimento*, in G. CASELLI-G.E. COLOMBO-D. CORAPI-M. LIBERTINI-F. MASTRAGOSTINO-G. MINERVINI-V. OTTAVIANO, *L'azienda e il mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, III, Padova, 1979, p. 1 ss.

COLOMBO G.E., *La "GmbH-Novelle" del 1980*, in *Riv. soc.*, 1981, p. 673 ss.

COLOMBO G.E., *Le poste del passivo e la disciplina del patrimonio netto*, in AA.VV., *Riserve e fondi nel bilancio d'esercizio*, a cura di G. Castellano, Milano, 1986, p. 8 ss.

COLOMBO G.E., *Il bilancio di esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 7*, Torino, 1994.

COLOMBO G.E., *Amministrazione e controllo*, in *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, a cura del Consiglio notarile di Milano, 2003.

COLOMBO G.E., *Il bilancio nella riforma*, in *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative. Atti del convegno. Piacenza-Università Cattolica del Sacro Cuore, 14-15 marzo 2003*, a cura di M. Rescigno e A. Sciarrone Alibrandi, Milano, 2004.

COMOGLIO L.P., *Le garanzie costituzionali dell'azione nel processo civile*, Padova, 1970.

COMOGLIO L.P., *Note riepilogative su azioni e forme di tutela nell'ottica della domanda giudiziale,* in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 465 ss.

CONSOLO C., *Domanda giudiziale,* in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1991.

CONSTANTIN A., *La tyrannie des faibles. De l'abus de minorité en droit des sociétés*, in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, 2003, p. 213 ss.

CORAPI D., *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971.

CORAPI D., *Joint venture, aspetti societari*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm.*, v. VIII, Torino, 1992.

CORSI F., *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milano, 1974.

CORSI F., *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003.

CORSO S., *Gli interessi "per conto di terzi" degli amministratori di società per azioni*, Torino, 2015.

COSSU M., *Società aperte e interesse sociale*, Torino, 2006.

COSTANTINO G., *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur.,* Roma, 1990.

COSTANTINO G., *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*,

in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 649 ss.
COSTI R., *Note sul diritto d'informazione e d'ispezione del socio*, in *Riv. soc.*, 1963, p. 65 ss.
COTTINO G., *Considerazioni sulla disciplina dell'invalidità del contratto di società di persone*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, p. 301 ss.
COTTINO G., *Divagazioni in tema di conflitto di interessi nei gruppi*, in *I gruppi di società*, *Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli, II, Milano, 1996, p. 1073 ss.
COTTINO G., *Diritto commerciale, I, 2, Diritto delle società*, Padova, 1999.
COTTINO G., *Contrattualismo e istituzionalismo. (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 704 ss.
COTTINO G., *Note minime su società di capitali (presunta) socia di società di persone e fallimento*, in *Giur. it.*, 2007, p. 2219 ss.
COTTINO G.-WEIGMANN R., *La società in accomandita semplice*, in *Trattato Cottino*, Padova, 2004.
COTTINO G.-WEIGMANN R., *Le società di persone*, in *Tratt. Cottino*, Padova, 2004
DACCÒ A., *Il diritto di recesso: limiti dell'istituto e limiti all'autonomia privata nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, p. 471 ss.
DACCÒ A.- PORTALE G.B., *Accentramento di funzioni e di servizi nel gruppo e ruolo dell'assemblea della società controllata*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 470 ss.
DAGNINO F., *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 269 ss.
D'ALESSANDRO F., *I titoli di partecipazione*, Milano, 1963.
D'ALESSANDRO F., *I contratti associativi in un libro recente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, p. 235 ss.
D'ALESSANDRO F., *La Seconda direttiva e la parità di trattamento degli azionisti*, in *Riv. soc.*, 1987, p. 4 ss.
D'ALESSANDRO F., *Il diritto delle società dai "battelli del Reno" alle navi vichinghe*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 48 ss.
D'ALESSANDRO F., *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, 1989.
D'ALESSANDRO F., *Il dilemma del conflitto d'interessi nei gruppi di società*, in *I gruppi di società*, *Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini-G. Carcano-G. Mucciarelli, II, Milano, 1996, p. 1085 ss.
D'ALESSANDRO F., *Il diritto pretorio delle società a mezzo secolo dal codice civile*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Torino, 1996.
D'ALESSANDRO F., *«La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata». Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 34 ss.
D'ALESSANDRO F., *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 455 ss.
D'ALESSANDRO F., *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giur. civ.*, 2006, II, p. 331 ss.
D'ALESSANDRO F., *Il conflitto di interessi nei rapporti tra socio e società*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 5 ss.
D'ALESSANDRO F., *L'inutil precauzione? (Ovvero: dell'insolvenza come esternalità e della funzione profilattica del capitale)*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, p. 343 ss.

D'ANGELO A., *Il nuovo diritto societario e la clausola generale di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 769 ss.
DALMARTELLO A., *Società e sinallagma*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, p. 494 ss.
DAL SOGLIO P., *sub Art. 2497*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, III, Padova, 2005.
D'AMICO G., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 644 ss.
D'AMICO G., *Abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, in *Abuso del diritto e buona fede nei conftratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010, p. 3 ss.
D'ATTORRE G., *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*, Milano, 2007.
DAVIES P., *Director's creditor-regarding duties in respect of trading decisions taken in the vicinity of insolvency*, in *European Business Organization Law Review*, 2006, p. 301 ss.
DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 469 ss.
DE FERRA G., *La postergazione del credito del socio finanziatore*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 187 ss.
DE GREGORIO A., *Impugnative di deliberazioni di società per azioni contrarie all'interesse sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, p. 223 ss.
DE LUCA N., *Prevenire è meglio che curare (proposte per «curare» il concordato preventivo che non «previene»)*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 70 ss.
DE LUCA N., *Riduzione del capitale ed interessi protetti. Un'analisi comparatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 559 ss.
DELL'ATTI G., *Brevi note sull'applicabilità "in quanto compatibile" della disciplina della riduzione del capitale nella s.r.l. alla s.r.l. a capitale ridotto e alla s.r.l. semplificata*, in *Il ruolo del capitale tra regole bancarie e disciplina societaria*, a cura di A. Dell'Atti, G. Giannelli, Milano, 2012, p. 93 ss.
DEMURO I., *Alcune osservazioni sui titoli di debito nelle società a responsabilità limitata*, in *Giur. civ.*, 2004, II, p. 519 ss.
DEMURO I., *Distribuzione e spostamento di competenze tra amministratori e (decisioni dei) soci nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 856 ss.
DEMURO I., *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione nella s.r.l.*, Milano, 2008.
DE NICOLA A., *sub Art. 2380 bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2005
DENOZZA F., *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973.
DENOZZA F., *Sul presupposto oggettivo del fallimento del socio receduto*, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 566 ss.
DENOZZA F., *La struttura dell'interpretazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 1 ss.
DENOZZA F., Rules *vs.* standards *nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni "virtuali"*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 327 ss.
DENOZZA F., *A che serve il capitale? (Piccole glosse a L. ENRIQUES-J.R. MACEY, Creditor versus Capital formation: the case against the European legal capital rules*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 582 ss.
DENOZZA F., *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002.
DENOZZA F., *Le funzioni distributive del capitale*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 489

ss.
DENOZZA F., *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *Orizzonti del diritto commerciale – Rivista Telematica*, 2013.
DENOZZA F., *Quattro variazioni sul tema: "Contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici"*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 480 ss.
DENOZZA F., *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, p. 13 ss.
DENOZZA F., *L'abuso come eccesso e la metamorfosi delle tutele soggettive (in bozza)*, in Atti del VII Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale Orizzonti del Diritto Commerciale, dal titolo "*L'influenza del diritto europeo sul diritto commerciale italiano: valori, principi, interessi*", 2016.
DI AMATO S., *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina delle società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, p. 286 ss.
DI CATALDO V., *La società a responsabilità limitata nel disegno di legge delega per la riforma del diritto societario*, in *La* corporate governance *nelle società non quotate*, a cura di S. Rossi – G. M. Zamperetti, Milano, 2001.
DI CATALDO V., *Il recesso del socio di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbdessa e G.B. Portale, Torino, 2007, III, p. 217 ss.
DI CHIO G., *L'art. 2320[l] c.c.: una norma quasi istituzionalistica*, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 191 ss.
DI FABIO M., *Il procedimento di omologazione dopo la riforma del diritto societario e l'intervento del Notaio*, in *Riv. Not.*, 2008, I, p. 237 ss.
DI GIROLAMO F., *sub Art. 2377*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2015.
DI GRAVIO D., *La società di fatto: la fantastica gabbia del fallimento implicito*, in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 9 ss.
DI MAJO A., *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 315 ss.
DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, 3, Milano, 1987.
DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al c.c.*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1988.
DI MAJO A., *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 544 ss.
DI MAJO A., DI MAJO A., *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 3 ss.*I gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*, Milano, 2012.
DI MARZIO F., *Divieto di abuso e autonomia d'impresa*, in *Abuso del diritto e buona fede nei conftratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010, p. 21 ss.
DI RIENZO M., *La disciplina degli acconti sui dividendi: dall'adeguamento alla Seconda direttiva CEE al Testo unico del mercato finanziario*, in *Studi in onore di Luca Buttaro*, vol. I, *Società**, Milano, 2002, p. 213 ss.
DI RIENZO M., *I poteri gestori dell'assemblea nella società a responsabilità limitata*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, vol. I, p. 451 ss.
DI ROBILANT A., *Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law*, in *61 Hastings Law Jour.*, p. 687 ss., reperibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2457018.
DI SABATO F., *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, Milano, 1965.

DI SABATO F., *Concentrazioni e gruppi nel diritto interno*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 528 ss.
DI SABATO F., *Il capitale sociale (problemi attuali)*, in *Riv. dir. impr.*, 1989, p. 240 ss.
DI SABATO F., *Manuale delle società*, Napoli, 1997.
DI SABATO F., *Diritto delle società*, Milano, 2011.
DONATI A., *L'invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*, Milano, 1937.
DONATI D., *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Scritti di diritto pubblico*, 1966.
DONATIVI V., *Le società a partecipazione pubblica*, *Wolters Kluwer*, 2016.
DONATIVI V., *sub Artt. 2361 e 111*-duodecies, in *La riforma delle società di capitali*, a cura di M. Sandulli-V. Santoro, I, Torino, 2003.
DOSSETTI M., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, p. 1573 ss.
DOWNS G.W.- ROCKE D.M., *Conflict, agency, and gambling for resurrection: the principal-agent problem goes to war*, in *American journal of political science*, 1994, p. 362 ss.
EASTERBROOK F.H.-FISHEL D.R., *The economic structure of corporate law*, Cambridge (Mass).-London, 1991.
EASTERBOOK F.H.-FISCHEL D.R., *L'economia delle società per azioni: un'analisi strutturale*, Milano, 1996.
EKKENGA E.-BAYER W., *Fixed Capital under German Stock Corporation Law and its significance for the protection of investors and minority shareholders*, in M. LUTTER, *Legal capital in Europe*, Berlin-New York, 2006, p. 342 ss.
ENGERT A., *Die Ökonomische Begrundung der Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensfinanzierung*, in *ZGR*, 2004, p. 820 ss.
ENRIQUES L., *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000.
ENRIQUES L., *Capitale sociale, informazione contabile e sistema del netto: una risposta a Francesco Denozza*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 607 ss.
ENRIQUES L.-MACEY J.R., *Creditor versus Capital formation: the case against the European legal capital rules*, in *Riv. soc.*, 2002, 78 ss.
ENRIQUES L.-ZORZI A., *Spunti in tema di rimedi risarcitori conto l'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 1 ss.
EWANG F., *Regulating share capital transactions and creditor protection: a multi-faceted model*, in *Australian Journal of Corporation Law*, 2007, p. 4 ss.
FABBIO P., *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006.
FABIANI M., *Società insolvente e responsabilità del socio unico*, Milano, 1999.
FABIANI M., *L'ulteriore* up-grade *degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fall.*, 2010, p. 898 ss.
FALCONE G., *La riforma concorsuale spagnola*, Milano, 2006.
FALZEA A., *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 679 ss.
FAMA E.F.-JENSEN M.C., *Agency problems and residual claimants*, in *J. L. & Econ.*, 1983, p. 327 ss.
FARENGA L., *I contratti parasociali*, Milano, 1987.
FARINA F., *Nuova s.r.l. e mercato*, in *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, a cura di F. Farina-C. Ibba-G. Racugno-A. Serra, Milano, 2004, p. 371 ss.

FAUCEGLIA G., *Il finanziamento dei soci nella nuova disciplina delle società a responsabilità limitata*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, III, I, p. 2483 ss.

FAUCEGLIA G., *Sulla composizione del capitale sociale e sulla sua funzione nelle società di persone*, in *Modernità e tradizione nel pensiero di Franco Di Sabato*, in *Riv. dir. impr.*, 2011, p. 621 ss.

FAUCEGLIA G., *Verso la "fallimentarizzazione" del diritto societario ovvero la giurisprudenza della Cassazione nell'età dell'incertezza*, in *Dir. fall.*, 2016, II, p. 1217 ss.

FAZZALARI E., *Azione civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.,* Torino, 1991.

FAZZUTI E., *sub Art. 2467*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003.

FENGHI F., *Capitale e oggetto sociale*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 590 ss.

FERNANDEZ G., *I diritti di controllo del socio nella s.r.l. e l'autonomia privata*, in *Riv. dir. soc.*, 2012.

FERRAJOLI L., Principia iuris – *Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007.

FERRARA JR. F., *La teoria giuridica dell'azienda. Natura giuridica dell'azienda – La protezione dell'azienda – La circolazione dell'azienda*, Milano, 1982.

FERRARA JR. F.-CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1996.

FERRARA JR. F.-CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009.

FERRARI A., *L'abuso del diritto di voto nell'aumento di capitale*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 869 ss.

FERRARI A., *L'abuso del diritto nelle società*, Padova, 1998.

FERRARINI G., *Valore per gli azionisti e governo societario*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 462 ss.

FERRARO P.P., *L'impresa dipendente*, Napoli, 2004.

FERRARO P.P., *Le situazioni soggettive del socio di società a responsabilità limitata*, Milano, 2012.

FERRÉ FALCON J., *Los créditos subordinados*, Madrid, 2006.

FERRI G., *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 723 ss.

FERRI G., *Poteri della maggioranza e diritti del socio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1952, II, p. 162 ss.

FERRI G., *sub Art. 2247 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1955.

FERRI G., *Fideiussioni prestate da società, oggetto sociale, conflitto di interessi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1959, II, p. 33 ss.

FERRI G., *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 405 ss.

FERRI G., *Soppressione a maggioranza del diritto di prelazione attribuito ai soci nello statuto sociale?*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, II, p. 255 ss.

FERRI G., *Delle società*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981.

FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile*, fondato da F. Vassalli, Torino, 1987.

FERRI G., *La tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, p. 3 ss.

FERRI S., *Versamenti in conto capitale, riserve targate e finanziamenti dei soci*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 294 ss.

FERRI JR. G., *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, Milano, 1998.

FERRI JR. G., *In tema di interesse legittimo e disciplina delle società di capitali*, in

Dir. e giur., 2001, p. 1 ss.
FERRI JR. G., *Investimento e conferimento*, Milano, 2001.
FERRI JR. G., *In tema di postergazione legale*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, p. 975 ss.
FERRI JR. G., *sub Art. 2452*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini-A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004.
FERRI JR. G., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale*, in *Riv. not.*, 2008, p. 741 ss.
FERRI JR. G., *Brevi osservazioni in tema di impresa e società*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, p. I, p. 543 ss.
FERRI JR. G., *Il sistema e le regole del patrimonio netto*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, p. 26 ss.
FERRI JR. G., *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 431 ss.
FERRI JR. G., *Situazioni giuridiche soggettive e disciplina societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 396 ss.
FERRI JR. G., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, p. 477 ss.
FERRI JR. G., *La società a responsabilità limitata semplificata e la società a responsabilità limitata a capitale ridotto. Prime osservazioni*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso-V. Cariello-V. Di Cataldo-F. Guerrera-A. Sciarrone Alibrandi, 2, *Società: amministrazione, scioglimento, gruppi, s.r.l., cooperative*, Torino, 2014, p. 1727 ss.
FERRI JR. G., *Società di fatto e imprenditore occulto*, in *RDS*, 2016, p. 610 ss.,
FERRO M., *Il piano attestato di risanamento*, in *Fall.*, 2005, p. 1353 ss.
FERRO-LUZZI P., *I contratti associativi*, Milano, 1976.
FERRO-LUZZI P., *«Conto finanziamento soci» e «fondi speciali iscritti in bilancio»* ex *art. 2442 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 891 ss.
FERRO-LUZZI P., *Imputazione a capitale della posta: "soci c. finanziamento infruttifero"*, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 260 ss.
FERRO-LUZZI P., *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all'atto costitutivo*, Milano, 1993.
FERRONI L., *Spunti per lo studio del divieto di abuso delle situazioni soggettive patrimoniali*, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, Napoli, 2005.
FEUILLET P., *Rapport sur l'atteinte à l'intérêt collectif apprécié à partir de la rupture d'égalité entre les actionnaires*, in *Rev. soc.*, 1979, p. 701 ss.
FIGÀ TALAMANCA G., *Direzione e "proprietà transitiva" del controllo di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 337 ss.
FIGÀ-TALAMANCA G., *Bilanci e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Milano, 1997.
FIMMANÒ F., *Responsabilità da direzione e coordinamento ed insolvenza della società abusata*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di G. Palmieri, Torino, 2009, p. 95 ss.
FIMMANÒ F., *Super-società di fatto ed abuso della personalità giuridica*, in *www.ilcaso.it*, documento n. 135/2009.
FIMMANÒ F., *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 57 ss.
FIMMANÒ F., *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. not.*, 2012, p. 267 ss.

FIMMANÒ F., *L'estensione "inversa" del fallimento della supersocietà di fatto controllata ai soci-S.r.l. controllanti e "subornati"*, in *Soc.*, 2016, p. 453 ss.
FIMMANÒ F., *Supersocietà di fatto ed estensione del fallimento alle società eterodirette*, 2016, in *www.ilcaso.it*
FLEISCHER H.-TRINKS J., *Minderheitenschutz bei der Gewinnthesaurierung in der GmbH. Ein deutsch-spanischer Rechtsvergleich*, in *NZG*, 2015, 8, p. 289 ss.
FOIS C., *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 421 ss.
FORTUNATO S., *La certificazione del bilancio*. *Profili giuridici*, Napoli, 1985.
FORTUNATO S., *Capitale e bilanci nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 125 ss.
FORTUNATO S., *Dall'omologazione alla verifica notarile*, in *Giur. Comm.* 2001, I, p. 539 ss.
FORTUNATO S., *I "controlli" nella riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 863 ss.
FRANCESCHELLI V., *I rapporti di fatto. Ricostruzione della specie e teoria generale*, Milano, 1984.
FRANZONI M., *Dei fatti illeciti, sub artt. 2043-2059*, in *Comm. Codice civile Scialoja – Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1993.
FRANZONI M., *La lesione dell'interesse legittimo è dunque risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 1039 ss.
FRANZONI M., *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in *Le società*, diretto da F. Galgano, 2002.
FRÉ G., *sub Art. 2368*, in *Società per azioni, art. 2325-2451*, in *Commentario al codice civile*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1972.
FRÈ G., *Società per azioni*, in *Commentario c.c.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1982.
FRÉ G.-SBISÀ G., *Della società per azioni*, I, in *Commentario c.c.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1997.
FREEDEMAN C.E., *Joint-Stock Enterprise in France. 1807-1867*, University of North Carolina Press, Chape Hill, 1979
FREEDEMAN C.E., *The Triumph of Corporate Capitalism in France*, University of Rochester Press, New York, 1993
FREEMAN R.E.-HARRISON J.S.-WICKS A.C.-PARMAR B.L.-DE COLLE S., *Stakeholder theory. The state of the art*, Cambridge-New York, 2010.
FRUGIUELE P., *Il concetto di socio unico tra forma e sostanza*, in *Riv. Not.*, 2008, p. 1458 ss.
FUNKE M.C., *Gläubigerschutz durch Information im Recht der Aktiengesellschaft*, Baden-Baden, 2011.
GALGANO F., *Degli amministratori di società personali*, Padova, 1963.
GALGANO F., *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 533 ss.
GALGANO F., *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, II, Padova, 1978.
GALGANO F., *Le società in generale. Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, Milano, 1982.
GALGANO F., *Civile e penale nella produzione della giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 53 ss.
GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 9 ss.
GALGANO F., *Qual è l'oggetto della società* holding, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 327

ss.
GALGANO F., *Circolazione delle partecipazioni azionarie all'interno dei gruppi di società*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 363 ss.
GALGANO F., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 1987.
GALGANO F., *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli* obiter dicta *della Cassazione)*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 365 ss.
GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, Milano, 1988.
GALGANO F., *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, VII, Padova, 1988.
GALGANO F., *Responsabilità della controllante per la pregiudizievole influenza esercitata sulla società controllata*, in *Riv. cirt. dir. priv.*, 1988, p. 359 ss.
GALGANO F., *Imprenditore occulto e società occulta*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Roma, 1989.
GALGANO F., *Diritto commerciale*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, 1993.
GALGANO F., *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso* ad nutum *della banca*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 18 ss.
GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999.
GALGANO F., *I gruppi di società*, Torino, 2001.
GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, vol. XXIX, 2003.
GALGANO F., *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del c.c. Scialoja -Branca*, 2005.
GALGANO F., *Delle persone giuridiche, commento sub artt. 11-35*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 2006.
GALGANO F., *Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. GALGANO-R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, I, in *Trattato dir. comm. e dir. pubbl. economia* diretto da F. Galgano, XXIX, Padova, 2006.
GALGANO F., *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007.
GALGANO F., Lex Mercatoria, Bologna, 2010.
GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 311 ss.
GALGANO F., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2013.
GALGANO F., *Diritto commerciale. L'imprenditore. Impresa, contratti di impresa, titoli di credito, fallimento*, Zanichelli, Bologna, XIII edizione, ristampa aggiornata 2013.
GALGANO F., *Introduzione*, in F. GALGANO-G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, Bologna, 2014, p. 1 ss.
GALGANO F., *sub Art. 2497*-ter, in F. GALGANO-G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, Bologna, 2014.
GALGANO F.-BONSIGNORI A., *Il fallimento delle società*, in *Commentario Scialoja – Branca alla legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1997.
GALGANO F.-GENGHINI R., *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Trattato dir. comm. e dir. pubbl. economia*, diretto da F. Galgano, 2006.
GALGANO F.-SBISÀ G., *sub Art. 2497*-quinquies, in F. GALGANO-G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, Bologna, 2014.
GAMBARO A., *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988.

GAMBARO A., *Note in tema di abuso del diritto ed ordine di mercato nel diritto italiano e comunitario*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2001, p. 93 ss.

GAMBINO A., *La disciplina del conflitto di interessi del socio*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 419 ss.

GAMBINO A., *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987.

GAMBINO A., *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 841 ss.

GAMBINO A., *Spunti di riflessione sulla riforma: l'autonomia societaria e la risposta legislativa alle esigenze di finanziamento dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 641 ss.

GAMBINO A., *L'interesse sociale e il voto in assemblea*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli* stakeholders, Atti del convegno di Milano, 9 ottobre 2009, Milano, 2010, p. 67 ss.

GARCEA M., *I gruppi di società di persone*, Napoli, 2008.

GARCEA M., *Il fallimento della società occulta tra società di capitali. Riferibilità dell'impresa e partecipazione di società di capitali a società di* persone, in *Questioni e casi di diritto* commerciale, III, a cura di P. Spada, Padova, 2010, p. 170 ss.

GATTI S., *Spendita del nome e titolarità dell'impresa*, in *Diritto fallimentare*, Milano, 1997.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013.

GELTER M., *The subordination of shareholder loans in bankruptcy*, *Harvard Olin Fellows' Discussion Paper Series n. 4*, in *International Review of Law and Economics*, vol. 26, n. 4, 2006.

GELTER M.-ROTH J., *Subordination of shareholder loans from a legal and economic perspective*, *Harvard Law and Economics Discussion Paper n. 13*, in *Journal for Institutional Comparisons*, vol. 5, n. 2, 2007, p. 40 ss.

GENOVESE A., *Fusione*, in Aa.Vv., *Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali*, a cura di G.F. Campobasso, Milano, 2003

GENTILI A., *A proposito de "Il diritto soggettivo"*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 351 ss.

GENTILI A., *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, p. 403 ss.

GENTILI A., *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 354 ss.,

GENTILI A., *Il diritto come discorso*, Milano, 2013.

GHIDINI M., *Società personali*, Padova, 1972.

GIAMPAOLINO C.F., *Le azioni speciali*, Milano, 2004.

GIANNELLI G., *Amministrazione e controllo nella s.r.l.*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di N. Di Cagno, Bari, 2004, p. 201 ss.

GIANNELLI G., Covenants *finanziari e finanziamento dell'impresa di gruppo in crisi*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 609 ss.

GIANNELLI G., *Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, «corretto» finanziamento della società e tutela dei creditori*, in *Socità, banche e crisi d'impresa.* Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, Torino, 2014, p. 479 ss.

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.

GIERKE O., *Über die Geshichte des Majoritätsprinzips*, in *Essays in Legal History*, cur. P. Vinogradoff, Oxford, 1913, p. 312 ss., trad. it., *Sulla storia del*

principio di maggioranza, in *Riv. soc.*, 1961, p. 1103 ss.
GILOTTA S., *Interesse sociale, interesse di gruppo e interesse collettivo nella regola sulla responsabilità per abuso di direzione unitaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 176 ss.
GILSON R.J.-GORDON J.N., *Controlling controlling shareholders*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2003, p. 785 ss.
GINEVRA E., *Conferimenti e formazione del capitale sociale nella costituzione delle s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 102 ss.
GINEVRA E., *Formazione del capitale sociale nella costituzione della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 102 ss.
GINEVRA E., *sub Art. 2361 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di D.U. Santosuosso, Torino, 2014.
GIORGIANNI V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963.
GIOVANNINI S., *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007.
GITTI G.-VILLA G., *Il terzo contratto: l'abuso di potere contrattuale nei rapporti fra imprese*, Bologna, 2008.
GRANELLI C., *La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma delle società di capitali*, in *Soc.*, 2003, p. 1565 ss.
GRANIERI M., *Il tempo e il contratto*, Milano, 2007.
GRANTHAM R., *The judicial extension of director's duties to creditors*, in *Journal of Business Law*, 1991, p. 1 ss.
GRAZIANI A., *Nominatività obbligatoria dei titoli azionari?*, in *Riv. soc.*, 1957, p. 621 ss.
GRAZIANI A., *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1959.
GRAZIANI A., *Sovrapprezzo delle azioni e diritto di opzione*, in *Riv. soc.*, 1961, p. 51 ss.
GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1963.
GUACCERO A., *Interesse al valore per l'azionista e interesse per la società. Le offerte pubbliche in Italia e negli USA*, Milano, 2007
GUERINONI E., *"Contatto sociale" e nesso causale nella responsabilità del medico dipendente*, in *Contratti*, 2003, p. 23 ss.
GUERRERA F., *Società in nome collettivo*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990.
GUERRERA F., *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1991.
GUERRERA F., *Gestione "di fatto" e funzione amministrativa nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 131 ss.
GUERRERA F., *Abuso del voto e controllo di "correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 181 ss.
GUERRERA F., *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004.
GUERRERA F., *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 16 ss.
GUERRERA F., "*Compiti" e responsabilità del socio di controllo*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, I, p. 506 ss.
GUERRERA F., *Note critiche sulla c.d. super-società e sull'estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*, in *Dir. fall.*, 2014, II, p. 63 ss.
GUERRERA F., *La scissione tra proprietà e voto nella s.p.a.: doveri, abusi, rimedi*, in *Giur. comm.*, 2017, I, p. 191 ss.
GUERRIERI G., *sub Art. 2377*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei

Alberti, I, Padova, 2005, p. 539 ss.
GUERRIERI G., *Limiti alla tutela reale e portata della tutela risarcitoria nell'ipotesi di scissione e di altre deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 341 ss.
GUERRIERI G., *I finanziamenti dei soci*, in *La nuova società a responsabilità limitata*, a cura di M. Bione, R. Guidotti e E. Pederzini, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, LXV, Padova, 2012, p. 69 ss.
GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2012.
GUICCIARDI E., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1943.
GUIDOTTI R., *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, Milano, 2007.
GUIZZI G., *L'amministrazione della s.r.l.*, in *Nuovo diritto societario*, a cura di M. De Tilla-G. Alpa-S. Patti, Roma, 2003.
GUIZZI G., *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in AA.VV., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, p. 205 ss.
GUIZZI G., *Le decisioni dei soci: profili tipologici*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, p. 1001 ss.
GUIZZI G., *sub Art. 2391*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004.
GUIZZI G., *L'assemblea: ovvero, delle competenze dei soci e del modo di esercitarle nella società a responsabilità limitata riformata (Due esperienze a confronto)*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, p. 34 ss.
GUIZZI G., *Direzione e coordinamento di società*, in *Dizionari del diritto privato* promossi da N. Irti e N. Abriani, *Diritto commerciale*, Milano, 2011, p. 350 ss.
GUIZZI G., *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2012, p. 339 ss.
GUIZZI G., *La maggiorazione del diritto di voto nelle società quotate: qualche riflessione sistematica*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 153 ss.
HAAS U., *Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes*, München, 2006.
HANKS JR. J.J., *Legal capital and the Model Business Corporation Act: an essay for Bayless Manning*, in *Law & Contemp. Probs.*, 2011, p. 211 ss.
HANSMANN H.-KRAAKMAN R., *Toward unlimited shareholder liability for corporate torts*, in *Yale Law Journal*, 1990, p. 1879 ss.
HEY F., *Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken*, Beck, München, 2004.
HERTIG G.-KANDA H., *Creditor protection*, in ARMOUR J.- HANSMANN H.B.-KRAAKMAN R., in AA.VV., *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, cit., p. 71 ss.
HILL C.-PAINTER R., *Berle's vision beyond shareholders interests: why investment bankers should have (some) personal liability*, in *University of Seattle Law Review,* v. 33, n. 4, 2010.
HOMMELHOFF P., *Die Konzernleitungspflicht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1982.
HOPT K.J., *Company law modernization: Transatlantic perspectives*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, a cura di P. Balzarini-G. Carcano e M. Ventoruzzo, Milano, 2007, p. 54 ss.
HOPT K.J., *Konzernrecht: Die europäische Perspektive*, in ZHR, 2007, p. 222 ss.
HOPT K.J., *Groups of companies – A comparative study on the economics, law and*

regulation of corporate groups, 2015, in www.ecgi.org/wp.
HUDSON M., *Entrepreneurs: from the near eastern takeoff to the Roman collapse*, in *The invention of enterprise. Entrepreneurship from ancient Mesopotamia to modern times*, Princeton University Press, 2010.
IBBA C., *Il controllo sull'iscrivibilità degli atti d'impresa dopo la legge 340 del 2000*, in *Riv. Not.*, 2001, I, p. 323 ss.
IBBA C., *La gestione dell'impresa sociale fra amministratori e non amministratori*, in *Studium iuris*, 2005, p. 423 ss.
INZITARI B., *La "vulnerabile" persona giuridica*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 679 ss.
IRACE A., *Finanziamenti nell'attività di direzione e coordinamento*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003.
IRACE A., *La responsabilità per atti di eterogestione*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di V. Santoro, Milano, 2003, p. 181 ss.
IRACE A., *sub Art. 2497*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli-V. Santoro, III, Torino, 2003.
IRACE A., *sub Art. 2497*-quinquies, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli-V. Santoro, III, Torino, 2003.
IRRERA M., *I «prestiti» dei soci alla società. Ricostruzione del fenomeno e prospettive di qualificazione e disciplina*, Padova, 1992.
IRRERA M., *La nuova disciplina dei «prestiti» dei soci alla società*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura S. Ambrosini, Torino, 2003, p. 139 ss.
IRRERA M., *sub Art. 2467*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti, vol. III, Bologna, 2004.
IRRERA M., *sub art. 2497*-quinquies, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti, vol. III, Bologna, 2004.
IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005.
IRRERA M., *La società di fatto tra società di capitali*, in *Giur. it.*, 2010, p. 471 ss.
IRRERA M., *La società di fatto tra società di capitali: un tema controverso*, in Aa. Vv., *Le nuove società di persone*, diretto da G. Cottino-O. Cagnasso, Bologna, 2014, p. 55 ss.
IRRERA M., *Luci e ombre della nuova finanza ponte (il nuovo art. 182*-quinquies *legge fall., a seguito del d.l. n. 83/2015*), in NDS, 2015, p. 37 ss.
IRRERA M., *La società di fatto tra società di capitali*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1138 ss.
JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, Milano, 1964.
JAEGER P.G., *Il voto «divergente» nella società per azioni*, Milano, 1976.
JAEGER P.G., *I "gruppi" fra diritto interno e prospettive comunitarie*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 923 ss.
JAEGER P.G., *"Direzione unitaria" di gruppo e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 1985, p. 859 ss.
JAEGER P.G., *Gli azionisti: spunti per una discussione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 23 ss.
JAEGER P.G., *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 476 ss.
JAEGER P.G., *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329 ss.
JAEGER P.G., *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*,

2000, I, p. 795 ss.
JAEGER P.G.-DENOZZA F.-TOFFOLETTO A., *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, Milano, 2010.
JAEGER P.G.-ANGELICI C.-GAMBINO A.-COSTI R.-CORSI F., *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 334 ss.
JENSEN M.C.-MECKLING W.H., *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*, in *Journal of Financial Economics*, (1976), 3, p. 305 ss.
JORIO A., *I gruppi*, in AA.VV., *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2003, p. 195 ss.
JORIO A., *Introduzione*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario* diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2006, p. 1 ss.
KEAY A., *The director's duty to take into account the interests of company creditors: when is it triggered*, in *Melbourne Universty Law Review*, 2001, p. 315 ss.
KEAY A., *The shifting of directors' duties in the vicinity of insolvency*, in *International Insolvency Review*, 2015, p. 140 ss.
KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, 1952.
KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. italiana del 1967, Milano.
KERSHAW D., *Company law in context*, Oxford, 2012.
KRAAKMAN R., *Concluding remarks on creditor protection*, in *EBOR*, 2006, p. 465 ss.
LAMANDINI M., *Nuove applicazioni giurisprudenziali in tema di gruppi di società*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, II, p. 500 ss.
LAMANDINI M., *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, Milano, 1995.
LAMOREAUX N.R., *Partnerships, Corporations, and the Limits on Contractual Freedom in U.S. History: An Essay in Economics, Law, and Culture*, in *Constructing Corporate America*, ed. by K. Lipartito-D.B. Sicilia, Oxford University Press, Oxford-New York, 2004.
LA MARCA E., *L'abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, Milano, 2004.
LA MARCA E., *Il danno alla partecipazione azionaria*, Milano, 2012.
LANDOLFI G., *Il diritto di informazione del socio nella s.r.l.*, Torino, 2011
LA PORTA U., *Note a margine della riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 37 ss.
LAZZARO G., *Rapporto giuridico*, in *Noviss. dig. It.*, XIV, Torino, 1967.
LE CANNU P., *L'abus de minorité*, in *Bull. Joly sociétés*, 1986, p. 429 ss.
LEFEBVRE-TEILLARD A., *La société anonyme au XIXe siècle*, Presse Universitaires de France, Paris, 1985.
LENER A., *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1995.
LENER R., *L'invalidità*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XXV, Torino, 2000.
LENER R., *sub Art. 2377*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini-A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 546 ss.
LENER R.-TUCCI A., *Decisioni dei soci e responsabilità degli amministratori*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, Bologna, 2003, p. 287 ss.
LENER R.-TUCCI A., *Società per azioni. L'assemblea*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da V. Buonocore, diretto da R. Costi, Torino, 2012.
LEOZAPPA A.M., *Il socio risparmiatore nella società a responsabilità limitata: diritti particolari e decisioni ex art. 2479 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 281 ss.
LEOZAPPA A.M., *Diritti di categoria e assemblee speciali*, Milano, 2008.

LIBERTINI M., *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, Milano, 1971.

LIBERTINI M., *Tutela invalidativa e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni su alcuni contenuti di disciplina*, a cura di A. Genovese, Torino, 2004, p. 10 ss

LIBERTINI M., *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, p. 198 ss.

LIBERTINI M., *Clausole generali, disposizioni di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 345 ss.

LIBERTINI M., *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in *I contratti per l'impresa. I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, Bologna, 2012, p. 34 ss.

LIBERTINI M., *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 1 ss.

LIBERTINI M., *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 669 ss. e in *www.orizzontideldirittocommerciale.it*.

LIBERTINI M.-MIRONE A.-SANFILIPPO P. M., *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379* ter, Milano, 2016.

LIBONATI B., *Holding e investment trust*, Milano, 1959.

LIBONATI B., *La responsabilità nel gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, p. 587 ss.

LIBONATI B., *Prospettive di riforma sulla crisi dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 332 ss.

LIBONATI B., *Assemblea e patti parasociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 463 ss.

LIPARI N., *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 479 ss., e in N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 15 ss.

LIPARI N., *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 1153 ss. e in N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 39 ss.

LIPARI N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 4, p. 1115 ss. e in N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 155 ss.

LIPARI N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

LIPARI N., *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, in N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 191 ss.

LO CASCIO G., *La responsabilità degli amministratori di fatto di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 189 ss.

LO CASCIO G., *La riforma della società a responsabilità limitata e le procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2005, p. 237 ss.

LOFFREDO E., *Attività economica e atti antieconomici nell'esercizio dell'impresa*, 2014, in www.orizzontideldirittocommerciale.it.

LOSURDO F., *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Torino, 2011.

LUCARELLI P., *Rapporto di cambio incongruo, invalidità della fusione e rimedi: una relazione ancora da esplorare*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, p. 269 ss.

LUHMANN N., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 2001.

LUMINOSO A., *Danno ingiusto e responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Diritto Pubblico*, 2000, p. 59 ss.

LUPOI M., *Strade e sensibilità diverse: l'*equity *inglese*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, a cura di G. Visintini, Napoli, 2016, p. 473 ss.

LUTTER M., *Die Treuepflichen des Aktionärs*, in *ZHR*, 1989, p. 452 ss.

LUTTER M.-HOMMELHOFF P., § 14, *GmbH- Gesetz Kommentar*, (Hrsg) von P. Hommelhoff und M. Lutter, Köln, Schmidt, 2015.

LUZZATI C., *La* ‹‹normalizzazione›› *delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, in *Riv. crit. dir. priv.,* 2013.

MACARIO F., *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, I, p. 690 ss.

MACARIO F., *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti tra imprenditori*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006.

MACRÌ E., *La s.r.l. semplificata e la s.r.l. con capitale inferiore al minimo legale: le recenti novità normative*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, 2, *Società: amministrazione, scioglimento, gruppi, s.r.l., cooperative*, Torino, 2014, p. 1797 ss.

MAGGIOLO M., *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo (art. 2497[3])*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 176 ss.

MAGLIULO F., *Le decisioni dei soci*, in AA.VV., *La riforma della società a responsabilità limitata*, a cura di C. Caccavale-F. Magliulo-M. Maltoni-F. Tassinari, Milano, 2004.

MAINETTI G., *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Soc.*, 2003, p. 936 ss.

MAISANO A., *L'eccesso di potere nelle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano, 1968.

MANDRIOLI L., *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, in *Soc*., 2006, p. 174 ss.

MANDRIOLI L., *Struttura e contenuti dei "piani di risanamento" e dei "progetti di ristrutturazione" nel concordato preventivo e negli accordi di composizione stragiudiziale delle situazioni di "crisi"*, in *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2006, p. 506 ss.

MANNING B.-HANKS JR. J.J., *Legal capital*, Westbury NY, 1990.

MARASÀ G., *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in T*rattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, t. 6*, Torino, 1993.

MARASÀ G., *Le società*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2000.

MARASÀ G., *La s.r.l. come società di capitali e suoi caratteri distintivi dalla s.p.a.*, in *Studium Iuris*, 2005.

MARCHETTI C., *La "nexus of contracts" theory. Teorie e visioni del diritto societario*, Milano, 2000.

MARCHETTI P., *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in *I gruppi di società*, *Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli, Milano, 1996, II, p. 1554 ss.

MARCHETTI P., *L'autonomia statutaria nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2000, p. 563 ss.

MARCHETTI P., *sub Art. 2379*-ter, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2008.
MARCHISIO E., *La "corretta gestione" della società eterodiretta ed il recepimento di direttive (programmaticamente o solo accidentalmente) dannose*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 923 ss.
MARCHISIO E., *I "finanziamenti anomali" tra postergazione e prededuzione*, in *Riv. not.*, 2012, I, p. 1295 ss.
MARTIN J., *Handbury and Martin's Modern Equity*, *Sweet & Maxwell*, 2015.
MARTINES M.P., *L'abuso di minoranza nelle società di capitali*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 1184 ss.
MARTINES M.P., *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006.
MAUGERI M., *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1483 ss.
MAUGERI M., *Finanziamenti "anomali" dei soci e patrimonio nelle società di capitali*, Milano, 2005.
MAUGERI M., *Finanziamenti dei soci*, in *Il diritto, Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore*, Milano, 2007, VI, p. 435 ss.
MAUGERI M., *Formazione del gruppo e diritti dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, p. 267 ss.
MAUGERI M., *Dalla struttura alla funzione della disciplina sul finanziamento dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, p. 133 ss.
MAUGERI M., *Partecipazione sociale e attività d'impresa: profili ricostruttivi*, Milano, 2010.
MAUGERI M., *Sul regime concorsuale dei finanziamenti soci*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. II, Bari, 2011, p. 1298 ss. e anche in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 805 ss.
MAUGERI M., *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 66 ss.
MAUGERI M., *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 336 ss.
MAUGERI M., *I finanziamenti anomali "endogruppo"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, I, p. 726 ss.
MAUGERI M., *Sottocapitalizzazione della s.r.l. e "ragionevolezza" del finanziamento soci*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, p. 169 ss.
MAUGERI M., *sub Art. 2497*-quinquies, in *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, t. II, Milano, 2016.
MAZZAMUTO S., *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 1491 ss.
MAZZONI A., *La tutela delle minoranze azionarie*, in *Inchieste di diritto comparato. I grandi problemi della società per azioni nelle legislazioni vigenti*, 5, II, Padova, 1976, p. 1023 ss.
MAZZONI A., *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, a cura di P. Balzarini-G. Carcano-M. Ventoruzzo, I, Milano, 2007, p. 511 ss.
MAZZONI A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum *Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 813 ss.
MAZZONI C. M., *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, p. 601 ss.
MELI V., *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber

amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, p. 667 ss.

MELI V., *sub Art. 2497*-ter, in *Codice commentato delle s.p.a.*, diretto da G. Fauceglia e G. Schiano di Pepe, 2007.

MENGONI L., *Appunti per una revisione del conflitto di interessi nelle deliberazioni delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 434 ss.

MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, *Riv. dir. comm.,* II, 1956, p. 360 ss.

MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *Riv. crit. Dir. priv.*, 1986, p. 5 ss.

MENGONI L., *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, Milano, XXXIX, 1988, p. 1072 ss.

MENGONI L., *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996.

MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998.

MERLE P.-FAUCHON A., *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Paris, 2016.

MERUZZI G., *L'exceptio doli. Dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005.

MESSINA M., *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003.

MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948.

MESSINETTI D., *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, II, Milano, 1998.

MICELI G.M.-TRIMARCHI G.A.M., *Limiti all'autonomia statutaria nella s.r.l. in tema di esclusione per giusta causa e di obblighi dei soci tra silenzio ed ermetismo legislativo*, in *Riv. not.*, 2007, II, p. 459 ss.

MIGNOLI A., *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 725 ss.

MIGNOLI A., *Idee e problemi nell'evoluzione della "*company*" inglese*, in *Riv. soc.*, 1960, p. 633 ss.

MIGNOLI A., *Le assemblee speciali*, Milano, 1960.

MIGNOLI A., *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 729 ss.

MILLI M., *La deliberazione assembleare*, Padova, 2007.

MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956.

MINERVINI G., *Deliberazione assunta da tutti i soci in conflitto di interessi con la società?*, in *Giur. it.*, 1960, I, c. 585 ss.

MINERVINI G., *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, Napoli, 1964.

MINERVINI G., *Sulla tutela dell'«interesse sociale» nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 314 ss.

MIOLA M., *Il diritto italiano dei gruppi* de iure condendo*: i gruppi e i creditori*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 409 ss.

MIOLA M., *Capitale sociale e conferimenti nella "nuova" società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 657 ss.

MIOLA M., *I conferimenti in natura*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1***, Torino, 2004, p. 3 ss.

MIOLA M., *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1199 ss.

MIOLA M., *Legal capital and Limited companies: the European perspective*, in *ECFR*, 2005, p. 413 ss.

MIOLA M., *Capitale sociale e tecniche di tutela dei creditori*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Atti del Convegno Internazionale di Studi (Venezia, 10-11 novembre 2006), a cura di P. Balzarini-G. Carcano-M. Ventoruzzo, Milano, 2007, t. I, p. 363 ss.

MIOLA M., *L'oggetto sociale tra autonomia statutaria ed autonomia gestoria*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 703 ss.

MIOLA M., *Atti estranei all'oggetto sociale e autorizzazioni e ratifiche assembleari dal vecchio al nuovo diritto societario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, p. 275 ss.

MIOLA M., *Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale*, in *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di G.E. Colombo*, Torino, 2011, p. 36 ss.

MIOLA M., *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 237 ss.

MIOLA M., *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, 3, *Impresa – Società: costituzione, conferimenti, assemblea*, Torino, 2014, p. 2693 ss.

MIOLA M., *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1079 ss.

MIRONE A., *sub Art. 2361 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004.

MOKAL R., *An agency cost analysis of the wrongful trading previsions, perverse incentives and the creditors' bergain*, in *Cambridge Law Journal*, 2000, 59, p. 26 ss.

MONATERI P.G., *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di "*Comparative Law and Economics*")*, in *Dir. priv.*, 1997, p. 89 ss.

MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998

MONATERI P.G., *Legal formants and competitive models. Understanding comparative law from legal process to critique in cross-system legal analysis*, 2008, disponibile su SSRN.

MONTAGNANI C., *Deliberazioni assembleari e procedure liquidatorie*, Milano, 1999.

MONTAGNANI C., *sub Art. 2364*, in *Società di capitali, Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004.

MONTAGNANI C., *Informazione e controlli nelle nuove società a responsabilità limitata*, Padova, 2008.

MONTALENTI P., *Il socio accomandante*, Milano, 1985.

MONTALENTI P., *Conflitto di interessi nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 710 ss.

MONTALENTI P., *Persona giuridica, gruppi di società,* corporate *governance. Studi in tema di società per azioni*, Padova, 1999.

MONTALENTI P., *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 422 ss.

MONTALENTI P., *La riforma del diritto societario: profili generali*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 57 ss.

MONTALENTI P., *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. IV.2, Padova, 2004.

MONTALENTI P., *Amministrazione, controllo, minoranze nella legge sul risparmio*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 975 ss.

MONTALENTI P., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 317 ss.

MONTALENTI P., *Il sistema dualistico: il consiglio di sorveglianza tra funzioni di controllo e funzioni di alta amministrazione*, in *Analisi giuridica*

dell'economia, 2007, p. 269 ss.
MONTALENTI P., *Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, p. 689 ss.
MONTALENTI P., *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, in *Riv. dir. comm*., 2010, I, p. 935 ss.
MONTALENTI P., *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 820 ss.
MONTALENTI P., *Società per azioni* corporate governance *e mercati finanziari*, Milano, 2011.
MONTALENTI P., *Il diritto societario a dieci anni dalla riforma: bilanci, prospettive, proposte di* restyling, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 1068 ss.
MONTALENTI P., *Il diritto societario dai "tipi" ai "modelli"*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 420 ss.
MONTALENTI P., *Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell'impresa nei gruppi di società*, in *Impresa – Società di capitali – Mercati finanziari*, Torino, 2017, p. 215 ss., ma già in AA. VV., *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2015, p. 171 ss.
MONTALENTI P., *Operazioni straordinarie e* business purpose *tra diritto interno e profili comparatistici*, intervento al Convegno *L'abuso del diritto in materia tributaria e gli istituti del diritto civile e commerciale* tenutosi a Roma il 4 novembre 2016.
MONTESANO L., *Accertamento giudiziale*, in *Enc. giur.,* Roma, 1988.
MONTESANO L., *Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1993, p. 63 ss.
MONTEVERDE A., *Le deliberazioni negative nella società per azioni*, in *Nuovo dir. soc.*, 2007, 16.
MONTEVERDE A., *Le decisioni gestorie dei soci nelle società lucrative*, Milano, 2013.
MORERA U., *L'omologazione degli statuti di società*, Milano, 1988.
MORERA U., *Dall'«omologazione» del Tribunale all'«omologazione» del notaio; prime riflessioni sull'art. 32, L. n. 340 del 2000*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 292 ss.
MOSCO G.D., *Concordato preventivo e piani negoziali per il risanamento dell'impresa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, p. 373 ss.
MOZZARELLI M., *Riflessioni sul regime di nomina degli amministratori della s.r.l. alla luce della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 721 ss.
MOZZARELLI M., *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, 2007.
MOZZARELLI M., *Decisioni dei soci e profili di responsabilità degli amministratori nei confronti della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 409 ss.
MOZZARELLI M., *L'interesse imprenditoriale proprio o altrui: appunti sul rapporto fra la capogruppo e gli amministratori della società soggetta a direzione e* coordinamento, in *NDS*, 2012, p. 102 ss.
MUCIACCIA N., *L'art. 147, co. 5, legge fallim. quale norma anti-abusiva di contrasto al fenomeno della super-società di fatto*, in *Dir. fall.*, I, 2017, *in press*.
MUCCIARELLI G., *Società per azioni e offerta pubblica d'acquisto. Le difese successive contro offerte pubbliche d'acquisto di azioni quotate*, Milano,

2004.
MUCCIARELLI G., *sub Art. 2497* ter, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. Sbisà, *Art. 2497-2497* septies, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2012.
MUCCIARELLI G., *sub Art. 2497*-septies, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. Sbisà, *Art. 2497-2497* septies, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2012.
MUCCIARELLI G.-STRAMPELLI G., *sub Art. 2442*, in *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Milano, 2016.
MÜLBERT P.O., *A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection – Or a High-Level Framework for Corporate Creditor Protection*, in *ECGI*, *Law Working Paper* n. 60/2006.
MÜLLER ERZBACH R., *L'abuso del diritto secondo la dottrina teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 89 ss.
MUSSO A., *La rilevanza esterna del socio nelle società di capitali*, Milano, 1996.
NATOLI U., *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nei rapporti di lavoro*, Milano, 1955.
NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 26 ss.
NAVARRETTA E., Dikaion *come* nominon *e* dikaion *come* ison. *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in Liber amicorum *F.D. Busnelli*, II, Milano, 2008, p. 625 ss.
NAVARRETTA E., *Il danno* non iure *e l'abuso del diritto*, in *Dir. civ. Lipari e Rescigno*, coordinato da A. Zoppini, vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, t. III, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009.
NAVARRETTA E., *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 878 ss.
NICCOLINI G., *Il capitale sociale minimo*, Milano, 1981.
NICCOLINI G., *Le deliberazioni di s.p.a. non conformi a legge o a statuto tra tutela reale e tutela obbligatoria*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 2004, p. 209 ss.
NICCOLINI G., *sub Art. 2486*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004.
NICCOLINI G., *Giorgio Oppo e la nuova disciplina della invalidità delle deliberazioni assembleari delle s.p.a.*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 474 ss.
NICOLÒ R., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962.
NIEDDU ARRICA F., *Le operazioni di finanziamento funzionali alle soluzioni concordate delle crisi di impresa alla luce dell'art. 182*-quinquies *l.f.*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, II, p. 434 ss.
NIEDDU ARRICA F., *La rilevanza dell'equilibrio finanziario nelle opposizioni dei creditori alle riduzioni del capitale sociale*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 1358 ss.
NIGRO A., *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9**, Torino, 1993.
NIGRO A., *La società a responsabilità limitata nel nuovo diritto societario: profili generali*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di V. Santoro, Milano, 2003, p. 3 ss.
NIGRO A., *La nuova società a responsabilità limitata*, in *Dir. banc. mer. fin.*, 2004, p. 12 ss.

NIGRO A., *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 881 ss.
NIGRO A., *Società unipersonali e fallimento*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 330 ss.
NIGRO A., *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, I, Torino, 2007, p. 177 ss.
NIGRO A., *sub Art. 147 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio, II, Torino, 2007
NIGRO A.-VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2014.
NIUTTA A., *Il finanziamento infragruppo*, Milano, 2000.
NIUTTA A., *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione del gruppo*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 780 ss.
NOBILI R., *L'esclusione del diritto d'opzione*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 764 ss.
NOBILI R., *La riduzione del capitale*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa-G.B. Portale, 3, Torino, 2007, p. 298 ss.
NOBILI R.-SPOLIDORO M.S., *La riduzione del capitale sociale*, in *Tratt. Colombo – Portale*, 6*, Torino, 1993.
NOTARI M., *Deliberazioni assembleari e decisioni dei soci nella s.r.l.*, in *Riv. dott. comm.*, 2003, p. 49 ss.
NOTARI M., *Diritti "particolari dei soci" e categorie "speciali" di partecipazioni*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2003, p. 331 ss.
NUVOLONE P., *"Fallimento (reati in materia di)"*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967.
NUZZO A., *L'abuso della minoranza. Potere responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino, 2003.
NUZZO A., *sub Art. 2479 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004.
OLIVIERI G., *Investimenti e finanziamenti nelle società di capitali*, Torino, 2004.
OLIVIERI G., *Questioni aperte in tema di finanziamenti anomali dei soci nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, p. 515 ss.
OPPO G., *Contratti parasociali*, Milano, 1942.
OPPO G., *Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 225 ss.
OPPO G., *La tutela dell'azionista nel progetto di riforma*, in *Riv. soc.*, 1966, p. 1220 ss.
OPPO G., *Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 629 ss.
OPPO G., *Sulla partecipazione di società a società personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, p. 1 ss.
OPPO G., *Impresa e imprenditore*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989.
OPPO G., *L'iniziativa economica*, in *Scritti giuridici*, I, *Diritto dell'impresa*, Padova, 1992, p. 31 ss.
OPPO G., *La sospensione legale del voto nelle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 13 ss.
OPPO G., *Novità e interrogativi in tema di tutela di interessi legittimi*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 391 ss.
OPPO G., *Principi*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, 1, I, Torino, 2001.
OPPO G., *Le grandi opzioni della riforma e del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*,

2003, p. 471 ss. e in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, per *I Quaderni della Rivista di Diritto Civile*, Padova, 2004, p. 9 ss.

OPPO G., *In tema di "libertà e responsabilità" nelle società di capitali riformate*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 861 ss.

OPPO G., *Patto sociale, patti collaterali e qualità di socio nella società per azioni riformata*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 57 ss.

OPPO G., *Scritti giuridici*, VII, Padova, 2005.

ORESTANO R., *Il problema delle «persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino, 1968.

ORIANI R., *Domanda giudiziale*, in *Enc. giur*., XII, Roma, 1989.

ORLANDI M., *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 147 ss.

ORTOLANI M., *Autorizzazione ed approvazione*, in *Studi in onore di S. Romano*, II, Padova, 1940.

PAGLIANTINI S.-CALVO R. (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010.

PAGNI I., *Le azioni di impugnazione negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998.

PALAZZOLO S., *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987.

PALMIERI G., *La nullità della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1*, Torino, 2004, p. 490 ss.

PALMIERI G., *sub Art. 2332*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, I, Napoli, 2004.

PALMIERI G., *L'invalidità delle decisioni*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibba e G. Marasà, vol. IV, Padova, 2009, p. 147 ss.

PALMIERI G.-PATRIARCA C., *sub Art. 2379*, in *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Milano, 2016.

PALMIERI M., *La partecipazione esterna alle società di captali*, Milano, 2015.

PALMITER A.R., *Corporations. Examples and explanations*, New York, 2003.

PANDIMIGLIO M., *L'abuso del diritto nei Trattati di Nizza e Lisbona*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 1076 ss.

PANZANI L., *Imprenditore individuale apparente, società occulta ed identità di impresa, commento a Cass. 30 gennaio 1995, n. 1106*, in *Fall.*, 1995, p. 919 ss.

PAOLINI A., *Le modificazioni di fatto dell'oggetto sociale*, Milano, 2014.

PARDOLESI R., *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 76 ss.

PARRELLA M., *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, Milano, 2000.

PASQUARIELLO F., *sub Art. 2476 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, III, 2005.

PASQUINO A., *Eccezione di dolo generale e correttezza nei rapporti societari*, in Aa. Vv., *L'eccezione di dolo generale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, p. 325 ss.

PATRIARCA S., *La responsabilità del socio gestore di s.r.l.*, in *Soc.*, 2007, p. 1193 ss.

PATRONI GRIFFI A., *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1971.

PATRONI GRIFFI U., «Fiduciary duties» *e gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 886 ss.

PATRONI GRIFFI U., *I* covenants *finanziari. Note introduttive*, in *Riv. dir. soc.*, 2009,

p. 601 ss.
PATTI S., *Abuso del diritto*, in *Dig. Discip. Priv. - Sez. civ.*, I, Torino, 1987.
PAVONE LA ROSA A., *Il registro delle imprese*, Milano, 1954.
PAVONE LA ROSA A., *La teoria dell'"imprenditore occulto" nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 623 ss.
PAVONE LA ROSA A., *Gruppi di imprese e informazione societaria*, in *L'informazione societaria. Atti del Convegno Internazionale di studi*, a cura di P. Alvisi-P. Balzarini-G. Carcano (Venezia 5-6-7 novembre 1981), Milano, 1982, 1, p. 1115 ss.
PAVONE LA ROSA A., *"Controllo" e "gruppo" nella fenomenologia dei collegamenti societari*, in *Dir. fall.*, 1985, I, p. 10 ss.
PAVONE LA ROSA A., *Tipologia dei vincoli di controllo e dei gruppi societari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 2**, 1991, p. 600 ss.
PAVONE LA ROSA A., *Il gruppo di imprese nella amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 481 ss.
PAVONE LA ROSA A., *Il controllo degli atti societari per l'iscrizione nel registro delle imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 101 ss.
PAVONE LA ROSA A., *Nuovi profili della disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 765 ss.
PECORARO C., *Amministrazione e responsabilità dei soci nella s.r.l.*, Milano, 2015.
PEDERSOLI E., *Sulla nozione di «finanziamento» ai fini dell'applicazione della regola della postergazione*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 1202 ss.
PEDERZINI E., *Convocazione dell'assemblea su richiesta della minoranza*, in *Le riforme del diritto commerciale. Testo unico della finanza*, Torino, 2002.
PELLIZZI G.L., *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 113 ss.
PENNISI R., *sub Art. 2497*-ter, in *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, t. II, Milano, 2016.
PENNISI R., *La disciplina delle società a direzione unitaria e il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, 3, Torino, 2007, p. 887 ss., spec. p. 889 ss.
PÉREZ BENÌTEZ J.J., *Los créditos subordinados*, in *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, Valencia, 2015
PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo - comunitario delle fonti*, II, Napoli, 2006.
PERLINGIERI P., *Il diritto come discorso. Dialogo con Aurelio Gentili*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 770 ss.
PERONE G., *"Limited liability companies" e "Limited liability partenerships" negli USA*, in *Anal. Giur. Econ.*, cit., p. 461 ss.
PERRINO M., *Le tecniche di esclusione del socio nelle società di capitali*, Milano, 1997.
PERRINO M., *La rilevanza del socio nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 810 ss.
PERRINO M., *Il controllo individuale del socio di società di capitali: fra funzione e diritto*, in *Giur. comm*., 2006, I, p. 639 ss.
PETROBONI G., *Le competenze gestorie dei soci nella società a responsabilità limitata. Regime legale e modelli statutari*, Padova, 2011.
PETTITI D., *Contributo allo studio del diritto dell'azionista al dividendo*, Milano, 1957.

PIAZZA G., *Il regime delle «invalidità» delle delibere assembleari*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p.

PICCIAU A., *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, in FARINA F.- IBBA C.- RACUGNO G.- SERRA A., *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretativa*, Milano, 2004, p. 229 ss.

PICCININI G., *Atti gestori dannosi: "i mobili confini della responsabilità del socio"*, in *Soc.*, 2005, p. 450 ss.

PINO G., *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 25 ss.

PINO G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006.

PINTO V., *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, p. 439 ss.

PINTO V., *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, Torino, 2008.

PINTO V., *Il danno cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto*, in *Società, banche e crisi d'impresa.* Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, vol. 1, Torino, 2014, p. 847 ss.

PINTO V., *Il problema dell'impugnazione della delibera negativa nella giurisprudenza delle imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 901 ss.

PIRAINO F., *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 75 ss.

PISANI L., *La società in accomandita semplice. La società semplice*, in *Diritto commerciale*, a cura di M. Cian, II, Torino, 2013.

PISANI L., *Società di persone* «*a struttura corporativa*», Torino, 2000.

PISANI MASSAMORMILE A., *Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, p. 55 ss.

PISANI MASSAMORMILE A., *Minoranze "abusi" e rimedi*, Torino, 2004.

PISANI MASSAMORMILE A., *La prededuzione ed i finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, p. 43 ss.

PISCITELLO P., *Il diritto di* «exit» *nelle s.r.l.* «*chiusa*» *tra* «ius conditum» *e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Verso un nuovo diritto societario*, a cura di Associazione Disiano Preite, Bologna, 2002, p. 127 ss.

PISCITELLO P., *Riflessioni sulla nuova disciplina del recesso nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 518 ss.

PISCITELLO P., *Società di persone a struttura aperta e circolazione delle quote. Modelli legali ed autonomia statutaria*, Torino, 1995.

PISCITELLO P., *Recesso ed esclusione nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, p. 715 ss.

PLATANIA F., *La partecipazione di società di capitali in società di persone alla luce della riforma*, in *Soc.*, 2005, p. 60 ss.

PORTALE G.B., *I «beni» iscrivibili nel bilancio di esercizio e la tutela dei creditori nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1969, p. 242 ss.

PORTALE G.B., *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 33 ss.

PORTALE G.B., *Tra sottocapitalizzazione nominale e sottocapitalizzazione materiale nelle società di capitali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1986, I, p. 201 ss.

PORTALE G.B., *Un libro tedesco sull'"*action en comblement du passif social*"*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 1067 ss.

PORTALE G.B., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 3 ss. e, per una versione aggiornata, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1**, Torino, 2004, p. 3 ss.

PORTALE G.B., *Conferimenti in natura ed effettività del capitale sociale nelle "società per azioni in formazione"*, in *Riv. soc.*, 1994, p. 1 ss.

PORTALE G.B., *Appunti in tema di "versamenti" in conto futuri aumento di capitale eseguiti da un solo socio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, I, p. 93 ss.

PORTALE G.B., *«Prestiti subordinati» e «prestiti irredimibili» (appunti)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, I, p. 1 ss.

PORTALE G.B., *«Minoranze di blocco» e abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al* gouvernement des juges*?*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 148 ss.

PORTALE G.B., *I conferimenti nella società a responsabilità limitata*, in *Parere collettaneo allo schema del decreto delegato di riforma*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 1505 ss.

PORTALE G.B., *I "finanziamenti" dei soci nelle società di capitali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, p. 663 ss.

PORTALE G.B., *Profili dei conferimenti in natura nel nuovo diritto italiano delle società di capitali*, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 1663 ss.

PORTALE G.B., *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Soc.*, 2003, p. 263 ss.

PORTALE G.B., *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2006, p. 4 ss.

PORTALE G.B., *Lezioni di diritto privato* comparato, Torino, 2007.

PORTALE G.B., *L'invalidità delle delibere assembleari: tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive, Atti del convegno internazionale di studi. Venezia, 10-11 novembre 2006*, Milano, 2007, p. 611 ss.

PORTALE G.B., *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 1 ss.

PORTALE G.B., *Il sistema dualistico: dall'*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch *(1861) alla riforma italiana della società per azioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, p. 673 ss.

PORTALE G.B., *Dalla «pietra del vituperio» alle nuove concezioni del fallimento e delle procedure concorsuali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, p. 389 ss.

PORTALE G.B., *Capitale sociale e ragionevolezza nelle società di capitali*, in G.B. PORTALE, *Lezioni pisane di diritto commerciale*, a cura di F. Barachini, Pisa, 2014.

PORTALE G.B., *Tra diritto dell'impresa e metamorfosi della s.p.a.*, in *Società, banche e crisi d'impresa.* Liber amicorum *P. Abbadessa*, Torino, 2014, p. 112 ss.

PORTALE G.B., *La parabola del capitale sociale nella s.r.l. (dall'«importancia cuasi sacramental» al ruolo «di ferro vecchio»?)*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 815 ss.

PORTALE G.B., *Patti parasociali con efficacia corporativa nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 1 ss.

POSTIGLIONE A., *La nuova disciplina dei finanziamenti dei soci di s.r.l.: dubbi interpretativi e limiti applicativi*, in *Soc.*, 2007, p. 929 ss.

PREITE D., *L'"abuso" della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992.

PREITE D., *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 3**, 1993, p. 74 ss.
PREITE D., *Investitori istituzionali e riforma del diritto delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 476 ss.
PRENTICE D.D., *Creditor's interests and director's duties*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990, p. 265 ss.
PRESTI G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, p. 16 ss.
PRESTI G., *sub Art. 2467*, in *Codice commentato delle s.r.l.*, diretto da P. Benazzo-S. Patriarca, Torino, 2006.
PRESTI G., *Il diritto di controllo dei soci non amministratori*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe Portale*, Milano, 2011, p. 650 ss.
PRESTI G.-RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2009.
PRESTI G.-RESCIGNO M., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003.
PRESTIPINO M., *Diritto al rimborso e postergazione nella disciplina dei finanziamenti dei soci*, Milano, 2015.
PROTO C., *Le azioni di responsabilità contro gli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Soc.*, 2003, p. 1133 ss.
PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione (artt. 99-111*), in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, Torino, 1973.
PULGAR EZQUERRA J., *Alcune considerazioni relative alla riforma del diritto concorsuale spagnolo*, in *La legislazione concorsuale in Europa*, a cura di S. Bonfatti-G. Falcone, Milano, 2004, p. 119 ss.
PUPO C.E., *Invalidità del procedimento deliberativo e dinamiche dell'investimento azionario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 586 ss.
PUPO C.E., *La persona giuridica – Fenomenologia e significato dal diritto romano al diritto commerciale*, Milano, 2015.
PUPO C.E., *Il voto negativo nell'assemblea della società per azioni. Profili ricostruttivi dell'abuso di maggioranza e di minoranza*, Milano, 2016.
PUPO C.E., *L'impugnazione della delibera negativa*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 333 ss.
RACUGNO G., *L'amministrazione della s.r.l. e il controllo legale dei conti*, in *Soc.*, 2004, p. 13 ss.
RACUGNO G., *sub Art. 2476*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004.
RAGNO M., *Versamenti in conto capitale, versamenti in conto futuro aumento di capitale e prestiti subordinati effettuati dai soci di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 763 ss.
RAGUSA MAGGIORE G., *La responsabilità individuale degli amministratori (art. 2395 c.c.)*, Milano, 1969.
RAGUSA MAGGIORE G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994.
RAGUSA MAGGIORE G., *Il registro delle imprese*, Milano, 1996.
RANIELI M., *La responsabilità gestoria dei soci di s.r.l.*, in *Vita not.*, 2006, p. 999 ss.
REGOLI D., *Offerte pubbliche di acquisto e comunicato agli azionisti*, Milano, 1996.
RENNA L., *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al* closing, Bologna-Roma, 2015.
RESCIGNO M., *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *Jus*, I, 1989, p. 173 ss.
RESCIGNO M., *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture*

ed incertezze: una prima riflessione, in *Soc.*, 2003, p. 331 ss.

RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P. Benazzo-S. Patriarca-G. Presti, Milano, 2003, p. 43 ss.

RESCIGNO M., *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, a cura di G. Presti, M. Rescigno, L. Stanghellini, Bologna, 2003.

RESCIGNO M., *Problemi aperti in tema di s.r.l.: i finanziamenti dei soci, la responsabilità*, in *Soc*., 2005, p. 15 ss.

RESCIGNO M., *Rapporti e interferenze tra riforma societaria e fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2007, p. 2120 ss.

RESCIGNO M., *La società a responsabilità limitata a capitale ridotto e semplificata*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, 2, *Società: amministrazione, scioglimento, gruppi, s.r.l., cooperative*, Torino, 2014, p. 1841 ss.

RESCIGNO P., *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 415 ss.

RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss.

RESCIGNO P., *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979.

RESCIGNO P., *Contratto (in generale)*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988.

RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998.

RESCIO G.A., *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, reperibile sul sito www.associazionepreite.it

RESCIO G.A., *Le s.r.l. con capitale ridotto (semplificate e non semplificate)*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, 2, *Società: amministrazione, scioglimento, gruppi, s.r.l., cooperative*, Torino, 2014, p. 1869 ss.

RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007.

REVIGLIONO P., *sub Art. 2468 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino G.-Bonfante G.-Cagnasso O.-Montalenti P., II, Bologna, 2004.

RICCA L., *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965.

RICCI E. F., *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1998.

RICCIARDIELLO E., *Il socio amministratore di s.r.l.*, Milano, 2008.

RICCIARDIELLO E., *L'inerenza del diritto di controllo del socio non amministratore di s.r.l. al potere gestorio*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 228 ss.

RIVOLTA G.C.M., *La partecipazione sociale*, Milano, 1965.

RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, Milano, 1982.

RIVOLTA G.C.M., *Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, p. 683 ss.

RIVOLTA G.C.M., *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, p. 517 ss.

RIVOLTA G.C.M., *La società per azioni e l'esercizio di piccole e medie imprese*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 629 ss.

RIVOLTA G.C.M., *Autonomia privata e strumenti per l'esercizio delle imprese minori*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 1274 ss.

RIZZO N., *Giudizi di valore e* «giudizi di ingiustizia», in *Europa e dir. priv.*, 2015, p.

295 ss.
ROBE M.A., *Limited Liability Rules, Financial Innovation and Capital Structure Complexity*, EFA 2002 Berlin Meetings Presented Paper.
RODOTÀ S., *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 1284 ss.
RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.
ROMANO SALV., *Abuso del diritto: c) diritto attuale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958.
ROMANO SALV., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961.
ROMANO S., *L'Ordinamento Giuridico*, Sansoni, Firenze, 1946.
RONDINONE N., *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999.
RONDINONE N., *Tecniche di coinvolgimento di* domini *e* holders *nel fallimento delle imprese eterodirette e "superamento" della spendita del nome*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 1045 ss.
ROPPO V., *Il «contatto sociale» e i rapporti contrattuali di fatto*, in M. BESSONE, *Casi e questioni di diritto privato*, V, Milano, 1993, p. 1 ss.
RORDORF R., *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2004, p. 538 ss.
RORDORF R., *Invalidità ed impugnazione delle decisioni dei soci di s.r.l.*, in *Soc.*, 2007, p. 270 ss.
RORDORF R., *Minoranza di blocco ed abuso di potere nelle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Corr. Giur.*, 2007, p. 1454 ss.
RORDORF R., *sub Art. 2377*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, vol. II, t. 1, Padova, 2010.
ROSA A., *Responsabilità limitata e partecipazione sociale nella nuova s.p.a.*, Milano, 2016.
ROSAPEPE R., *Appunti su alcuni aspetti della nuova disciplina della partecipazione sociale nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 479 ss.
ROSSI G., *Utili di bilancio, riserve e dividendi*, Milano, 1957.
ROSSI G., *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, 1967.
ROSSI G., *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *I gruppi di società*, *Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, a cura di Balzarini, Carcano e Mucciarelli, Milano, 1996, I, p. 17 ss.
ROSSI G.-STABILINI A., *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1 ss.
ROSSI L.G., *Il ruolo della controllata e la tutela del socio esterno nella nuova disciplina dei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 979 ss.
ROSSI M., *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, p. 613 ss.
ROSSI M., *Sospensione della deliberazione di modifica dello statuto di s.p.a. e abuso di maggioranza*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, p. 54 ss.
ROSSI S., *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 1060 ss.
ROSSI S., *Le crisi d'impresa*, in AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2013.
ROSSI S.-ABRIANI N.-MONTALENTI P.-MUCCIARELLI F.-SACCHI R., *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 613 ss.

ROSSI VANNINI A., *La responsabilità penale di amministratori e sindaci*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. economia*, diretta da F. Galgano, XIX, Padova, 1994, p. 313 ss.

ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 105 ss.

RUBINO DE RITIS M., *Gli apporti «spontanei» in società di capitali*, Torino, 2001.

RUFFINI E., *Il principio maggioritario*, Milano, 1987.

SACCHI R., *La prova della gratuità od onerosità dell'atto compiuto dall'insolvente*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 155 ss.

SACCHI R., *La tutela obbligatoria degli azionisti nel nuovo art. 2377 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private.* Atti del convegno di Varese, 20-21 settembre 2002, a cura di P. Benazzo-S. Patriarca-G. Presti, Milano, 2003, p. 161 ss.

SACCHI R., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 661 ss.

SACCHI R., *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, 2006, p. 155 ss.

SACCHI R., *L'interesse sociale nelle operazioni straordinarie*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli* stakeholders*. In ricordo di Pier Giusto Jaeger. Atti del convegno di Milano, 9 ottobre 2009*, Milano, 2010, p. 135 ss.

SACCHI R., *La tutela delle minoranze tra tutela indennitaria e rimedi demolitori*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, I, p. 237 ss.

SACCHI R.-VICARI A., *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da O. Cagnasso-L. Panzani, Bologna, 2010, p. 669 ss.

SACCO R., *L'ingiustizia di cui all'art 2043 c.c.*, in *Foro pad.*, 1960, p. 1422 ss.

SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1993.

SACCO R., *Sulla società di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 59 ss.

SACCO R., *L'interpretazione*, in G. Alpa, A. Guarneri, P.G. Monateri, G. Pascuzzi, R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano*, II. *Fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Tratt.. Sacco*, Torino, 1999.

SACCO R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-A. GUARNIERI-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001.

SACCO R., *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, *Aggiornamento*, 2012.

SALAFIA V., *La responsabilità civile degli amministratori*, in *Soc.*, 1993, p. 595 ss.

SALAFIA V., *I limiti della funzione omologatoria del Tribunale dopo la novella della L. n. 340*, in *Soc.*, 2001, p. 1244 ss.

SALAFIA V., *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, in *Soc*., 2005, p. 1077 ss.

SALAMONE L., *Le verifiche della valutazione semplificata del conferimento «non in contanti»*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 47 ss.

SALAMONE L., *Funzione del capitale e funzionamento del netto della società a responsabilità limitata, oggi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, p. 14 ss.

SALANITRO N., *Profili sistematici della società a responsabilità limitata*, Milano, 2005.

SALTER A.W.-VEETIL V.-WHITE L.H., *Extended shareholder liability as a means to constrain moral hazard in insured banks*, in *Quarterly Review of Economics and Finance*, 2017, v. 63, p. 153 ss.

SALVATO L., *Dalla omologazione giudiziaria alla «omologazione» notarile: profili*

problematici della nuova disciplina del controllo di legalità degli atti societari, in AA.VV., *Il controllo notarile sugli atti societari*, Milano, 2001, p. 123 ss.

SALVI C., *Abuso del diritto (diritto civile)*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988.

SALVI C., *Responsabilità extra-contrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988.

SALVI C., *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988.

SANDULLI M., *sub Art. 2380*-bis, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, I, Torino, 2003.

SANFILIPPO P.M., *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, Torino, 2000.

SANFILIPPO P.M., *sub Art. 2362 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, I, Napoli, 2004.

SANTAGATA C., *Le fusioni*, in *Fusione – Scissione. Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 7, t. 2, parte 1, Torino, 2004.

SANTAGATA R., *Il gruppo paritetico*, Torino, 1996.

SANTAGATA R., *Il gruppo cooperativo paritetico (una prima lettura dell'art. 2545 septies c.c.*), in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 524 ss.

SANTAGATA R., *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, p. 799 ss.

SANTANELLA P.-TURINI R., *Capital maintenance in the EU: is the Second Company Law Directive really that restrictive?*, in *EBOR*, 2008, p. 499 ss.

SANTINI G., *sub Art. 2472 c.c.*, in *Della società a responsabilità limitata, Art. 2472-2497*-bis, in *Commentario del codice civile*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1984.

SANTINI G., *Delle società a responsabilità limitata*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja – G. Branca, Libro V, *Del lavoro* (art. 2472 – 2497-*bis*), Bologna-Roma, 1992.

SANTONASTASO F., *La responsabilità patrimoniale dei soci*, in *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, a cura di A. Nigro, 2006.

SANTONI G., *Un preteso caso di eccesso di potere in deliberazione assembleare di s.p.a.*, in *Dir. e Giur.*, 1977, p. 776 ss.

SANTONI G., *Le decisioni dei soci nella società a responsabilità limitata*, in *Dir. e giur.*, 2003, p. 240 ss.

SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954.

SANTOSUOSSO D.U., *Il principio di libera trasferibilità delle azioni (eccesso di potere nelle modifiche della circolazione)*, Milano, 1993.

SANTOSUOSSO D.U., *Il governo dei gruppi di imprese. Ragionevolezza gestionale e adeguatezza informativa*, Milano, 1996.

SANTOSUOSSO D.U., *Il nuovo diritto societario. I principi della legge delega e le linee guida della riforma*, Milano, 2003.

SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003.

SANTOSUOSSO D.U., Covenants *finanziari: rischio d'impresa e responsabilità gestionali*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 639 ss.

SANTOSUOSSO D.U., *Gruppi di società*, nei *Dizionari di diritto privato* promossi da N. Irti, *Diritto commerciale*, a cura di N. Abriani, Milano, 2011, p. 459 ss.

SANTOSUOSSO D.U., *Responsabilità del socio di società a responsabilità limitata per gli atti di influenza amministrativa (art. 2476, 7° co., c.c.)*, in *Società, banche e crisi d'impresa.* Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, II, Torino, 2014, p. 1895 ss.

SARCONE V., *L'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla tutela della trasparenza (l. n. 190/2012 e decreti attuativi) alle società pubbliche*, in AA.VV., *Le società pubbliche nel Testo Unico*, a cura di F. Cerioni, Milano, 2017, p. 281 ss.

SATTA S., *Diritto fallimentare*, Padova, 1996.

SATTA S., *Trattatello di procedura civile*, a cura di L. Cavallaro, Milano, 2015.

SBISÀ G., *Società controllate e società collegate*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 319 ss.

SBISÀ G., *sub Art. 2497*, in G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. Sbisà, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2012.

SBISÀ G., *sub Art. 2497*-bis, in F. GALGANO-G. SBISÀ, Direzione e coordinamento di società, Bologna, 2014.

SCALISI V., *Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2004, p. 797 ss.

SCALISI V., *Illecito civile e responsabilità. Fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 657 ss.

SCANO D., *I finanziamenti dei soci nella s.r.l. e l'art. 2467 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 879 ss.

SCANO D., *I finanziamenti dei soci*, in *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, a cura di F. Farina-C. Ibba-G. Racugno-A. Serra, Milano, 2004, p. 377 ss.

SCHALL A., *Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz. Grund und Grenzen der Haftungsbeschränkung nach Kapitaldebatte, MoMiG und Trihotel*, München, 2009.

SCHIUMA L., *Governo societario ed esercizio del diritto di voto*, in *Governo societario ed esercizio del diritto di voto*, a cura di L. Schiuma, 2015, p. 1 ss.

SCHLESINGER P., *Appunti in tema di invalidità delle deliberazioni assembleari delle società azionarie dopo la riforma del 2003*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 567 ss.

SCHMIDT K., *Insolvenzrisiko und gesellschaftsrechtliche Haftung*, in *JZ*, 1985, p. 301 ss.

SCHMIDT K., *Gesellschaftsrecht*, Heymanns Verlag, 2002.

SCHMIDT K., *Normzweke und Zurechnungsfragen im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Grundfragen zur Neufassung der §§ 39, 135 InsO durch das MoMiG*, in *GmbHR*, 2009, p. 1009 ss.

SCHRODER W., *Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG. Gesellschafterforderungen in der Insolvenz nach neuem Recht*, Köln, 2012, p. 282 ss.

SCHUBEL C., *Verbandssouveränität und Binnenorganisation der Handelsgesellschaften*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.

SCIALOJA V., *Aemulatio*, in *Enc. giur. it.*, XIII, p. 439 ss., rist. in V. SCIALOJA, *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, 1932.

SCIOLTI F., in *Diritto penale commerciale. I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, Milano, 2004.

SCIUTO M., *L'interpretazione dell'atto costitutivo di società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 277 ss.

SCIUTO M., *I finanziamenti dei soci nell'art. 2467 c.c. e nell'art. 182* quater *l. fall.*, in *Dir. banc. mer. fin.*, 2011, I, p. 54 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *L'abuso del diritto nella disciplina dei contratti*, in *Libro*

dell'anno del diritto 2013, in *Enc. dir. Treccani*, 2014, p. 33 ss.
SCOGNAMIGLIO G., *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 365 ss.
SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996.
SCOGNAMIGLIO G., *Gruppi bancari e non: legge ed autonomia privata nella configurazione del modello organizzativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 693 ss.
SCOGNAMIGLIO G., *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in AA.VV., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, p. 187 ss.
SCOGNAMIGLIO G., *La nuova s.r.l. e i gruppi di società*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 327 ss.
SCOGNAMIGLIO G., *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, p. 947 ss.
SCOGNAMIGLIO G., *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 757 ss.
SCOGNAMIGLIO G., *I gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto commerciale*, Milano, Monduzzi Editore, 2010, p. 477 ss.
SCOGNAMIGLIO G., *Interesse sociale e interesse di gruppo*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli* Stakeholders, Milano, 2010, p. 127 ss.
SCOGNAMIGLIO G., *"Clausole generali", Principi di diritto e Disciplina dei Gruppi di società*, 2013, in www.orizzontideldirittocommerciale.it.
SCOGNAMIGLIO G., *Profili della tutela dei creditori nei gruppi di società, a dieci anni dalla riforma*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2015, p. 297 ss.
SCOGNAMIGLIO G.-ANGELICI C.-MONTALENTI P., Interventi al seminario su *Voto maggiorato, voto plurimo e modifiche all'OPA*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 211 ss.
SENA G., *Contratto di società e comunione di scopo*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 730 ss.
SENA G., *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 43 ss.
SENA G., *Il voto nell'assemblea della società per azioni*, Torino, 1961.
SERAFINI S., *L'azione sociale di responsabilità e la responsabilità verso i creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 849 ss.
SERAFINI S., *Responsabilità degli amministratori e interessi protetti*, Milano, 2013.
SERRA A., *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, 1980.
SERRA A., *L'assemblea: procedimento*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 3*, Torino, 1994.
SIEMS M., *With great power comes great responsibility: ideal and real types of shareholders*, in H. S. BIRKMOSE, *Shareholder's duties*, Kluwer Law International, 2017, p. 69 ss.
SIMONETTO E., *Fideiussione prestata da una società per un'altra società formata dagli stessi soci*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, II, p. 250 ss.

SIMONETTO E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959.
SIMONETTO E., *Società, contratto a prestazioni corrispettive e dividendo come frutto civile*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1962, I, p. 487 ss.
SIMONETTO E., *Dividendi e acconti dividendo nella società per azioni*, Padova, 1963.
SODI J., *I versamenti in conto capitale nella prassi: differenti caratteristiche ed atteggiamento della giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 39 ss.
SOMMA A., *La buona fede ausiliaria del programma contrattuale*, in A. D'ANGELO-P.G. MONATERI-A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale*, Torino, 2005, p. 1 ss.
SPADA P., *La tipicità delle società*, Padova, 1974.
SPADA P., *Reintegrazione del capitale reale senza operare sul nominale*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 36 ss.
SPADA P., *Dalla nozione al tipo delle società per azioni,* in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 95 ss.
SPADA P., *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 233 ss.
SPADA P., *L'alienazione del governo della società per azioni (contributo alla costruzione di un modello conoscitivo)*, in *I gruppi di società*, *Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli, III, Milano, 1996, p. 2175 ss.
SPADA P., *Tipologie di società e società di persone*, in *Le disposizioni generali sulle società e le società di persone: prospettive di riforma. Atti del convegno di studio. Lecce, 27-28 ottobre 2000*, a cura di N. Rocco di Torrepadula.
SPADA P., *L'amministrazione nella società a responsabilità limitata dopo la riforma organica del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003.
SPADA P., *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla "nuova" società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 489 ss.
SPADA P., *Diritto commerciale. II. Elementi*, Padova, 2006.
SPADA P., *L'amministrazione «arbitrata»*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, I, Torino, 2006, p. 257 ss.
SPADA P., *Diritto commerciale, I*, *Parte generale. Storia, lessico, istituti*, Padova, 2009.
SPADA P., *Patrimonio aziendale ed interposizione nell'esercizio dell'impresa, oggi*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2014, p. 27 ss.
SPADA P.-SCIUTO M., *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, *Tipo – Costituzione – Nullità*, 1*, Torino, 2004, p. 1 ss.
SPAGNUOLO D., *sub Art. 2377*, in *La riforma delle società. Società per azioni*, a cura di M. Sandulli-V. Santoro, I, Torino, 2003.
SPANO E., *Prime riflessioni sulla nuova s.r.l.*, in *Soc.*, 2003, p. 1184 ss.
SPERANZIN M., *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2004.
SPINDLER E., *Die Entwicklung der Satzungsfreiheit und Satzungsstrenge im deutschen Aktienrecht*, in *Aktienrecht im Wandel*, II, a cura di W. Bayer-M. Habersack, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 995 ss.
SPIOTTA M., *Società di fatto o «del fatto compiuto»?*, in *Giur. comm.*, 2013, II p. 438 ss.

SPOLIDORO M.S., *Il capitale sociale*, in *Il diritto delle società per azioni. Problemi, esperienze, progetti*, a cura di P. Abbadessa e A. Rojo, Milano, 1993, p. 59 ss.
SPOLIDORO M.S., *Capitale sociale*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 195 ss.
SPOLIDORO M.S., *Sul capitale delle società di persone*, in *Riv. soc.*, 2001, I, p. 790 ss.
SPOLIDORO M.S., *Fusioni pericolose (merger leveraged buy out*), in *Riv. soc.*, 2004, p. 229 ss.
SPOLIDORO M.S., *La tutela dei soci di minoranza e dei creditori della* holding *nella nuova disciplina delle società di capitali*, in *Diritto commerciale. Società. Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, 3, Milano, 2005, p. 3897 ss.
SPOLIDORO M.S., *Legalismo e tutela dei diritti:* leveraged buy out *e* leveraged cash out *nel diritto delle società*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 1035 ss.
SPOLIDORO M.S., *Una società a responsabilità da tre soldi (o da un euro?)*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 1085 ss.
SPOLIDORO M.S., *Il voto plurimo: i sistemi europei*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 134 ss.
SPOLIDORO M.S., *La parziale liberalizzazione della disciplina del capitale*, in *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia 13-14 novembre 2015*, Milano, 2016, p. 205 ss.
SPOLIDORO M.S., *Apologia delle riserve targate e degli accordi di targatura delle riserve*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, p. 1 ss.
SRAFFA A.-BONFANTE P., *Società in nome collettivo fra società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, p. 609 ss.
STAGNO D'ALCONTRES A., *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, 2006, p. 191 ss.
STANGHELLINI L., *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano, 1997.
STANGHELLINI L., *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1041 ss.
STANGHELLINI L., *Il credito «irresponsabile» alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Soc.*, 2007, p. 395 ss.
STANGHELLINI L., *La crisi d'impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007.
STANGHELLINI L., *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, p. 1346 ss.
STANGHELLINI L., *Director's duties and the optimal timing of insolvency. A reassessment of the "recapitalize or liquidate" rule*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, diretto da P. Benazzo-M. Cera-S. Patriarca, Torino, 2011, p. 761 ss.
STELLA RICHTER G., *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 165 ss.
STELLA RICHTER JR. M., *Collegamento e raggruppamento delle azioni di società*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, p. 385 ss.
STELLA RICHTER JR. M., "*Trasferimento del controllo" e rapporti tra soci*, Milano, 1996.
STELLA RICHTER JR. M., *Di alcune implicazioni sistematiche della introduzione di una nuova disciplina per la società a responsabilità limitata*, in *Giust. civ.*, II, 2004, p. 11 ss.
STELLA RICHTER JR. M., *Titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, in

Riv. soc., 2005, p. 987 ss.
STELLA RICHTER JR. M., *Disposizioni generali. Conferimenti. Quote*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2012, p. 294 ss.
STELLA RICHTER JR. M., *La società a responsabilità limitata. Disposizioni generali. Conferimenti. Quote*, in Aa.Vv., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2012, p. 287 ss.
STELLA RICHTER JR. M., *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, in *Riv. soc.*, 2017, p. 283 ss.
STELLA RICHTER P., *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970.
STOLFI C., *Le società multinazionli nel diritto comunitario*, Milano, 1984.
STRAMPELLI G., *Distribuzioni ai soci e tutela dei creditori. L'effetto degli IAS/IFRS*, Torino, 2009.
STRAMPELLI G., *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 605 ss.
TANTINI G., *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, Padova, 1980.
TANTINI G., *I «versamenti in conto capitale» tra conferimenti e prestiti*, Milano, 1990.
TANTINI G., *I versamenti dei soci alla società*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 2004, 1***, p. 745 ss.
TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, v. I, t. 2, Milano, 1980.
TASSINARI F., *La rappresentanza nelle società di persone*, Milano, 1993.
TASSINARI F., *Sottocapitalizzazione della società di capitali e riforma del diritto societario*, in Aa.Vv., «Corporate governance» *e nuovo diritto societario. Aspetti di diritto commerciale e americano e riforma delle società*, Milano, 2003.
TASSINARI F., *Il finanziamento della società mediante mezzi diversi dal conferimento*, in C. CACCAVALE-F. MAGLIULO-M. MALTONI-F. TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2007, p. 151 ss.
TASSINARI F., *sub Art. 2364*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, v. II, t. I, Padova, 2010.
TEDESCHI C., *"Potere di orientamento dei soci" nelle società per azioni*, Milano, 2005.
TERRANOVA G., *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni, in Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, p. 109 ss.
TERRANOVA G., *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, Torino, 2013.
TERRANOVA G., *sub Art. 2467 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, III, Napoli, 2004.
TETI R., *Il capitale nominale e l'ordinamento delle società azionarie*, Napoli, 1986.
THIENE A., *Nuovi percorsi della responsabilità civile. Dalla condotta allo* status, Padova, 2006.
THIESSEN J., *Gesellschafterfremdfinanzierung nach dem MoMiG. Bestandsaufnahme und Perspektive*, in *ZGR*, 2015, p. 396 ss.
THOMPSON R.B., *The case for iterative statutory reform: appraisal and the Model Act*, in http://ssrn.com/abstract=1702293, 2010.
TINA A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008.
TOMBARI U., *Il gruppo di società*, Torino, 1997.

TOMBARI U., *Il conflitto di interessi degli amministratori in una "società per azioni appartenente ad un gruppo". Prime considerazioni alla luce della riforma del diritto societario*, relazione al Convegno "Verso il nuovo diritto societario dubbi e attese" organizzato dal Consiglio Notarile Distrettuale di Firenze – Comitato regionale notarile toscano – in collaborazione con la Fondazione Cesifin Alberto Predieri, Firenze, 16 novembre 2002, in www.notarlex.it.

TOMBARI U., *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 61 ss.

TOMBARI U., *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione dell'attività d'impresa"*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 185 ss.

TOMBARI U., *"Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, I, Torino, 2007, p. 553 ss.

TOMBARI U., *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata (Appunti in tema di* Corporate Governance *e gruppi di società)*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 122 ss.

TOMBARI U., *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010.

TOMBARI U., *Crisi d'impresa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" delle società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 631 ss.

TOMBARI U., *La responsabilità dei soci*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe Portale*, Milano, 2011, p. 717 ss.

TOMBARI U., *Principi e problemi di diritto societario della crisi*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 1138 ss.

TOMBARI U., *Diritto societario e crisi d'impresa*, a cura di U. Tombari, Torino, 2014.

TOMBARI U., *La tutela dei soci nel gruppo di società*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, p. 115 ss.

TOMEI G., *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.,* XXIV, Milano, 1974.

TONELLO M., *Il contratto di dominio nei gruppi di società: e se ne ritentassimo l'esame di meritevolezza?*, in *Contr. e impr.*, 1995, p. 1078 ss.

TOSCHI VESPASIANI F., *La partecipazione della s.p.a. in altre imprese comportante responsabilità illimitata*, in *Soc.*, 2004, p. 1076 ss.

TRIMARCHI P., *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958.

TRIMARCHI P., *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio del diritto di credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 223 ss.

TRIMARCHI P., *Invalidità delle deliberazioni dell'assemblea*, in *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, a cura di M. Vietti, Milano, 2014, p. 47 ss.

TRONCI L., *Le riserve "targate" tra diritto e ragioneria*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 1124 ss.

TUCCI A., *Il fallimento della società di fatto fra società di capitali*, in *RDS*, 2016, p. 569 ss.

TULLIO L., *Eccezione di abuso e funzione negoziale*, Napoli, 2005.

URICCHIO A.F., *Introduzione*, in *La dimensione promozionale del fisco*, a cura di A.F. Uricchio, M. Aulenta, G. Selicato, Bari, 2015.

VALZER A., *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco* Campobasso,

diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2007, III, p. 850 ss.
VALZER A., *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011.
VALZER A., *Abuso di eterodirezione e regimi di responsabilità. La recente giurisprudenza del Tribunale di Milano*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, p. 3 ss.
VALZER A., *sub Art. 2497*, in *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, t. II, Milano, 2016.
VAN ZWIETEN K., *Director liability in insolvency and its vicinity: West Mercia Safetywear Ltd v Dodd revisited*, disponibile al link https://ssrn.com/abstract=2970913, 2017.
VASSALLI F., *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973.
VASSALLI F., *Sottocapitalizzazione della società e finanziamenti dei soci*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, p. 261 ss.
VATTERMOLI D., *La subordinazione equitativa (Equitable Subordination)*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 1401 ss.
VATTERMOLI D., *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012.
VELLA F., *Diritto societario e modelli di sviluppo delle PMI*, ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, in *Verso un nuovo diritto societario. Contributi per un dibattito*, Bologna, 2002.
VENTORUZZO M., *sub Art. 2391*, in *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2005.
VENTORUZZO M., *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 629 ss.
VENTORUZZO M., *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 363 ss.
VERRUCOLI P., *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella «common Law» e nella «civil Law»*, Milano, 1964.
VERSE D.A., *Shareholder loans in corporate insolvency – A new approach to an old problem*, in *German Law Journal*, 2008, p. 1109 ss.
VESSIA F., *Acquisto di partecipazioni da parte di società di capitali in società di persone: la tutela dei creditori della società partecipante tra revocatoria e patrimonio destinato*, in *Riv. not.*, 2011, p. 107 ss. ed in *Studi in Onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, vol. I, p. 879 ss.
VESSIA F., *Tutela cautelare d'urgenza, obblighi di contrarre e competenza giurisdizionale nell'abuso di dipendenza economica*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 1293 ss.
VESSIA F., *La partecipazione all'atto costitutivo di soggetti diversi dalle persone fisiche*, in *Trattato sulle società di persone*, a cura di C. A. Busi-F. Preite, Cap. VI, vol. I, Torino, 2015, p. 1165 ss.
VESSIA F., *Società in nome collettivo partecipate da persone giuridiche*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, p. 547 ss.
VESSIA F., *La responsabilità per la gestione nelle società di persone*, Napoli, 2017.
VETTER J., in *Aktiengesetz Kommentar*, a cura di K. Schmidt e M. Lutter, Köln, 2010, §311, Rn. 6
VETTORI G, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 751 ss.
VICARI A., *Progetto di fusione e approvazione dell'assemblea dei soci*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 379 ss.

VICARI A., *L'assistenza finanziaria per l'acquisto del controllo delle società di capitali*, Milano, 2006.
VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore*, in *Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1987.
VISENTINI G., *Disciplina delle società e legislazione bancaria. Autonomia privata e funzione*, Milano, 1971.
VITALE P., *Socio "finanziatore abituale" della società, pretesa "attività intermediaria nella circolazione dei crediti", e "impresa fiancheggiatrice"*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, II, p. 468 ss.
VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, II, Milano, 1923.
WARREN E., *The law of debtors and creditors*, New York 2009.
WEDEMANN F., *Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften*, Tübingen, 2013.
WEIGMANN R., *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974.
WEIGMANN R., *Le società unipersonali, esperienze positive e prospettive di diritto uniforme*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 831 ss.
WEIGMANN R., *"Società per azioni"*, in *Digesto Disc. Priv., Sez. comm.*, XIV, Torino 1997.
WEIGMANN R., *Problemi e prospettive del diritto societario italiano*, intervento al convegno *Diritto societario e competitività in Italia e in Germania*, in *Quaderni di ricerca giuridica – Banca d'Italia*, 2003.
WEIGMANN R., *I doveri di collaborazione degli azionisti*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli* stakeholders, Atti del convegno di Milano, 9 ottobre 2009, Milano, 2010, p. 63 ss.
WIEDEMANN H., *Gesellschaftsrecht*, I, Beck, 1980.
WILLIAMSON O.E., *Markets and hierarchies: Analysis and Antitrust Implications,* New York, 1975, Trad. it. *Le istituzioni economiche del capitalismo, Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Milano, 1986.
WILLIAMSON O.E.- WINTER S.G., *The Nature of the Firm*, New York-Oxford, 1993.
WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1875.
ZAGREBELSKY G., *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, I, Torino, 1988.
ZANARDO A., *L'estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. per* mala gestio *ai soci cogestori: luci e ombre della disciplina dell'art. 2476, comma 7, c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 498 ss.
ZANARONE G., *La clausola di amministrazione disgiuntiva nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 90 ss.
ZANARONE G., *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, VIII, Padova, 1985.
ZANARONE G., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, t. 2, III, Torino, 1993, p. 258 ss.
ZANARONE G., *S.r.l. contro s.p.a. nella legislazione recente*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 41 ss.
ZANARONE G., *Introduzione alla disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 58 ss.
ZANARONE G., *La nuova s.r.l. tra società di persone e società di capitali*, in *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003.
ZANARONE G., *La tutela dei soci di minoranza nella nuova s.r.l.*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova,

2004, p. 344 ss.

ZANARONE G., *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, I, Torino, 2007, p. 57 ss.

ZANARONE G., *Della società a responsabilità limitata*, in *Commentario Schlesinger*, tt. I-II, Milano, 2010.

ZICCARDI F., *L'induzione all'inadempimento*, Milano, 1979.

ZÖLLNER W., *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, München u. Berlin, 1963.

ZOPPINI A., *La nuova disciplina dei finanziamenti dei soci nelle società a responsabilità limitata e i prestiti provenienti da "terzi" (con particolare riguardo alle società fiduciarie)*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 426 ss.

ZOPPINI A., *Intestazione fiduciaria e responsabilità per gli atti di eterodirezione (art. 2476, comma 7°, c.c.)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, p. 573 ss.

ZORZI N., *L'abuso della personalità giuridica – tecniche sanzionatorie a confronto*, Padova, 2002.