

RIVISTA
DEL
DIRITTO COMMERCIALE

E DEL DIRITTO GENERALE DELLE OBBLIGAZIONI

Sede della Direzione
Prof. Carlo Angelici - Via Savoia, 72 - 00198 Roma
Tel. (06) 8547239

Sede della Redazione
Prof. Giuseppe Guizzi - Piazza dell'Emporio, 16/A - 00153 Roma
Tel. (06) 5745355

Sede dell'Amministrazione
Piccin Nuova Libreria S.p.A. - Via Altinate, 107 - 35121 Padova

**Manoscritti, bozze, libri per recensione, riviste in cambio
e corrispondenza di carattere scientifico devono essere indirizzati alla
sede della redazione**

**Proposte di pubblicazione possono essere inviate per e-mail a:
redazione@rivistadeldirittocommerciale.com**

I Collaboratori riceveranno, gratuitamente, 50 copie di estratti in omaggio.
Estratti in più a loro carico, purché richiesti al ritorno delle bozze corrette.

PREZZI D'ABBONAMENTO

	Per l'Italia €	Per l'estero €
Abbonamento annuo	140,00	210.00
Un numero separato	42,00	57.00
Indice ventennale 1903-22	31,00	65.00
Indice decennale 1923-32	31,00	65.00
Indice ventennale 1933-52	31,00	65.00

L'IVA è assolta dall'Editore sugli abbonamenti, nonché sui fascicoli separati ed è condensata nel prezzo di vendita, a norma dell'art. 74 lett. C) D.P.R. 26/10/72 n. 633, del D.M. 28/12/72 e del D.M. 29/12/89.

La Rivista, divisa in due parti, esce trimestralmente con una mole complessiva annua di circa 1.000 pagine.

Gli abbonamenti si possono versare sul c/c N. 16877359.

I reclami per smarrimenti devono essere diretti all'Amministrazione entro un mese dalla data di ricezione del numero successivo. In caso diverso i fascicoli richiesti verranno spediti soltanto contro rimessa anticipata del loro importo. - Gli abbonamenti che non vengono disdet- ti alla scadenza con lettera raccomandata alla Casa Editrice si intendono tacitamente rinnovati. L'abbonamento importa elezione di domicilio in Padova.

LA RIVISTA ON-LINE

www.rivistadeldirittocommerciale.com

**Disponibile portale telematico interattivo con i contenuti informatizzati di
oltre 260 numeri delle annate a partire dal 1950 ad oggi,
aggiornati in tempo reale, con motore di ricerca "full text".**

Per maggiori informazioni consultare il sito

Rigorosamente riservata la proprietà letteraria per ogni articolo o nota. - Autorizz. del Tribunale di Padova N. 1106 del 18 gennaio 1989 del registro. - Prop.: Piccin Nuova Libreria S.p.A., Via Altinate 107, Padova. Stampa: Grafica 10, Città di Castello (Pg).

Direttore responsabile: Prof. CARLO ANGELICI

COD. R24150102

ANNO CXIII, 2015

N. 2

CXIII, 2015 N. 2

RIVISTA DEL DIRITTO COMMERCIALE

RIVISTA
DEL
DIRITTO COMMERCIALE
E DEL DIRITTO GENERALE DELLE OBBLIGAZIONI

FONDATORI

ANGELO SRAFFA E CESARE VIVANTE

DIRETTORI

C. ANGELICI
Ord. dell'Univ. di Roma

G. B. FERRI
Emerito dell'Univ. di Roma

A. GAMBINO
Emerito dell'Univ. di Roma

G. GUIZZI
Ord. dell'Univ. di Napoli

G.B. PORTALE
Emerito dell'Univ. Cattolica di Milano

P. RESCIGNO
Emerito dell'Univ. di Roma

ANNO CXIII (2015)

PICCIN

SOMMARIO
del fascicolo 2, 2015

PARTE PRIMA

G. TERRANOVA, <i>I principi e il diritto commerciale</i>	183
E. GABRIELLI, <i>Profili e questioni su accertamento dei crediti e misure di prevenzione antimafia</i>	225
D. CARUSI, <i>Proposizione in via subordinata dell'azione di arricchimento, autorità del precedente giudiziale e stile delle sentenze</i> ..	247
A. PACIELLO, <i>Riflessioni a proposito della continuità aziendale</i> ...	283
V. CARIELLO, <i>Osservazioni preliminari sull'argomentazione e sull'interpretazione "orientate alle conseguenze" e il "vincolo del diritto positivo per il giurista"</i>	309
O. PESCE, <i>Natura e assetto proprietario delle banche centrali. Una storia italiana</i>	345

PARTE SECONDA – OSSERVATORIO, VARIETÀ

C. ANGELICI, <i>In tema di "Socio Pubblico"</i>	175
F. CUCCU, <i>I limiti ai compensi degli amministratori di società pubbliche tra istanze moralizzatrici ed esigenze di efficienza</i> . 191	
G. FERRI jr, <i>L'attualità del pensiero giuridico di Alessandro Graziani. Graziani commercialista</i>	219
G. GUIZZI, <i>Alessandro Graziani e il diritto della navigazione</i>	231
P. PETTITI, <i>I "nuovi" sindaci e la loro remunerazione</i>	241
D. STICCHI, <i>L'usura bancaria e i limiti del prevalente orientamento della giurisprudenza in tema di C.M.S.</i>	255
L. HERNANDO CEBRIÁ, <i>Fundamentos de los pactos y de las obligaciones de no competencia en las compraventas de participaciones sociales: experiencia italiana y reforma del derecho español</i>	299

Giurisprudenza commentata

M. CIAN, <i>La mistificazione del carattere vincolante della delibera assembleare: ancora su decisione di rigetto, impugnazione, azione risarcitoria</i> (nota a Corte d'Appello di Catania, 21 luglio 2014)	340
L. BENEDETTI, <i>La legittimazione attiva e passiva all'azione risarcitoria ex art. 2497, 1 co., c.c.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione</i> (nota a Tribunale di Milano, 20 dicembre 2013).....	362

MASSIMARIO
del fascicolo 2, 2015

SOCIETÀ. Società di capitali. Direzione e coordinamento di società. Azione di responsabilità <i>ex art.</i> 2497 c.c. Legittimazione attiva della società eterodiretta. Sussistenza. TRIBUNALE MILANO, 20 dicembre 2013 (con nota di L. BENEDETTI)	355
SOCIETÀ. Società di capitali. Direzione e coordinamento di società. Azione di responsabilità <i>ex art.</i> 2497 c.c. Legittimazione passiva della persona fisica che eserciti l'effettivo potere di direzione e coordinamento. Sussistenza. TRIBUNALE MILANO, 20 dicembre 2013 (con nota di L. BENEDETTI)	355
SOCIETÀ. Società di capitali. Assemblea. Rigetto della proposta messa in votazione. Impugnazione della delibera negativa. Ammissibilità. APPELLO CATANIA, 21 luglio 2014 (con nota di M. CIAN)	329
SOCIETÀ. Società di capitali. Delibera negativa. Reiterato e immotivato rifiuto dell'approvazione del bilancio. Configurabilità del vizio di abuso quale causa di invalidità della delibera. Sussistenza. Condizioni. APPELLO CATANIA, 21 luglio 2014 (con nota di M. CIAN)	329
SOCIETÀ. Società di capitali. Deliberazione assembleare. Azione di risarcimento del danno da delibera abusiva proposta in assenza di una contestuale impugnazione della delibera. Inammissibilità. APPELLO CATANIA, 21 luglio 2014 (con nota di M. CIAN)	329

(1-2) La legittimazione attiva e passiva all'azione risarcitoria ex art. 2497, 1 co., c.c.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione

SOMMARIO: 1. La conferma giurisprudenziale di un'intuizione: la persona fisica holding risponde per eterodirezione abusiva ai sensi del 1 comma dell'art. 2497 c.c. – 2. Gli argomenti a favore della responsabilità ex art. 2497, 1 co., c.c. della capogruppo personale. – 3. Segue. L'interpretazione costituzionalmente orientata. – 4. L'esistenza di una lacuna in relazione alla fattispecie della responsabilità da eterodirezione della capogruppo personale. – 5. L'inutilizzabilità dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. – 6. Perseguibilità ai sensi dell'art. 2497, 2 co., ult. parte c.c. Critica. – 7. L'inutilizzabilità delle clausole generali di responsabilità. La responsabilità aquiliana verso i soci. – 8. Segue. La responsabilità aquiliana verso i creditori della dominata. – 9. La responsabilità ex art. 1218 c.c. – 10. La possibile sussistenza della violazione dell'art. 24 Cost. – 11. La letteratura in positivo dell'art. 2497, 1 co., c.c. – 12. Conclusioni sul ricorso a norme diverse dall'art. 2497, 1 co., c.c. per disciplinare la responsabilità della persona fisica-holding. – 13. Esistenza dei presupposti per l'estensione l'analoga dell'art. 2497, 1 co., c.c. – 14. Il rilievo dell'art. 19 del c.d. decreto "Salva Alitalia" – 15. Esiste la legittimazione attiva della società dominata ad esperire l'azione di responsabilità ex art. 2497, 1 co., c.c.? – 16. Tentativo di giustificare in base alle categorie civilistiche la mancata esplicita previsione della legittimazione ad agire per il risarcimento del danno della società dominata. – 17. Argomenti a favore dell'esistenza del diritto al risarcimento del danno della società eterodiretta.

1. In un'importante ed articolata ordinanza – pronunciata sulla richiesta di sequestro conservativo dei beni dei membri della famiglia Ligresti, nell'ambito del giudizio intentato nei loro confronti da varie società del gruppo ad essi facente capo, per far valere responsabilità aventi diversi titoli, fra cui anche l'attività di direzione e coordina-

mento abusiva – il tribunale di Milano ha affrontato la questione della responsabilità della *holding* persona fisica. Com'è noto, mentre la prima versione dell'art. 2497 c.c., contenuta nello schema approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002 (1), induceva a ritenere che anche un individuo potesse esercitare l'attività di direzione e coordinamento e, di conseguenza, risultare responsabile per il danno arrecato ai soci esterni o ai creditori della società eterodiretta (2); la disposizione divenuta legge – modificata poco prima della sua entrata in vigore – restringe, invece, letteralmente, il novero dei legittimati passivi all'azione lì disciplinata ai soli enti collettivi – società, associazioni, fondazioni, enti pubblici –, escludendone i singoli individui. Il problema che la disposizione vigente pone all'interprete è, pertanto, verificare quale debba essere la disciplina da applicare all'attività di direzione e coordinamento contraria ai principi di correttezza societaria ed imprenditoriale, quando esercitata da questi ultimi.

Il provvedimento in esame ha ammesso la responsabilità per eterodirezione abusiva della capogruppo individuale ai sensi dell'art. 2497, 1 co., c.c., estendendo quest'ultimo analogicamente in base alla sua interpretazione costituzionalmente orientata. Esso quindi recepisce la soluzione al problema della responsabilità della capogruppo individuale, che chi scrive ha suggerito in uno scritto precedente al quale si rinvia per la compiuta illustrazione dell'*iter* argomentativo che conduce ad una simile conclusione (3).

(1) Il tenore originario del 1 comma dell'articolo in commento era dunque il seguente: "Chi, esercitando a qualunque titolo, attività di direzione e coordinamento di società ...".

(2) Sul punto la dottrina è concorde: v. M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 2003, p. 332; G. SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 599.

(3) Si tratta di un orientamento che va ormai affermandosi in giurisprudenza: v. Trib. Roma, 21 novembre 2011 e Trib. Nola, 23 maggio 2013, entrambe consultabili su *ilcaso.it*. Un simile esito a livello giurisprudenziale, a dispetto del tentativo del legislatore storico di limitare la portata precettiva dell'art. 2497, 1 co., c.c. ai soli enti collettivi tramite la sostituzione del pronome "chi" con i sostantivi "società o enti" era peraltro già stato previsto da due autorevoli componenti della commissione occupatasi di predisporre il progetto di riforma del diritto societario: v. C. ANGELICI nella riunione plenaria dell'8 ottobre 2003 e A. GAMBINO nella riunione plenaria del 17 dicembre 2002 per i quali sia consentito rinviare a L. BENEDETTI, *La responsabilità aggiuntiva ex art. 2497, 2 co., c.c.*, Milano, 2012, p. 263 ss.

2. Come accennato, il tribunale di Milano è stato investito di una controversia – concernente la concessione di un provvedimento cautelare *ex art.* 671 c.p.c. – non integrante esattamente gli estremi della previsione *ex art.* 2497, 1 co., c.c., poiché nel caso concreto ad agire in responsabilità verso i componenti della famiglia Ligresti in qualità di capogruppo individuali sono stati non i soci o i creditori delle società eterodirette, bensì queste ultime. Per questo motivo, l'organo giudicante ha concluso che “è configurabile, richiamando i principi generali (artt. 1218, 1223, 2043 c.c.), la diretta responsabilità delle persone fisiche esercenti attività di direzione e coordinamento *verso la società eterodiretta* per i danni provocati al suo patrimonio dall'esercizio illegittimo di tale attività, quando essa sia esercitata professionalmente, stabilmente e con adeguato impiego di mezzi” (corsivi aggiunti).

Ciononostante, la pronuncia in esame sembra costituire un importante precedente anche al fine di determinare la disciplina a cui assoggettare la responsabilità della persona fisica-*holding* nei confronti dei soggetti menzionati quali danneggiati dall'attività di direzione e coordinamento nell'art. 2497, 1 co., c.c. Nella motivazione, infatti, l'organo giudicante propone due argomentazioni certamente suscettibili di fondare la legittimazione attiva all'azione risarcitoria per abuso di direzione e coordinamento in generale.

In primo luogo, il tenore letterale di tale disposizione è stato ritenuto meno univoco di come lo ha interpretato quella dottrina, largamente maggioritaria, che desume da esso l'espressa esclusione normativa della capogruppo individuale dai legittimati passivi all'azione di responsabilità lì disciplinata. Il tribunale ha rilevato, infatti, che, nonostante sia stato espunto il pronome “chi” nella versione definitiva dell'art. 2497, 1 co., c.c., residua comunque “la possibilità di ricondurre la persona fisica nel novero degli enti, intendendo questo sostantivo in senso ampio siccome dalla legge non ulteriormente qualificato ed essendo indubbiamente anche la persona fisica un ente (= soggetto) giuridico, in quanto dotato di capacità giuridica”. Si tratta di un argomento tratto dallo spunto rintracciabile nella tradizione civilistica, secondo il quale il concetto di “ente” comprende tanto le persone fisiche quanto quelle giuridiche (4). Tuttavia, esso non risulta certamente decisivo a risolvere la questione in esame, stante *i)* l'ambiguità semantica del termine su cui si è appuntata l'attenzione del giudice *ii)* la volontà del legislatore

(4) V. F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, in *Trattato Vassalli*, 1956, p. 7 ove si legge che le persone fisiche sono “*enti* naturali, corporali, dotati di intelletto...mentre le persone giuridiche sono enti creati dall'ordinamento giuridico”:

storico di restringere, rispetto alla versione iniziale, il novero dei soggetti responsabili ai sensi del 1 comma dell'art. 2497 c.c., eliminando il pronome "chi"; *iii*) l'interpretazione autentica che dell'art. 2497, 1 co., c.c. fornisce l'art. 19 comma 6 d.l. n. 1.7.2009 n. 78 (convertito con modificazioni dalla l. n. 102 del 3.8.2009 (c.d. decreto "Salva Alitalia")), ove si dispone che la disposizione "si interpreta nel senso che per *enti* si intendono i *soggetti giuridici collettivi*, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria" (corsivi aggiunti).

3. La decisione in commento ha ammesso l'applicazione analogica dell'art. 2497, 1 co., c.c. alla capogruppo personale, ricorrendo al canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata della legge. Più precisamente, si è ritenuto di dover estendere in via interpretativa la norma di apertura del capo IX all'individuo che eserciti attività di direzione e coordinamento abusiva, poiché altrimenti si incorrerebbe in un'applicazione della disposizione contraria agli artt. 3 e 24 della Costituzione.

Questo principio è enunciato nel provvedimento in esame in modo inequivocabile, ma con una motivazione estremamente sintetica, in conseguenza del fatto che nel caso di specie il giudice è stato chiamato a pronunciarsi su una richiesta di sequestro cautelare, rispetto alla quale l'esame della responsabilità da direzione unitaria dei membri della famiglia Ligresti acquista rilievo solo al fine dell'accertamento dell'esistenza del *fumus boni iuris* per la concessione del provvedimento ex art. 671 c.p.c. È pertanto opportuno richiamare brevemente l'*iter* argomentativo che si è altrove sviluppato per fondare una conclusione analoga a quella accolta dal giudice milanese.

4. L'ipotesi della capogruppo individuale costituisce certamente una fattispecie astratta giuridicamente rilevante (5). Prova ne sia il fatto che – esiste un'espressa previsione normativa relativa alla capogruppo personale: l'art. 80, 2 co., l. 270/1999 (6);

(5) Per la necessità di riscontrare la mancanza di una norma con riferimento ad una fattispecie rilevante al fine di individuare una lacuna dell'ordinamento v. P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, p. 188. Per l'elencazione degli indici di rilevanza giuridica della fattispecie della capogruppo personale, ricavabili adattando ad essa il pensiero dell'autore appena cit. sia consentito rinviare a L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit. 204 nt. 51.

(6) A. PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*,

– l'art. 2497 *sexies*, c.c., pur letteralmente riferito solo alla “società o ente” indica che, nella normalità delle ipotesi, l'attività di eterodirezione si fonda sul controllo *ex art.* 2359 c.c. (7). Questo può senz'altro essere imputato anche ad un imprenditore persona fisica (8). Ne consegue la configurabilità di una fattispecie concreta nella quale un individuo eserciti le prerogative della *holding* in forza del controllo su una pluralità di società (9). D'altro canto, sempre in merito alla fonte del potere di direzione e coordinamento, sembra particolarmente arduo giustificare giuridicamente che l'accordo di dominazione al quale pare far riferimento l'art. 2497 *septies* c.c. debba necessariamente – in coerenza con il dettato letterale della disposizione, che si riferisce esclusivamente a società ed enti – avere come controparte della società che si assoggetta all'eterodirezione un ente avente natura collettiva. Non pare, cioè, possibile limitare l'autonomia privata, di cui il contratto è espressione, per quanto concerne i soggetti legittimati a stipulare un accordo di dominazione (10);

– la soppressione dell'art. 2497, 2 co., lett. a), c.c. previgente la riforma del diritto societario determina la piena libertà di costituire

2001, I, p. 562; F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società: artt. 2497-2497 septies*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli- soc. ed. “Il Foro italiano”, 2005, p. 58; L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., 197.

(7) V. CARIELLO, sub *art.* 2497, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini- A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, 1895. Lo stretto legame fra *Abhängigkeit* e *einheitlicher Leitung* risulta confermato (in quanto in presenza della prima si presume la seconda) anche dalla disciplina dell'*Aktiengesetz*, agli artt. 15 ss. V. M. BUSSOLETTI- E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in questa *Rivista*, 2010, I, p. 79 e la giurisprudenza citata a nt. 40.

(8) F. D'ALESSANDRO, *Imprese individuali, gruppi e amministrazione straordinaria*, in *Giust. civ.*, 1981, p. 3025; G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 4 nt. 8, ove abbondanti riferimenti legislativi; Id., *Società di persone e imprese individuali di gruppo nell'amministrazione straordinaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, p. 812, ove si puntualizza come l'art. 2359 c.c., non precluda la possibilità di configurare un imprenditore individuale quale controllante, poiché esso si limita a definire il controllo di società, lasciando impregiudicata la questione in esame; F. GUERRERA, *La responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, Torino, 2004, p. 122 nt. 37.

(9) Rispetto alla capogruppo individuale, semmai, non opera la facilitazione probatoria (per i legittimati attivi all'azione di responsabilità) costituita dalla presunzione legale relativa (F. GALGANO, *Direzione*, cit., p. 59).

(10) A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società fra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di P. Abbadessa- G. B. Portale, III, Torino, 2007, p. 876; PRESTIPINO, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica holding*, in questa *Rivista*, 2011, I, p. 111.

gruppi con struttura c.d. a raggiera, formati da società per azioni (o anche s.r.l.) dominate da un unico socio persona fisica, aumentando notevolmente così la possibilità che ricorra la fattispecie della *holding* personale. L'art. 2497, 2 co., lett. a), c.c. previg. contemplava, infatti, l'ipotesi in cui socio unico fosse proprio un individuo, come risultava chiaramente dalla legge delega per l'attuazione della direttiva comunitaria, dalla relazione al d.lgs. 3 marzo 1993 n. 88 e dall'art. 2, § 2, della XII direttiva comunitaria, di cui la disposizione considerata costituiva attuazione (11).

Ciò premesso, il giudice investito di una controversia avente per oggetto la responsabilità della capogruppo individuale deve verificare se esista una norma espressa – diversa dall'art. 2497, 1 co., c.c. – capace di disciplinare quella fattispecie in relazione alla questione di diritto della responsabilità per abuso di eterodirezione. In caso di esito negativo dell'accertamento, occorre ammettere l'esistenza di una lacuna nell'ordinamento da colmare analogicamente.

5. Sviluppando la prospettiva di indagine sopra indicata, si deve constatare che impraticabili si rivelano i tentativi di individuare una disciplina della responsabilità della capogruppo personale in altre fattispecie di responsabilità risarcitorie previste dall'ordinamento.

La dottrina commercialistica prevalente ritiene di poter sanzionare la persona fisica, ricorrendo al 2 comma, prima parte, dell'articolo 2497, c.c. (12): qui, infatti, è rimasto il generico riferimento a “chi” abbia comunque preso parte al fatto lesivo. Tuttavia, la responsabilità di cui al 1 comma della medesima disposizione si applica nei confronti di quegli enti che esercitino l'attività di direzione e coordinamento, nel senso che ne determinano, con sovranità ed indipendenza, l'*an* e il *quomodo*; ed i cui atti di eterodirezione non siano occasionali o sporadici, ma siano riconducibili ad una sequenza di operazioni fra loro coordinate sia strutturalmente, sia funzionalmente (13). Il 2 comma dell'articolo in esame determina, invece, un allargamento del novero dei soggetti responsabili a quanti abbiano (meramente) preso parte al fatto lesivo. La

(11) Per più ampi approfondimenti sul punto si rinvia a L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., p. 200 ss.

(12) Cfr. per gli opportuni riferimenti L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., p. 210, nt.73.

(13) V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 55; L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., p. 100 ss., al quale sia consentito rinviare per una più ampia ricostruzione delle due fattispecie di responsabilità, in raffronto fra loro.

disposizione adempie, cioè, una funzione sistematica residuale rispetto ai vari contributi causalmente efficienti al verificarsi del fatto dannoso: essa fonda la rilevanza, come fonte di responsabilità, di una qualunque forma di partecipazione – intesa come contributo causalmente efficiente – all’abuso di direzione e coordinamento, purché non integrante gli estremi dell’effettiva disposizione di tale potere in relazione alla singola manifestazione dannosa (14). Ne consegue che la possibilità di qualificare la persona fisica come *holding*, ovvero come soggetto che esercita un’attività di direzione e coordinamento – secondo quanto prescritto nel comma iniziale della disposizione in esame (“esercitando attività di direzione e coordinamento”) – *implica lo svolgimento di un’attività che eccede gli estremi della mera partecipazione al fatto lesivo altrui*. La tesi di assoggettare la persona fisica-capogruppo alla responsabilità di chi abbia preso parte al fatto lesivo presuppone ciò che in realtà deve essere dimostrato: che la fattispecie di cui al 1 comma e quella prevista dal 2 comma, prima parte, dell’art. 2497, c.c. siano fra loro in qualche modo fungibili, per cui il “prendere parte” all’abuso di eterodirezione sarebbe idoneo a comprendere anche una condotta costituente esercizio di attività di direzione e coordinamento. Tale possibilità, in realtà, pare contraddetta dalla legge stessa la quale, invece di assimilare, *distingue* la fattispecie di responsabilità per esercizio abusivo dell’eterodirezione da quella di chi abbia preso parte allo stesso (15).

L’inaccettabilità della tesi dominante deriva, poi, dalla natura accessoria della responsabilità di cui al 2 comma, prima parte, dell’art. 2497 c.c.: la perseguibilità della capogruppo persona fisica come concorrente presuppone l’imputazione della responsabilità principale ai sensi del 1 comma ad un ente collettivo (16). Tale condizione si realizza in due ipotesi:

– quando la responsabilità ai sensi del 1 co., dell’art. 2497 c.c. è imputabile ad una *sub-holding* eterodiretta dal soggetto in posizione apicale, ma che eserciti un proprio potere di direzione strategica verso le società ad essa subordinate (attività congiunta di eterodirezione a con-titolarità verticale) (17). Tuttavia, se la persona fisica-capogruppo

(14) L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., p. 100 ss.

(15) D’altronde la scienza penalistica – che maggiormente si è occupata della questione del concorso – insegna che la partecipazione è entità da tenere ben distinta dal fatto principale al quale essa si riferisce (per riferimenti sia consentito rinviare a L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., p. 100 ss.).

(16) Sulla natura accessoria della responsabilità dei concorrenti al fatto lesivo si rimanda a L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., p. 100 ss.

(17) Ammettono una simile eventualità P. MONTALENTI, *Direzione e coordina-*

risulta aver svolto, in relazione alla singola manifestazione dannosa dell'attività di direzione e coordinamento, un ruolo di co-determinazione dell'abuso, anche ad essa dovrebbe imputarsi – per quanto si è appena rilevato – (non già la responsabilità per aver preso parte al fatto lesivo, ma) la responsabilità principale contemplata dal 1 comma. Inoltre, qualora la controllante di settore eserciti con autonomia decisionale e operativa il proprio potere di direzione strategica nei confronti delle società ad essa subordinate, i soci minoritari e i creditori danneggiati di queste ultime dovrebbero poter esperire l'azione risarcitoria soltanto contro la stessa, mentre non sarebbero legittimati ad agire nei confronti della persona fisica al vertice del gruppo, la quale, perciò andrebbe in tal caso esente da responsabilità (18).

– nel caso in cui la responsabilità per eterodirezione abusiva sia imputabile ad un ente collettivo indipendente (cioè non controllato) dalla *holding* personale, che risulti contitolare con quest'ultima dell'attività (congiunta) di direzione e coordinamento (attività congiunta di direzione e coordinamento c.d. a con- titolarità orizzontale). Al ricorrere di una simile eventualità, vale la medesima conclusione esposta in relazione al caso di direzione congiunta a contitolarità verticale.

L'interpretazione sostenuta dalla dottrina maggioritaria risulta, poi, del tutto inaccettabile quando non sia possibile imputare la responsabilità principale ad un ente collettivo (sia esso controllato o equiordinato rispetto al soggetto individuale) (19), poiché in questa eventualità la *hol-*

mento nei gruppi societari: principi e problemi, in *Riv. soc.*, 2007, p. 326; D. GALLETTI, *La trasformazione dell'impresa ad opera dell'organo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2003, I, p. 707 ss. In senso dubitativo A. NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina dei gruppi di società*, in questa *Rivista*, 2003, I, p. 393. Per la dottrina tedesca favorevole all'applicazione della responsabilità prevista dal § 317 *AktG* nei confronti di tutte le società che controllano a catena la dominata le quali risponderanno in solido, in relazione al caso del c.d. *mehrstufige faktische Konzern*, v. T. KELLER, *Die Führung einer Holding*, in *Holding Handbuch*, a cura di M. LUTTER, Köln 2004, p. 113 ss., ove si afferma la possibilità di distinguere un doppio livello di pianificazione; REBINDER, *Gesellschaftsrechtliche Probleme mehrstufiger Unternehmensverbindungen*, in *ZGR*, 1977, 593, ove alla nt. 34 ulteriori riferimenti di dottrina conforme; H. HALTEMEPPEN, *Die Haftung des Managers im Konzern*, München, 1998, p. 125, ove a nt. 439 ulteriori riferimenti).

(18) P. MONTALENTI, *Direzione*, cit., p. 326.

(19) Ciò si verifica, innanzitutto, qualora le direttive impartite dalla *sub-holding* non siano autonomamente elaborate, ma promanino dalla *holding*-persona fisica e siano trasmesse dalla prima (che funge da “stazione di passaggio” (*Durchgangsstation*) alle dominate “meramente in nome e per conto” della capogruppo (per ampi rif. v. L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., p. 220, ntt. 101 e 102). Una considerazione analoga vale, peraltro, anche nell'ipotesi di un gruppo a catena, in cui le direttive promanino

ding persona fisica non potrebbe essere perseguita con la responsabilità accessoria dei concorrenti all'altrui fatto lesivo. In una simile ipotesi, l'asserita riconducibilità della capogruppo personale entro l'ambito di applicazione del 2 comma, prima parte, dell'art. 2497 c.c. comporta una duplice discriminazione: quella in danno dei soci esterni e dei creditori della dominata che, se pregiudicati dal comportamento antigiuridico di un ente collettivo possono far valere il rimedio risarcitorio *ex art.* 2497, 1 co., c.c. mentre ciò gli è precluso, ingiustificatamente, qualora subiscano analogo nocumento da una persona fisica (20); quella verso i legittimati passivi all'azione risarcitoria, poiché la *holding* personale va esente da responsabilità al contrario della capogruppo avente natura collettiva, che è sempre obbligata, a parità di condizioni, al risarcimento del danno.

6. Considerazioni analoghe valgono con riferimento al 2 comma, ult. parte, della norma di apertura del capo IX del codice civile. La responsabilità dei beneficiari consapevoli è condizionata, al pari di quella del concorrente, alla possibilità di agire nei confronti di un ente collettivo ai sensi del 1 comma. Ciò risulta dall'inequivoco tenore letterale della previsione: il vantaggio deriva – com'è reso evidente dall'uso della pronome “ne” – dall'eterodirezione *contra legem* e, per ciò, presuppone la sua realizzazione. Anche in tale ipotesi, quindi, l'azione non può essere esperita contro la capogruppo personale, laddove non sussista un ente collettivo, cui risulti imputabile l'abuso di direzione e coordinamento. Peraltro, riconducendo l'ipotesi in esame alla fattispecie del beneficiario consapevole, si creerebbe un privilegio per la *holding* non avente natura collettiva, in quanto la stessa sarebbe obbligata solo nei limiti del vantaggio conseguito.

Sotto il profilo sostanziale, inoltre, la soluzione di perseguire la capogruppo personale come beneficiaria consapevole risulta inaccettabile per i seguenti motivi:

– l'ultima parte dell'art. 2497, 2 co., c.c. prevede una responsabilità indennitaria (espressione di un principio analogo a quello sotteso alla clausola generale di cui all'art. 2041 c.c.) applicabile al soggetto che senza partecipare al fatto lesivo, si limiti a trarre vantaggio dalle

direttamente dalla capogruppo alle dominate operative senza passaggi intermedi. La tesi sostenuta dalla dottrina prevalente, ancora, determina l'ulteriore (inaccettabile) conseguenza pratica di mandare esente da responsabilità la persona fisica cui sia riconducibile l'attività di direzione e coordinamento scorretta di un gruppo a stella.

(20) F. GUERRERA, *La responsabilità*, cit., p. 144.

scelte gestorie *contra legem* della capogruppo (21). Nel caso della persona fisica-*holding*, però, non siamo di fronte ad un individuo che dovrebbe rispondere per aver percepito un arricchimento ingiustificato, mantenendo un atteggiamento meramente passivo; ma, al contrario, a colui che dovrebbe essere perseguito per aver disposto dell'attività di direzione e coordinamento in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, ossia che ha fornito il contributo principale alla causazione del danno ingiusto;

– l'eterodirezione abusiva viene considerata dal legislatore un illecito; perciò essa è fonte di un'obbligazione risarcitoria. La fattispecie della responsabilità indennitaria non è idonea, però, a comprendere atti *contra ius* (e *non iure*), ma unicamente atti leciti (anche se ingiustificati) (22).

7. Il pregiudizio risarcibile ai sensi dell'art. 2497, 1 co., c.c. rientra nella categoria del danno meramente patrimoniale (23). Pertanto, l'art. 2043 c.c. appare in primo luogo inidoneo (24) ad inquadrare normativamente la responsabilità della capogruppo personale, laddove si accolga la tesi secondo cui la sede d'elezione del risarcimento di tale tipo di danno è l'ambito contrattuale (25). Comunque, l'applicazione dell'art. 2043 c.c., risulta inaccettabile anche sotto un profilo più direttamente attinente al diritto societario. La risarcibilità dei danni contemplati dal nuovo art. 2497, 1 co., c.c. direttamente ai soci della dominata, infatti, deroga al principio ricavabile dall'art. 2395 c.c. in materia di responsabilità extracontrattuale in ambito societario, secondo cui i soci non possono agire per il risarcimento del pregiudizio riflesso, che incide in prima istanza sul patrimonio sociale, qual è quello alla redditività e al valore della partecipazione sociale (26). Qualora si proponga di

(21) L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., p. 224.

(22) Secondo A. DI MAJO, *Tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 332; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 157; S. DI PAOLA- R. PARDOLESI, voce *Arricchimento* (az. di arricchimento- dir. civ.), *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, § 1.5.; P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1996, cit., p. 342; Cass., SS.UU., 26 giugno 2007, n. 14712, punto 4.4.1 della motivazione, in *Foro it.*, 2008.

(23) L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., cap I.

(24) Sulla natura della responsabilità da eterodirezione abusiva, sia consentito rinviare a L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., cap I, e da ultimo ID., *Responsabilità da eterodirezione abusiva*, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 523 ss.

(25) S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, p. 393.

(26) D'altronde il principio generale del diritto societario, che legittima ad agire

applicare alla persona fisica-*holding* l'art. 2043 c.c., rimane ferma la regola generale – non derogata dall'art. 2497, 1 co., c.c. –, per cui unica legittimata a pretendere il risarcimento del danno direttamente incidente sul patrimonio sociale è la società dominata. La disciplina dell'illecito civile, quindi, non colmerebbe il vuoto normativo relativo alla responsabilità della *holding*-persona fisica *nei confronti dei soci di minoranza delle società eterodirette*. A quanto appena rilevato consegue, inoltre, che l'applicazione della disciplina della responsabilità aquiliana all'ipotesi della capogruppo personale determina, sotto il profilo del risarcimento del danno, una disparità di trattamento ingiustificata nei confronti dei soci esterni delle dominate, in quanto dipendente dalla natura del soggetto posto al vertice del gruppo (27).

8. Il ricorso al diritto comune non appare appagante nemmeno rispetto ai creditori della società eterodiretta. La soluzione di diritto generale applicabile per la loro tutela consiste – nell'ambito della responsabilità aquiliana – nella perseguibilità della controllante come terzo concorrente nell'inadempimento della dominata-debitrice determinato dalla lesione della sua integrità patrimoniale in conseguenza dell'eterodirezione abusiva. Questa soluzione darebbe luogo, però, ad una disparità di trattamento dei creditori ancora una volta del tutto ingiustificata, in quanto dipendente unicamente dalla diversa natura del soggetto posto al vertice del gruppo. La dottrina ritiene, infatti, che l'esperibilità dell'azione concessa a costoro *ex art.* 2497, 1 co., c.c. presupponga l'insufficienza del patrimonio della società debitrice, richiesta anche dall'art. 2394 c.c. In particolare tale convinzione viene ricavata dalla previsione dell'art. 2497, 3 co., c.c., il quale condiziona la legittimazione del (socio e) del creditore ad agire verso la capogruppo alla sua mancata soddisfazione da parte della eterodiret-

per il danno cagionato al patrimonio sociale esclusivamente la società, trova applicazione sia quando l'evento lesivo sia stato cagionato dagli amministratori (v. l'art. 2395 c.c.), sia nell'ipotesi in cui esso sia stato determinato dal comportamento doloso o colposo di un terzo come la *holding* (G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia*, cit., p. 153; F. DI GIOVANNI, *La responsabilità della capogruppo dopo la riforma delle società*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 36; V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per "danno diretto" agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa- G. B. Portale, II, 2, Torino, 2006, p. 938; Cass., 3 aprile 1995, n. 3903, in *Società*, 1995, p. 1544.

(27) La stessa soluzione ipotizzata nel testo determina anche una soluzione non conforme alle peculiari esigenze ricorrenti in tale contesto, che giustificano l'introduzione di una regola derogatoria rispetto a quella generale vigente per la società autonoma (L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., p. 231 nt. 135).

ta-debitrice (28). L'applicazione della complicità nell'inadempimento non è, invece, subordinata a questa condizione, essendo sufficiente la mancata esecuzione della prestazione dovuta. Pertanto, mentre i creditori della società eterodiretta da una ente collettivo dovrebbero escutere il patrimonio della dominata prima di poter agire contro la capogruppo, analoga condizione non varrebbe per l'azione di diritto comune contro la persona fisica-*holding* (29). A tale considerazione deve aggiungersi che la dottrina ha manifestato forti perplessità circa la possibilità di comprendere entro la tutela aquiliana del credito, fondata sull'art. 2043 c.c., anche la generica garanzia patrimoniale offerta dal debitore al suo creditore, che rappresenta il bene protetto da specifiche disposizioni dell'ordinamento (societario) quali gli artt. 2394 e 2497 c.c. (30).

9. Ipotizzando l'applicazione dell'art. 1218 c.c. alla persona fisica *holding* si configura una responsabilità rispetto alla quale non potrebbe trovare applicazione il meccanismo dei vantaggi compensativi. È vero che, *ante* riforma, l'operatività di quest'ultimo è stato ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza a prescindere da una specifica previsione legislativa. Nel nuovo diritto societario, tuttavia, se si parte dal presupposto che il 1 comma dell'art. 2497, c.c. non possa essere applicato alla capogruppo personale, si deve anche ammettere che essa non possa beneficiare nemmeno della causa di esonero dalla responsabilità dei vantaggi compensativi lì prevista solo in relazione all'abuso compiuto da un ente collettivo. Rispetto alla responsabilità contrattuale di diritto comune può, tutt'al più, trovare applicazione il principio della *compensatio lucri cum damno*, il quale, tuttavia, è sostanzialmente diverso dalla teoria recepita dall'art. 2497, 1 co., c.c. La soluzione in esame comporta, dunque, un'ingiustificata discriminazione a carico della persona fisica-*holding* – la quale verrebbe assoggettata

(28) M. BUSSOLETTI-E. LA MARCA, *Gruppi*, cit., p. 137; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2003, p. 209; M. MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori*, Torino, 2007, p. 258; G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nell'azione di responsabilità*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa-G.B. Portale, III, Torino, 2007, 954; G. FIGÀ TALAMANCA-A. GENOVESE, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita not.*, 2004, p. 1212; Trib. Napoli, 9 aprile 2008, in *Dir. fall.*, 2009, 2, p. 247 ss.

(29) M. MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., p. 141 ss.

(30) F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato d'insolvenza e tutela dei creditori*, in questa *Rivista*, 2008, p. 1069.

ad una responsabilità di più ampia portata (31) – e, specularmente, un privilegio a favore degli enti collettivi.

D'altronde, la scelta di ricostruire in via interpretativa una responsabilità contrattuale di diritto comune per la persona fisica *holding* dovrebbe avere come esito la configurazione di un rapporto obbligatorio fra quest'ultima e la sua dominata, in ossequio alla regola generale della canalizzazione del danno riflesso a favore della società (art. 2395 c.c.), non derogata da una norma espressa quale l'art. 2497, 1 co., c.c. Ma così si incorre in un'ulteriore irragionevole disparità di trattamento, causata dalla mancanza di legittimazione dei soci minoritari della dominata a pretendere il risarcimento del danno (riflesso) alla redditività e al valore della partecipazione sociale nei confronti della persona fisica.

10. Ai precedenti rilievi, che palesano possibili profili di incostituzionalità delle soluzioni volte a sanzionare la capogruppo individuale ricorrendo a figure di responsabilità diverse da quella disciplinata all'art. 2497, 1 co., c.c. occorre aggiungerne due ulteriori. In primo luogo, disciplinando la disposizione in esame la legittimazione ad agire in giudizio per il risarcimento del danno, occorre considerare non solo il principio di uguaglianza, ma anche l'art. 24 Cost., che attribuisce rango costituzionale, appunto, al diritto di azione. Esso concerne, infatti, "la possibilità di richiedere e di ottenere la tutela giurisdizionale...nei confronti di altri privati"; perciò la garanzia costituzionale è astrattamente volta a "colpire qualsiasi esclusione" soggettiva o oggettiva della tutela (32). Inoltre, la giurisprudenza costituzionale individua chiaramente nel principio di uguaglianza il fattore primario di concretizzazione della garanzia di tutela giudiziaria: esso opera verso il legislatore ordinario, vietandogli di introdurre discriminazioni irragionevoli d'ordine soggettivo nella disciplina positiva dell'accesso alla giustizia (33). Pertanto, e per quanto già rilevato circa i profili di contrasto fra l'art. 3 Cost. e le soluzioni alternative all'estensione analogica dell'art. 2497, 1 co.,

(31) Nella *compensatio* il vantaggio per il danneggiato deve provenire dal medesimo fatto lesivo che ha determinato il danno. Quindi la sua ammissibilità è limitata entro i confini della diretta derivazione causale del vantaggio dal medesimo fatto da cui deriva il danno. Cfr. per tutti C. M. BIANCA, *Inadempimento dell'obbligazione in generale*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 310; Cass., 14 maggio 1997, n. 4237, in *Giust. civ.*, 1997, p. 735.

(32) Corte Cost., 16 maggio 1968, n. 48, in *Foro it.*, 1968, I, pp. 1386-1387; P. COMOGGIO, sub art. 24, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di F. BRANCA, *Rapporti civili*, sub artt. 24-26, 1981, Bologna-Roma, 12.

(33) P. COMOGGIO, sub art. 24, cit., p. 26.

c.c. alla persona fisica-*holding*, queste ultime finiscono per confliggere anche l'art. 24 Cost.

11. A quanto fin'ora osservato si è obiettato che “una volta... che si scelga di considerare [le] previsioni [del gruppo] nella prospettiva, senz'altro più condivisibile, di chi individua negli artt. 2497 e ss. c.c. non una disciplina di responsabilità ma, all'opposto, di irresponsabilità per l'attività di direzione e coordinamento (*rectius*, di responsabilità attenuata), vale a dire un regolamento normativo dell'impresa di gruppo alla luce del quale quest'ultima, lungi dal rappresentare «un'anomalia [e] un'interferenza nella normale dinamica della gestione sociale», costituisce piuttosto una modalità legittima di organizzazione e, soprattutto, di finanziamento dell'impresa, la mancata considerazione del caso, in vero frequente, della persona fisica *holding* sembra emergere come l'esito coerente di una preciso disegno del legislatore” (34).

Questo rilievo, tuttavia, lungi dal giustificare l'esclusione della persona fisica-*holding* dall'applicazione dell'art. 2497, 1 co., c.c., appare deporre ulteriormente per la necessità di estenderlo analogicamente anche ad essa, in ossequio ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma. L'osservazione appena esposta parte da una lettura in positivo della disposizione, considerata come una prescrizione non esclusivamente punitiva, ma fonte di una disciplina di privilegio a favore del soggetto che eserciti un'attività di direzione e coordinamento (35). Se si accoglie tale lettura della norma in esame, però, la capogruppo individuale, in quanto letteralmente esclusa dal suo ambito di applicazione e dal relativo regime di privilegio, verrebbe ad essere sottoposta ad un trattamento peggiore, rispetto agli enti collettivi, nonostante l'esercizio di un'analogica attività di eterodirezione. Tale

(34) M. ROSSI, *I molti problemi “aperti” della disciplina dei gruppi: considerazioni a margine di una recente pronuncia cautelare*, in *Fallimento*, 2014, p. 584 ss.

(35) V., pur considerando profili differenti, M. MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori*, Torino, 2007, p. 201 ss.; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2003, p. 193; F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società: artt. 2497-2497-septies*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna- Roma, 2005, p. 135 ss.; V. CARIELLO, *Amministrazione delegata di società per azioni e disciplina degli interessi degli amministratori nell'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 303 ss.; U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario*, p. 1082 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, *principi di diritto, e disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 517 ss. in relazione all'esimente dei vantaggi compensativi; M. BUSSOLETTI, *Sull'irresponsabilità da direzione unitaria abusiva e su altre e su altre questioni aperte in tema di responsabilità*, in questa *Rivista*, 2013, I, p. 406; M. ROSSI, *I molti problemi*, cit., p. 584.

diversità di trattamento crea un contrasto rispetto al principio costituzionale di uguaglianza, ed appare tanto più inaccettabile, se si considera che l'attività di direzione e coordinamento è espressione della libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.)(36): non sussiste alcuna ragionevole giustificazione dell'assoggettamento di una libertà costituzionale a limiti differenti, a seconda che essa venga esercitata da un soggetto individuale o da un ente collettivo(37). Sicché a prescindere dalla ricostruzione che si privilegi dell'art. 2497, 1 co., c.c., la sua estensione analogica alla fattispecie esclusa della persona fisica- *holding* rimane necessaria conseguenza della necessità di fornirne interpretazione conforme ai principi costituzionali.

12. Tutte le considerazioni fin'ora elencate concorrono a fondare la conclusione a cui è pervenuta la sentenza in esame: il tentativo di differenziare la disciplina dell'eterodirezione abusiva, in base alla sola circostanza che essa sia stata esercitata da una persona fisica o da un ente collettivo "finisce per ledere i diritti risarcitori dei soggetti danneggiati...in violazione degli artt. 3 e 24, comma 1 Cost.". Applicando l'argomento dell'interpretazione adeguatrice, cioè conforme ai principi costituzionali appena menzionati, il tribunale di Milano ha, quindi, affermato che "non c'è ragione per cui *i soci ed i creditori* della società diretta possano chiedere alla società o ente dirigente, ai suoi amministratori, al socio di controllo, ai propri amministratori ecc. (art. 2497 comma 2 c.c.) di essere risarciti per il pregiudizio arrecato alla redditività od al valore della partecipazione o per la lesione all'integrità del suo patrimonio *solo quando pregiudizio o lesione siano causati dall'esercizio illecito di attività di direzione e coordinamento da parte di una società o ente e non quando la stessa attività* – che in sé ha natura di fatto ed è espressione di un potere di fatto – *sia illecitamente esercitata*

(36) Si tratta della affermazione da tempo sostenuta da A. PAVONE LA ROSA, da ultimo in *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 766, che richiama la conforme opinione della dottrina spagnola, per il proprio ordinamento

(37) L'opinione espressa nel testo è condivisa anche da G. SCOGNAMIGLIO, "*Clausole generali*", cit., p. 517 ss., la quale afferma che "se la norma, come si è sopra sostenuto, fissa il principio del riconoscimento dell'attività di direzione e coordinamento come legittima esplicazione dell'iniziativa economica privata, non sembra giustificabile alla stregua di un canone di ragionevolezza ed è dunque suscettibile di inficiare la legittimità costituzionale della disposizione (Guizzi), che una siffatta manifestazione dell'iniziativa privata sia preclusa a soggetti diversi dalle società e dagli enti"; R. WEIGMANN, in nota a Cass., 13 marzo 2003, in *Giur. it.*, 2004, p. 562; L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., p. 244.

da una persona fisica, almeno quando essa la eserciti professionalmente, stabilmente e con adeguato impiego di mezzi” (corsivi aggiunti) (38).

Si tratta di una conclusione assolutamente condivisibile. Innanzitutto, il principio che impone di non attribuire al testo di legge significati incompatibili con norme costituzionali è considerato dalla dottrina insito nella struttura dell’ordinamento giuridico vigente. È impensabile attribuire ai principi costituzionali un ruolo meramente sussidiario rispetto ai criteri interpretativi indicati dall’art. 12 prel. c.c., dato che, in tal modo, si altererebbe la gerarchia delle fonti oltre che il carattere rigido della nostra Costituzione (39). Rispetto alla fattispecie qui in esame, l’analogia risulta allora essere l’unico strumento idoneo ad assicurare la coerenza dell’art. 2497, 1 co., c.c. con i principi dell’uguaglianza formale e della garanzia del diritto di difesa dei propri diritti. Del resto, dallo spoglio della giurisprudenza costituzionale emerge che il giudice delle leggi, qualora il tenore letterale di una norma sia chiaro, ma incostituzionale, e purché dalla sua interpretazione teleologica sia possibile ricavare un significato discordante da quello letterale, estende analogicamente la disposizione pur di evitarne il contrasto con la fonte gerarchicamente sovraordinata (40). Peraltro, il fatto che l’interpretazione adeguatrice in funzione correttiva (41) venga compiuta dal giudice ordinario – come è avvenuto nel provvedimento che si commenta –, senza investire del giudizio la Corte Costituzionale, sembra trovare fondamento nel principio espresso da quest’ultima, secondo il quale la legittimazione a sollevare una questione di legittimità costituzionale è condizionata al previo tentativo da parte del giudice *a quo* di attribuire ad una data norma un significato conforme alla Costituzione (42).

(38) Conf. anche Trib. Venezia, 2 ottobre 2012, e Trib. Roma, 21 novembre 2011, in *www.diritto bancario.it*.

(39) È evidente come nel dettare le regole per l’interpretazione della legge l’art. 12 disp. prel. c.c. risenta dell’anteriorità rispetto alla Costituzione. V. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1991, p. 75; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2003, p. 106 ss.; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 299; M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva*, Milano, 2003, p. 166.

(40) Si veda per gli opportuni richiami e per approfondimenti sul punto L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., 248 nt. 193.

(41) D. AMOROSO, *L’interpretazione “adeguatrice” nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1998, p. 102 ss.

(42) La questione, in realtà, non ha una soluzione del tutto certa. Si potrebbe al riguardo sostenere che l’interpretazione adeguatrice di una norma di legge, dal tenore letterale chiaro ma contrastante con il dettato costituzionale, sia un’operazione certa-

13. Sebbene il tribunale di Milano non si sia soffermato sull'esistenza dei presupposti per l'estensione analogica dell'art. 2497, 1 co., c.c. alla responsabilità della persona fisica *holding* da esso prospettata, sembra opportuno indugiare brevemente sull'*identitas rationis* e sul carattere eccezionale di tale prescrizione normativa.

Il fondamento dell'analogia consiste nell'esistenza della stessa *ratio* fra il caso espressamente disciplinato e quello rispetto al quale sussiste una lacuna normativa (43). Occorre inoltre tener presente che la sussistenza di tale elemento è rilevante per configurare la necessità, sopra sostenuta, di riservare un trattamento uguale alla fattispecie della responsabilità per eterodirezione tanto delle società o enti quanto della persona fisica *holding* in ossequio all'art. 3 Cost (44). Al proposito, la disciplina in esame può essere qualificata come *Schutzrecht*, ovvero come una normativa articolata, anzitutto, in termini di *Konzernhaftungsrecht* e connotata da una *Schutzfunktion*: il semplice ricorrere del fatto "attività di direzione e coordinamento" determina i pericoli della c.d. *Konzernierung*, vale a dire il rischio di una *Durchsetzung* di interessi particolari estranei alla società dominata e, di conseguenza, l'insorgere dell'esigenza di tutela dei soci minoritari e dei creditori della stessa (45).

mente consentita alla Corte Costituzionale in quanto esercitante una giurisdizione in senso del tutto peculiare (Corte Cost., 29 dicembre 1995, n. 536, in *Giur. cost.*, 1995, fasc. 6; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, 1994, 169), ma preclusa al giudice ordinario, che dovrebbe investire necessariamente la Corte a fronte di una disposizione letteralmente inequivoca (v. al riguardo L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., p. 247 ss.). Quel che è certo però è che il tribunale di Milano ha ritenuto di poter formulare direttamente l'interpretazione correttiva dell'art. 2497, 1 co., c.c. in funzione di adeguarlo al dettato costituzionale.

(43) G. CARCATERRA, voce *Analogia (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 14.

(44) La dottrina pubblicistica insegna, infatti, che i rapporti che vengono in rilievo in virtù del principio di uguaglianza "sono solamente quelli intercorrenti fra situazioni simili, per le quali sia possibile stabilire una somiglianza...riconducibile all'alternativa «omogeneità-disomogeneità»". Ne deriva il problema dell'individuazione del profilo rilevante che consente di attribuire tali qualificazioni alle situazioni comparate (201). Tale profilo è costituito normalmente proprio dallo scopo della legge (A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, p. 56 ss.)

(45) F. D'ALESSANDRO, *Società per azioni: le linee generali della riforma*, in *La riforma del diritto societario. Atti del convegno. Courmayeur, 27-28 settembre 2002*, Milano, 2003, p. 42; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1231 e nt. 8; Id., *Dal controllo*, cit., p. 44 nt. 10, 13, 76 e 78, per ampi riferimenti anche alla dottrina tedesca. Per la dottrina tedesca, relativamente alla disciplina dei gruppi nell'*AktG* del 1965 P. MÜLBERT, *Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht – Bemerkungen*

Ne consegue che i presupposti di applicazione della disciplina in esame debbono essere determinati in funzione degli interessi dei soggetti tutelati, del tutto irrilevante essendo il centro di imputazione dell'attività illecita dannosa. Il presupposto essenziale affinché si realizzi quella situazione di pericolo cui la disciplina sanzionatoria dell'art. 2497, 1 co., c.c. intende rimediare consiste nel possesso da parte della capogruppo di interessi (di natura imprenditoriale) ulteriori ed esterni rispetto a quelli che essa ha nella società dominata. Qualora tali interessi siano sufficientemente forti, i soci minoritari e i creditori della eterodiretta sono esposti al rischio che la capogruppo sacrifichi il proprio interesse imprenditoriale in essa, allo scopo di privilegiare quello di altra impresa (rispetto alla dominata, di cui sia titolare la capogruppo stessa o una società diversa e da lei controllata). Ma allora il conflitto di interessi "sistematico", che la norma in esame ha la funzione di comporre, sussiste identico tanto nel caso in cui *holding* sia una persona fisica, quanto in quello in cui sia un ente collettivo (46).

zum BGH Beschluss vom 17.3.1997 –, II ZB/96, in ZHR, 1998, p. 20 ss.; K. SCHMIDT, *Konzernunternehmen, Unternehmensgruppe und Konzern-Rechtsverhältnis*, in *Festschrift für M. Lutter zum 70. Geburtstag*, Köln, 2000, p. 1185 ss.

(46) Quanto si sostiene nel testo a proposito dell'art. 2497, 1 co., c.c. corrisponde a quanto affermato dalla giurisprudenza teorica e pratica tedesche in merito all'individuazione dell'ambito di applicazione soggettivo del *Konzernrecht* contenuto nell'Aktien Gesetz ai §§ 311 ss. In Germania al fine di determinare l'estensione del concetto di *Unternehmensaktionär* fondamentale per l'applicazione del *Konzernrecht* si è ritenuto di dover far riferimento agli scopi di tutela che connotano tale disciplina. Questo orientamento è stato inaugurato dalla sentenza resa nel caso VEBA dal *Bundesgerichtshof* (BGH, 13 ottobre 1977, tradotta in italiano e commentata da G.E. COLOMBO, *Lo Stato come imprenditore nella sentenza del Bundesgerichtshof del 13 ottobre 1977*, in *Riv. soc.*, 1978, p. 1328 ss. La pronuncia della Suprema corte tedesca è, a sua volta, tributaria della riflessione svolta al riguardo da W. ZÖLLNER, *Il concetto di impresa nel diritto dei gruppi*, in *Riv. soc.*, 1978, cit., p. 1 ss.), il quale ha affermato come, nel perseguire il fondamentale scopo di tutela dei soci di minoranza e dei creditori dai pericoli della *Konzernierung*, il legislatore abbia distinto fra azionisti imprenditori e altri azionisti. Alla semplice partecipazione in società, per quanto elevata, è necessario che si aggiunga la presenza di interessi imprenditoriali esterni alla partecipata, per "fondare il serio timore che l'azionista possa far valere la propria influenza in pregiudizio della" stessa. Ma allora, "la forma giuridica del soggetto titolare di tali interessi extrasociali – prosegue la Suprema Corte – non è di per sé decisiva...anche una persona fisica non imprenditore individuale...può essere portatore di interessi imprenditoriali extrasocietari dalle cui negative conseguenze la legge intende proteggere la società, e può così integrare la fattispecie dell'impresa dominante." (v. anche BGH, in BGHZ, 95, p. 330 ss. (caso Autokran). Per ulteriori richiami di sentenze che sviluppano l'orientamento appena esposto, cfr. N. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999, p. 326 nt. 106).

Per legittimare l'applicazione analogica dell'art. 2497, 1 co., c.c. alla capogruppo individuale, occorre, infine, verificare che non ricorra il limite contemplato all'art. 14 disp. prel. c.c.: in particolare si tratta di stabilire se la norma sia o meno eccezionale. Questa è la conclusione fatta propria dalla giurisprudenza teorica e pratica, nel quale si afferma come una disposizione che contempra il risarcimento del "danno riflesso" in favore del socio (e non della società direttamente danneggiata) sia da considerare un'eccezione ai principi posti dal regime vincolistico del patrimonio sociale ed espressi, sul piano della fattispecie risarcitoria, dal requisito del "danno diretto" ex art. 2395 c.c. (47). Carattere eccezionale viene anche attribuito alla causa di esonero dalla responsabilità previsto nella parte finale della disposizione in esame: i c.d. vantaggi compensativi (48).

Ciò nonostante, un simile rilievo non pare possa costituire un ostacolo all'estensione analogica dell'art. 2497, 1 co., c.c. alla capogruppo persona fisica. La dottrina, infatti, ritiene che il divieto di analogia previsto dall'art. 14 disp. prel. c.c. non sia assoluto: la disposizione eccezionale può essere estesa a casi simili, che ricadono "nell'ambito al quale la norma stessa è pertinente; nei confini di questo ambito anche la norma eccezionale può generalizzarsi" (49). Posto che una disposizione eccezionale ha una propria *ratio* – sia pure eccezionale rispetto alla *ratio* della disciplina generale derogata –, essa può essere applicata a casi non previsti, per i quali valga lo stesso motivo di eccezionalità che ne ha determinato l'introduzione (50). Deve, dunque, ammettersi

(47) V. PINTO, *La responsabilità*, cit., p. 926 ss.; F. GUERRERA, *La responsabilità*, cit., p. 145; G. SCOGNAMIGLIO, *danno*, cit., p. 947 ss. Nella dottrina tedesca H. BRANDES, *Ersatz – von Gesellschafts- und Gesellschafterschaden*, in *Festschrift für Hans-Joachim Fleck zum 70. Geburtstag am 30 Januar 1988*, hrsg. von R. GOERDELER, P. HOMMELHOFF, M. LUTTER, H. WIEDEMANN, Berlin, New York, 1988, 17 e gli ulteriori riferimenti in V. PINTO, cit., p. 926 nt. 74. In giurisprudenza v. Cass., SS.UU., 15 gennaio 2010, n. 520, in *dejure.it*.

(48) Per uno spunto in tal senso cfr. R. PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso dei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa- G. B. Portale, 3, Torino, 2007, p. 913; G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali", cit., p. 517 ss., che qualifica la regola dei vantaggi compensativi come "privilegio".

(49) G. CARCATERRA, voce *Analogia*, cit., p. 10.

(50) G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi amministrativi*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa- G. B. Portale, 2, Torino, 2006, pp. 3 ss., 29 e nt. 58; N. BOBBIO, voce *Analogia*, in *NN. Dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 603; M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1942, p. 66; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1969, p. 338; B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Torino, 1988, p. 84, § 29, nt. 3; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 241 ss.

l'applicazione analogica dell'art. 2497, 1 co., c.c., posto che fra l'ipotesi da questo espressamente disciplinato e il caso non previsto in discussione sussiste identità di *ratio* e l'estensione opera entro il medesimo ambito – quello di gruppo, con le esigenze specifiche che ad esso si ricollegano – della norma in esame.

14. Il tribunale di Milano ha anche esaminato – come accennato all'inizio della riflessione – la previsione contenuta dell'art. 19 del c.d. decreto “Salva Alitalia”, sminuendone la rilevanza rispetto alla fattispecie concreta sottoposta alla sua cognizione. L'organo giudicante ha riconosciuto che quella disposizione è volta a circoscrivere il novero dei soggetti responsabili per attività di direzione e coordinamento ai soli enti collettivi. Ma proprio in considerazione della dubbia legittimità costituzionale di una simile limitazione, e del dovere del giudice di interpretare la legge in modo conforme alla Costituzione, esso ha affermato la necessità di assegnare alla norma una portata precettiva non eccedente la sua lettera strettamente intesa. La restrizione prevista all'art. 19 è testualmente riferita all'azione di responsabilità *ex* art. 2497, 1 co., c.c., esperibile “direttamente” dai soci e dai creditori della società eterodiretta danneggiata. Poiché quella norma nulla dispone in merito al diritto al risarcimento dei danni della dominata, *petitum* della domanda proposta dagli attori nel caso concreto, nel provvedimento in commento si è concluso, perciò, che “all'azione esercitata in questa sede [dalle società sottoposte all'attività di direzione e coordinamento] non si applica la limitazione soggettiva di cui all'art. 19”. Il che ha consentito al giudice di ammettere l'esperibilità dell'azione risarcitoria da parte della società controllata per i danni da eterodirezione abusiva nei confronti della capogruppo personale.

A ben vedere, tuttavia, la norma in esame – pur valutata solo in relazione alla fattispecie sottoposta alla cognizione del tribunale – non osta al generale riconoscimento della legittimazione attiva nei confronti di qualunque danneggiato dalla violazione dei principi di correttezza societaria ed imprenditoriale. Intanto perché, l'interpretazione autentica contenuta nell'art. 19 e riferita al termine “enti” utilizzato dall'art. 2497, 1 co., c.c. risulta superata dall'interpretazione costituzionalmente orientata di quest'ultimo, alla quale si è fatto ricorso nell'ordinanza del tribunale. In altre parole: si può convenire sul fatto che, nella disposizione di apertura in materia di gruppi, col termine “enti” debbono intendersi – come dispone il legislatore – solo i soggetti giuridici collettivi. Ciò però preclude soltanto di estenderne il significato letterale per comprendervi anche le persone fisiche; ma non impedisce affatto

all'interprete di ricorrere all'applicazione analogica della disciplina contenuta nella disposizione di apertura del Capo IX, imposta dalla necessità di interpretarla in modo conforme alla Costituzione. L'interpretazione autentica attiene alla lettera di una prescrizione normativa e come tale non inficia l'argomentazione del giudice meneghino per cui l'applicazione analogica – che per definizione opera su un piano diverso da quello del significato letterale di una norma – dell'art. 2497, 1 co., c.c. alla persona fisica- *holding* è imposta dall'esigenza di evitare una violazione degli artt. 3 e 24, 1 co., Cost. (51).

Lo stesso tribunale, peraltro, ha ammesso che “l'efficacia escludente limitata al perimetro operativo dell'art. 2497 comma 1 c.c., e dunque all'ipotesi della responsabilità diretta delle persone fisiche esercenti attività di direzione e coordinamento verso i soci e i creditori della società controllata” dell'art. 19 del decreto “Salva Alitalia”, “presenta...un aspetto di dubbia legittimità costituzionale, che concerne appunto la limitazione della responsabilità per illegittimo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento agli “enti collettivi”, con esclusione quindi degli “enti individuali”, cioè le persone fisiche”, ed ha al riguardo espressamente ribadito la necessità di annoverare la capogruppo individuale nel novero dei legittimati passivi all'azione di responsabilità per eterodirezione abusiva, a prescindere dal soggetto che la esercita, per impedire violazioni dei principi costituzionali *ex* artt. 3 e 24, 1 co., Cost (52).

15. (53) Il provvedimento in commento ha affrontato anche la questione della legittimazione della società eterodiretta ad agire in responsabilità nei confronti della capogruppo, ammettendone l'esistenza (54).

(51) L'analogia si applica in presenza di una lacuna, ovverosia di un caso che la legge non prevede. Pertanto, essa consente di ricavare una regola giuridica che va oltre la lettera della legge.

(52) Il tribunale non si è espressamente pronunciato sull'interpretazione correttiva dell'art. 19 del decreto “Salva Alitalia”, solo perché chiamato a pronunciarsi su un'azione non rientrante nella fattispecie dell'art. 2497, 1 co., c.c., al quale soltanto l'art. 19 fa riferimento. Ma ha affermato comunque che “rispetto a quest'ultimo valgono i rilievi sopra formulati [attinenti l'interpretazione costituzionalmente orientata], che si devono qui intendere richiamati”.

(53) Per maggiori approfondimenti si rinvia a R. PENNISI, *Alcune considerazioni sulla legittimazione all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *Società, banche, procedure concorsuali*, Torino, 2014, e G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi*, Milano, 2014, p. 170 ss.

(54) In senso conforme si v. anche Trib. Milano, 27.2. 2012, in *RDS*, 2012, p. 734.

Le incertezze che sussistono al riguardo sono dovute – così come quelle concernenti il problema della responsabilità della *holding* personale – alla modifica apportata allo schema di decreto legislativo del Consiglio dei Ministri del 30 settembre 2002, ove si prevedeva espressamente che l'azione dei soci e dei creditori della eterodiretta “non pregiudica il diritto [di quest'ultima] al risarcimento del danno ad essa cagionato”. Il testo divenuto legge non prevede più la legittimazione della società dominata; si tratta quindi di verificare quale significato debba essere attribuito al sopravvenuto silenzio della norma del d.lgs. 6/2003.

La questione non può essere esaustivamente esaminata nei limiti di spazio del presente lavoro. Di seguito, pertanto, ci si limita ad indicare gli argomenti maggiormente convincenti addotti a sostegno delle due tesi che si contrappongono sull'argomento, al fine di evidenziare l'opinabilità sia della soluzione favorevole che di quella contraria all'esistenza della legittimazione all'azione di responsabilità della dominata.

Da un punto di vista sistematico (55), l'art. 2497 c.c. introduce in ordine alla disciplina dell'abuso di direzione unitaria una “rivoluzione copernicana” (56), prescrivendo soluzioni normative che derogano ai tradizionali principi che informano il nostro ordinamento societario. Una simile considerazione trova una evidente conferma anche solo considerando la regola della destinazione *a favore dei singoli soci della dominata* (57) del risarcimento dei danni da eterodirezione alla reddi-

(55) Illuminanti in merito alla questione in esame sono stati considerati anche i lavori preparatori, che effettivamente inducono a considerare il mutamento testuale che ha interessato lo schema di riforma del diritto societario espressione della consapevole volontà del legislatore storico di escludere la società eterodiretta dal novero dei soggetti legittimati ad agire per il risarcimento del danno contro la capogruppo. Un'approfondita ed attenta indagine sul tema è già stata condotta da P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 279 ss., per cui è superfluo indugiare ancora sul punto.

(56) L'espressione utilizzata rispetto all'art. 2497, 1 co., c.c. da P. ABBADESSA, *La responsabilità*, cit., p. 279 ss., è ripresa da M. BUSSOLETTI, *Sull'irresponsabilità*, cit., p. 396.

(57) La relazione risarcitoria diretta fra capogruppo e soci della dominata è ammessa da F. GUERRERA, “*Compiti e responsabilità del socio di controllo*”, in *RDS*, 2009, p. 513; M. BUSSOLETTI- E. LA MARCA, *Gruppi*, cit., p. 141. Si noti che l'esistenza di tale relazione risarcitoria diretta (nel senso che l'azione del socio ex art. 2497, 1 co., c.c. non è surrogatoria rispetto a quella (eventuale) della propria società verso la capogruppo) impedisce di sostenere la tesi dell'esistenza della legittimazione attiva della eterodiretta riferendosi a quanto prevede l'*Aktiengesetz* tedesco. In Germania, infatti, è sì prevista (peraltro espressamente) la legittimazione ad agire della dominata, che concorre con quella dei singoli soci della stessa. L'azione di questi ultimi si inquadra, però, nel contesto di una disciplina del tutto diversa da quella recepita dal 2497, 1 co., c.c., perché

tività e al valore della partecipazione sociale, aventi pacificamente per quei soggetti natura riflessa (58). Tale previsione deroga il principio generale, ricavabile dall'art. 2395 c.c., della necessaria "canalizzazione" (*Haftungskanalisation*) ad esclusivo vantaggio del patrimonio sociale del risarcimento dovuto per il danno riflesso, cioè cagionato direttamente all'ente e, indirettamente, ai soci: a costoro, *uti singuli*, è preclusa la possibilità di appropriarsi del valore derivante dalla riparazione del danno al patrimonio sociale (59).

Tale innovativa regola contenuta nell'art. 2497, 1 co., c.c. può indurre a

– desumere, dalla "relazione giuridica diretta di responsabilità che viene ad instaurarsi per effetto della norma fra il soggetto controllante e i danneggiati" (corsivo aggiunto) (60), anche l'esistenza di un rapporto sostanziale – e più in particolare di un'obbligazione – fra li stessi soggetti (61). Se i soci della dominata possono essere considerati titolari della pretesa ad un'attività di direzione e coordinamento conforme ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale oggetto di un'obbligazione *ex lege* (62), è possibile anche considerarli come gli

i soci possono singolarmente agire verso la *Muttergesellschaft* o per il danno diretto (§ 317, *Abs.* 1 s. 2) oppure, in via *surrogatoria*, chiedendo alla *holding* di risarcire la "propria" società (§ 317, *Abs.* 4). Non pare quindi che dal sistema tedesco possano trarsi indicazioni valide per il nostro ordinamento, dato che si può affermare che il legislatore nostrano, oltre a rimanere silente in merito alla legittimazione della dominata (anzi ad eliminarne l'esplicita previsione in sede di approvazione definitiva del d.lgs 6/2003), ammette i singoli soci della dominata ad agire *uti singuli* per il risarcimento del danno arrecato al patrimonio sociale, non in via *surrogatoria*.

(58) Che il danno tipizzato rispetto ai soci dall'art. 2497, 1 co., c.c. sia il riflesso di quello patito direttamente dalla società è pacifico (per tutti v. G. SCOGNAMIGLIO, *Danno*, cit., p. 947; G. GUIZZI, *Gestione*, cit., p. 169). Si è tuttavia notato che l'eterodirezione potrebbe teoricamente cagionare anche un danno diretto al socio. Lo ammette da ultimo M. BUSSOLETTI, *Sull'irresponsabilità*, cit., pp. 423-424.

(59) Al riguardo v. V. PINTO, *la responsabilità*, cit., p. 925 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Danno*, cit., p. 948.

(60) L'espressione è di F. GUERRERA, *La responsabilità*, cit., p. 317 ss.

(61) Sul punto, S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 121 ss; e sia consentito rinviare anche a L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., p. 5 ss. e in part. p. 30 ss. La configurabilità di un rapporto giuridico diretto intercorrente, grazie alla partecipazione sociale, fra il socio "esterno" e non solo la "propria" società, ma anche l'ente al vertice del gruppo, "secondo uno schema legale che oltrepassa i confini della "gestione d'affari", assumendo piuttosto le sembianze di un *incarico di natura e portata gestoria*" è essenziale, al fine di escludere l'azione risarcitoria della dominata, nella riflessione di M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, Milano, 2010, p. 353 ss.

(62) Sulla ricostruzione della responsabilità ai sensi del 1 comma dell'art. 2497 c.c. sia consentito rinviare a L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., p. 2 ss.

unici legittimati a farne valere l'eventuale violazione (63), in base al principio generale per cui l'obbligazione produce effetti unicamente fra le parti (art. 1372, 1 co., c.c.).

– configurare la disciplina in esame come un'ipotesi normativa di superamento della autonoma soggettività della dominata quale centro di imputazione di diritti ed obblighi, inquadrabile in una ««offensiva contrattualistica», alla cui stregua la società “non serve più”, il diaframma della personalità giuridica è squarciato e l'agone è un agone fra soci” (64). Ciò sarebbe conseguenza del fatto che al centro della disciplina risarcitoria in esame viene posto non più il gruppo “nella sua dimensione pluralistica di società distinte...bensì il gruppo nella sua dimensione unitaria di impresa organica” (65).

(63) Si sottolinea che la possibilità di ricostruire in via interpretativa una relazione giuridica diretta fra capogruppo, da un lato, e soci e creditori delle dominate, dall'altro, deriva proprio dalla innovativa previsione dell'art. 2497, 1 co., c.c. In mancanza della deroga al principio della risarcibilità a favore del socio del solo danno diretto in esso prevista, sarebbe stato configurabile – in ossequio a quel principio – solo un'obbligazione fra la capogruppo e la società eterodiretta (infatti questa era la conclusione cui perveniva la giurisprudenza teorica e pratica pre-riforma). Per ulteriori approfondimenti v. L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., p. 236 ss.

(64) M. BUSSOLETTI, *Le nuove norme del codice civile in tema di processo societario*, in *Giur. comm.*, I, 2004, p. 310.

(65) P. ABBADESSA, *La responsabilità*, cit., p. 279 ss.; M. BUSSOLETTI, *Sull'irresponsabilità*, p. 427 proprio ipotizzando che l'azione del socio *ex art.* 2497, 1 co., c.c. sia non solo individuale ma anche non concorrente con quella, inesistente, della società eterodiretta. L'autore, riprendendo il proprio spunto nell'opera cit. alla nt. prec., afferma che in pratica la *holding* può essere considerata come “consocio sostanziale” di tutti i soci di minoranza del gruppo ed i soci “nella sostanza si fanno causa tra loro, addirittura anche a prescindere dal fatto che chi esercita la direzione unitaria abusiva sia direttamente consocio del socio esterno: il socio di minoranza fa causa al socio di maggioranza anche se costui non abbia una partecipazione diretta al capitale della società eterodiretta” (ed a proposito della ricostruzione di P. ABBADESSA, op.cit., si parla del gruppo come di una supersocietà (404)); M. MAUGERI, *Partecipazione*, cit., p. 368 ss.; G. GUIZZI, *Gestione*, cit., p. 170 ss. La stessa prospettiva è condivisa – nel presupposto di considerare il gruppo come una struttura organizzativa per l'esercizio dell'impresa, secondo l'insegnamento di P. FERRO LUZZI, *Riflessioni sulla riforma: la società per azioni come organizzazione del finanziamento d'impresa*, in questa *Rivista*, 2005, I, p. 680) – anche da M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, in questa *Rivista*, 2007, I, p. 641 ss. e L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., p. 34 ss.. Il superamento della personalità giuridica della dominata come possibile risultato dell'interpretazione dell'art. 2497, 1 co., c.c. è ben colto anche da F. GUERRERA, *Compiti*, cit., p. 513 ss. (il quale perviene ad una conclusione contraria a quella qui illustrata; anche se in un precedente lavoro lo stesso autore parlava a proposito dell'art. 2497, 1 co., c.c. di una soluzione normativa volta a estraniare la dominata rispetto al rapporto fra capogruppo e soci esterni, sia dal lato attivo sia dal

A favore di tale risultato interpretativo depone anche la constatazione per cui l'abuso di eterodirezione, implicando l'acquisizione, diretta o indiretta, da parte della capogruppo di vantaggi particolari a carico del patrimonio della controllata, quindi in violazione del vincolo di destinazione che presiede alla sua conservazione, rivela un sostanziale disinteresse per la stabilità e l'efficienza produttiva di quest'ultima. Non avrebbe pertanto molto senso, di fronte a tale disinteresse, riaffermare quel vincolo di destinazione di cui è espressione il principio generale dell'irrisarcibilità del danno al patrimonio sociale a favore del singolo socio e, perciò, continuare ad interporre, fra la *holding* ed i legittimati attivi *ex art. 2497, 1 co., c.c.*, la società eterodiretta quale soggetto interessato dalla condotta di chi esercita l'eterodirezione e dall'eventuale danno che ne deriva (66).

Alla luce di tali premesse, risulta scarsamente convincente il richiamo compiuto nel provvedimento in esame dell'art. 90 d.lgs. 270/1999 al fine di fondare la legittimazione attiva della società eterodiretta. A parte ulteriori rilievi già effettuati al riguardo dalla dottrina (67), le due

lato passivo). Si pronunciano in senso favorevole alla persistenza della legittimazione attiva della società eterodiretta, invece, G. SCOGNAMIGLIO, *Danno*, cit., p. 965; E. LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria*, Milano, 2012, p. 387 ss.; A.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Milano, 2013, p. 58 ss.

(66) C. ANGELICI, *La riforma*, p. 208, il quale afferma che “nella società di gruppo non si pone più in primo piano, come avviene in quella isolatamente considerata, un'esigenza di salvaguardare la sua attività in quanto tale e per le conseguenze che ne derivano per la generalità dei soci; vi è invece l'esigenza di tutelare coloro che in essa hanno investito, i soci appunto “esterni”, non quelli che, esercitando l'attività di direzione e coordinamento ed utilizzando quindi la società medesima strumentalmente a tal fine possono altrimenti soddisfare i loro interessi economici”; M. MAUGERI, *Partecipazione*, pp. 371-372; M. ROSSI, *Responsabilità*, cit., p. 627 ss.

(67) P. ABBADESSA, *La responsabilità*, cit., p. 289 ss. il quale nega l'utilità del riferimento alla norma citata nel testo per due motivi: *i*) l'incerta natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità degli amministratori della controllante lì prevista: mentre sarebbe agevole risalire dalla responsabilità di questi ultimi a quella della società dominante da essi amministrata qualora alla prima venisse riconosciuta natura aquiliana (arg. in base all'art. 2049 c.c.), non così automatica sarebbe l'estensione qualora alla responsabilità degli amministratori dovesse attribuirsi natura contrattuale (giusto il principio della relatività degli effetti del contratto), per cui in tale secondo caso la norma sancirebbe la legittimazione della società abusata verso gli amministratori della dominante, ma non verso quest'ultima, che invece viene in rilievo ai sensi dell'art. 2497, 1 co., c.c.; *ii*) la possibile intervenuta abrogazione della norma per contrasto con una norma equiordinata successiva qual è l'art. 2497, 1 co., c.c. (l'opinione di P. ABBADESSA al riguardo è ripresa, seppur dubitativamente, da U. TOMBARI, *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2004, p. 1164 ss. Non ritiene, invece, che sussistano argomenti decisivi per sostenere la tesi dell'abrogazione implicita

norma relative alla comune fattispecie dell'esercizio illecito della direzione unitaria, contengono risposte disciplinari radicalmente diverse, alle quali è sottesa una logica ed una concezione del gruppo antitetiche (68). A fronte della "rivoluzione copernicana" determinata dall'introduzione dell'art. 2497 c.c. rispetto a quanto prescritto per l'abuso di eterodirezione dall'art. 90 d.lgs. 270/1999, pare assai opinabile che elementi per ricostruire la disciplina della prima disposizione possano essere tratti dalla seconda (69).

Non decisiva sembra anche l'affermazione del tribunale milanese per cui la tesi che nega l'autonoma responsabilità della capogruppo verso la dominata finisce per obliterarne l'autonoma soggettività (70). In base alla superiori considerazioni, si potrebbe obiettare, infatti, che la disciplina dell'art. 2497 c.c. ha come fattispecie l'attività piuttosto che i soggetti a cui essa si imputa e che la centralità della prima implica la rimodulazione del concetto tradizionale di persona giuridica. In altri termini, se il legislatore ha predisposto un meccanismo di tutela degli interessi dei soci esterni al gruppo e dei creditori della dominata, che prescinde dalla tutela concorrente anche di quest'ultima, non si vede la necessità (e l'utilità) di mantenerne il ruolo di centro

dell'art. 90 d.lgs. 270/1999 da parte dell'art. 2497 c.c. – anche in considerazione del principio di specialità – F. GUERRERA, *Compiti*, cit., p. 516.

(68) P. ABBADESSA, *La responsabilità*, cit., 290 il quale evidenzia come mentre l'art. 90 "resta... stabilmente ancorato all'idea tradizionale di gruppo...; l'art. 2497 c.c. privilegia...l'unitarietà dell'impresa di gruppo rispetto all'unità soggettiva delle società partecipanti". Per ulteriori osservazioni sul rapporto di contrapposizione fra la responsabilità ex art. 2497 c.c. e quella ex art. 90 d.lgs. 270/1999 sia consentito rinviare a L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., p. 1 ss. ove a p. 231 nt. 135 e testo corrispondente riferimenti alla dottrina che sottolinea come l'eliminazione della legittimazione ad agire della dominata e l'esclusivo riconoscimento di quella individuale dei suoi soci sia giustificata dalle e coerente con le peculiari esigenze proprie del gruppo.

(69) Un rilievo analogo a quello proposto nel testo si trova già in C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in questa *Rivista*, 2013, p. 388 ss., il quale ammonisce di non leggere le norme nuove, secondo categorie costruite in relazione a quadri normativi di riferimento modificati o, come nel caso che qui interessa, prima inesistenti; G. GUZZI, *Gestione*, cit., p. 170 nt. 32, il quale attribuisce la conclusione della sentenza in esame dell'esistenza della legittimazione attiva della società eterodiretta a "quell'atteggiamento che tende a leggere le norme disconoscendone...la possibilità che esse innovino rispetto a impostazioni pregresse" (l'osservazione è riferita, in particolare, all'assunto indimostrato del tribunale secondo cui l'art. 2497, 1 co., c.c. non fa venir meno la legittimazione della dominata, ma si limita ad estenderla a soggetti che, altrimenti, ne sarebbero privi).

(70) V. F. GUERRERA, *Compiti*, cit., p. 513; negli stessi termini anche il provvedimento in commento.

di imputazione delle relazioni giuridiche (e, nello specifico, del diritto risarcitorio) (71).

Accettando ciò, si deve anche negare che la mancata previsione della responsabilità della capogruppo verso la dominata violi gli artt. 3 e 24 Cost. (72). Dalla seconda disposizione deriva il divieto di “lasciare totalmente prive di protezione situazioni giuridiche soggettive ... degne di essere tutelate dall’ordinamento (divieto di riduzione sostanziale della tutela)” (73). I superiori rilievi tendono, però, ad indicare che non sussiste – perché non previsto dalla legge e perché è superfluo configurarlo in via interpretativa – un diritto al risarcimento del danno della eterodiretta (74). La medesima constatazione rende priva di fondamento anche l’asserita violazione del principio di uguaglianza (75).

16. (76) Sebbene l’argomento meriti ben altro approfondimento di quello che gli si può qui dedicare, l’esclusione della legittimazione

(71) Chiarissimo in tal senso C. ANGELICI, *La riforma*, cit., p. 208 ss.; conf. M. BUSSOLETTI, *Sull’irresponsabilità*, cit., p. 424; M. ROSSI, *Responsabilità*, cit., p. 627 ss. E v., da ultimo, le pregnanti osservazioni in G. GUIZZI- I. PAGNI, *Noterelle in tema di legittimazione ad agire e interessi protetti nell’ipotesi di illecito esercizio del potere di direzione e coordinamento di società*, in *Società*, 2014, p. 590, ove ult. riferimenti e di G. GUIZZI, *Gestione*, cit., p. 170 ss. e nt. 32. Al rilievo nel testo ha fatto riferimento anche il tribunale di Milano (anche se per confutarlo), ove si menziona “la pretesa esautività della legittimazione concessa a soci e creditori della controllata”. L’obiezione opposta dal giudice non pare molto convincente (“poiché le azioni di questi ultimi [soci e creditori] per definizione sono mirati ad un ristoro del danno solo parziale e comunque non diretti al reintegro del patrimonio del soggetto direttamente danneggiato”). Certo ogni singolo socio e creditore agisce per il danno individualmente subito. Ciò non toglie però che se ognuno di questi soggetti vede riconosciuta dalla legge la legittimazione ad agire per ottenere il risarcimento, la legittimazione concorrente della società (che, se risarcita, ristorerebbe sia il danno dei soci (trattandosi di danno per loro indiretto) sia quello lamentato dai creditori) potrebbe anche dirsi superflua.

(72) Si tratta di una ulteriore argomentazione proposta dal provvedimento in esame; in Trib. Milano, 27.2. 2012, cit. e ricorrente anche in M. BUSSOLETTI, *Sull’irresponsabilità*, cit., p. 422. Sul punto si pronuncia in senso conforme al quanto sostenuto nel testo anche R. PENNISI, *Alcune considerazioni*, cit.; G. GUIZZI- I. PAGNI, *Noterelle*, cit., p. 590.

(73) P. COMOGGIO, “*Rapporti civili*”, in G. Branca (diretto da) e A. PIZZORUSSO (continuato da), *Commentario alla Costituzione* (Bologna-Roma, 1981), p. 2 ss.

(74) In sostanza affermare che il diritto al risarcimento del danno della eterodiretta deve esistere pena la violazione dell’art. 24 Cost. sembra dare per scontato un presupposto che va dimostrato, ossia che quel diritto è effettivamente configurabile.

(75) Per lo stretto legame che nella giurisprudenza costituzionale intercorre fra la violazione degli artt. 3 e 24 Cost., cfr. L. BENEDETTI, *la responsabilità*, cit., p. 243 ss.

(76) I seguenti spunti, applicati alla fattispecie in esame, sono tratti dalla sentenza di Cass., SS.UU., 28 marzo 2006, 7029, in DeG., 2006, 16 e da M. ORLANDI, *Volenti non fit iniuria*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 336 ss., che commenta la sentenza citata.

ad agire della società dominata può essere ricavata dall'applicazione del principio c.d. di autoresponsabilità (77), il cui fondamento normativo è stato individuato nell'art. 1227 c.c. (78). L'eziologia e la prevedibilità dell'illecito imputabili al danneggiato escludono *a priori* la rilevanza giuridica del fatto pregiudizievole: l'autoresponsabilità si risolve nell'esclusione dal circuito della rilevanza risarcitoria di quella parte di pregiudizio imputabile al danneggiato. Ciò in quanto il pregiudizio a sé stessi è incompatibile con l'idea giuridica di danno (79). *A fortiori*, ove l'evento dannoso sia integralmente imputabile al danneggiato, questo ne sopporta le conseguenze per intero, senza poter pretendere di traslarle su altri (80).

In riferimento all'ipotesi di abuso di direzione e coordinamento, qualora gli amministratori della dominata concorrano all'illecito (81), si "imputa il fatto del preposto all'ente a prescindere da ogni giudizio di dolo o di colpa" in virtù del principio di preposizione *ex art.* 2049 c.c. (82); ma ad un identico risultato si perviene in base all'esistenza del rapporto di immedesimazione organica (83). Cosicché tanto gli amministratori quanto la società eterodiretta divengono, verso l'esterno, il medesimo responsabile, ossia rispondono quali autori dell'illecito dovuto alla colpa o al dolo dei primi.

Ebbene, l'esistenza nella fattispecie in esame della legittimazione attiva della eterodiretta dipende, perciò, dalla risposta che si ritenga di dare alla seguente domanda: è l'eterodirezione abusiva interamente imputabile ad essa? Al quesito parrebbe doversi dare risposta affer-

(77) Si tratta del fenomeno per cui gli effetti di un comportamento, sebbene dannosi, debbono essere sopportati dal suo autore (V. CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004).

(78) V. la dottrina e la giurisprudenza cit. da V. CAREDDA, *Autoresponsabilità*, cit., 21 ntt. 20 e 21.

(79) S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 75; M. ORLANDI, Volenti, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 339.

(80) Chiarissimo in tal senso A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1979, p. 218 ss.

(81) Ma la configurabilità di una loro responsabilità non è necessaria ed automatica come meglio spiegato in L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., p. 76 ss. alla lettura del quale sia consentito fare rinvio.

(82) C. M. BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, V, 1994, p. 632; Cass. SS.UU., 28 marzo 2006, n. 7029, cit.

(83) A. VICARI, *Gli azionisti nella fusione*, Milano, 2004, p. 354; M. MAGGIOLO, *Responsabilità solidale e regressi nei gruppi di società*, in questa *Rivista*, I, 2006, p. 580, il quale aggiunge: "posto il rapporto organico, colpa e causalità sono evidentemente uniche"; L. VITTONI, *Reati degli amministratori, responsabilità civile della società e diritto di regresso*, in *Società*, 2003, p. 805.

mativa. Gli amministratori della dominata, infatti, sono eventualmente responsabili con la capogruppo *solidalmente* (art. 2497, 2 co., c.c.); pertanto l'evento dannoso per cui rispondono – e di conseguenza per cui risponde (in base al rapporto di preposizione o organico) anche la società amministrata – è, per definizione, *unico e imputato integralmente a ciascuno dei co-obbligati*, che, per tale motivo, sono tenuti a risarcire l'intero (84). Parrebbe dunque ricorrere il presupposto per negare, in applicazione del principio di autoresponsabilità, il diritto al risarcimento della dominata.

Si tratta, tuttavia, di un ragionamento che, per quanto faccia applicazione dei principi generali in materia di responsabilità civile e degli argomenti utilizzati in una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione (85), appare opinabile.

17. Contro gli argomenti appena esposti, possono essere sollevate due obiezioni, che depongono, pertanto, per la sussistenza della legittimazione attiva della società dominata.

In primo luogo, la ricostruzione proposta nel paragrafo precedente viene privata del suo fondamento dalla giurisprudenza teorica e pratica dominante, la quale sostiene che i soci della società eterodiretta danneggiata non hanno azione (a titolo di concorso con la *holding*) verso la stessa in relazione alla diminuzione del valore della loro partecipazione, perché l'illecito non è imputabile alla stessa, quanto, semmai, ai suoi

(84) Sulla coimputabilità come elemento fondante la previsione dell'art. 2055 c.c. v. M. ORLANDI, *La responsabilità solidale: profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, p. 127; A. GNANI, *La responsabilità solidale*, in *Codice civile. Commentario*, Milano, 2005, p. 46 ss.; e con specifico riferimento alla responsabilità da eterodirezione abusiva L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., p. 51 ss. In senso contrario a quanto si dice nel testo non si può obiettare che l'art. 2055 c.c. consente al 2 co. di distinguere l'incidenza causale delle diverse condotte rispetto alla realizzazione dell'evento. Infatti il c.d. *partagement* delle diverse serie causali è previsto soltanto ai fini del regresso nel rapporto interno fra i corresponsabili, mentre il principio di autoresponsabilità ha riguardo al profilo esterno dell'obbligazione risarcitoria, ovvero al rapporto fra gli autori del danno e il danneggiato, che dai primi pretende di essere risarcito (con la particolarità che qui danneggiato e uno dei danneggianti sono lo stesso soggetto). In altri termini: se la società eterodiretta è responsabile in solido con la capogruppo in conseguenza del fatto dei suoi amministratori, l'evento dannoso gli è integralmente coimputabile nei confronti del danneggiato che – nel caso di specie – coincide con sé stessa. Pertanto non potrà pretendere nemmeno un risarcimento parziale.

(85) V. Cass., SS.UU., 28 marzo 2006, n. 7029 cit., per negare la legittimazione a pretendere il risarcimento del danno da parte della società finanziata da una banca tramite un contratto fra esse stipulato, a fronte di una concessione abusiva di credito della seconda alla prima. V. in questi termini anche M. ORLANDI, *Volenti*, cit., p. 344 ss.

amministratori (86). Se questo è vero, emerge un ulteriore ambito problematico connesso alla disciplina dell'art. 2497 c.c., ovvero la necessità di stabilire – cosa che ancora non risulta sia stato fatto in dottrina – se esista e quale sia il meccanismo giuridico che conduce ad esonerare la società eterodiretta dalla responsabilità per abuso di direzione e coordinamento – della quale sono invece responsabili i suoi amministratori – ossia che determina l'interruzione dell'imputazione dell'illecito in virtù dell'immedesimazione organica (o del rapporto di preposizione), così inficiando la ricostruzione appena sopra proposta (87). Seppure anche questo profilo non possa qui essere compiutamente indagato, la futura indagine al riguardo potrebbe essere proficuamente indirizzata verso l'approfondimento del principio enunciato dalla dottrina tedesca, ad avviso della quale la condotta lesiva dell'organo sociale non è imputabile alla società ove la norma violata (nel nostro caso l'art. 2497, 1 co., c.c.) sia posta proprio a tutela dell'interesse di quest'ultima (88).

Procedendo ad individuare in positivo gli argomenti utilizzabili per sostenere l'esistenza del potere di agire della società dominata rispetto ai responsabili dell'abuso di eterodirezione, quello più convincente rinvenibile nel provvedimento in esame è costituito dal riferimento all'art. 2497, 3 co., c.c.: esso, prevedendo “la possibilità che sia la stessa società eterogestita a risarcire i suoi soci e creditori del danno che indirettamente hanno subito per effetto dell'esercizio dell'attività dell'ente dirigente”, viene considerato come prescrizione nella quale, implicitamente ma in modo chiaro, si legittima la stessa società eterogestita a rivolgersi all'ente dirigente per ottenere il risarcimento del danno, che altrimenti subirebbe addirittura due volte.

Come anticipato in un precedente commento ad una sentenza pronunciata su tale oscura disposizione (89), il passaggio fondamen-

(86) Per tutti v. Trib. Milano, 17 giugno 2011, in questa *Rivista*, 2013, II, p. 507 ss.

(87) Ma la questione si pone anche laddove si ritenga di dover applicare, per riferire l'illecito degli amministratori alla società amministrata, l'art. 2049 c.c.. Al riguardo merita di essere segnalato ed approfondito lo spunto interessantissimo di M. BUSSOLETTI, *Sull'irresponsabilità*, cit., p. 424, ove si ipotizza incidentalmente la possibile non operatività della disposizione nel rapporto fra la società dominata ed i suoi amministratori “visto che “il padrone” non è più la [prima], ma la *holding*”.

(88) MERTENS, *Die Geschäftsführungshaftung in der GmbH und das ITT-Urteil*, p. 470. In senso contrario a tale principio si è, però, pronunciata la menzionata sentenza delle Cass., SS.UU., 28 marzo 2006, n. 7029 le quali hanno senz'altro riferito il concorso degli amministratori della società alla concessione abusiva del credito da parte della banca alla loro società.

(89) Si veda, se si vuole, L. BENEDETTI, *La responsabilità da eterodirezione abusiva della capogruppo. Natura contrattuale o aquiliana? Eventuale carattere sussidiario?*, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 523 ss.

tale nell'interpretazione di quest'ultima consiste nel determinare in che modo i soggetti menzionati al primo comma possano dirsi "soddisfatti" dalla società dominata a cui fanno riferimento, perdendo, di conseguenza, la legittimazione ad agire verso la capogruppo. Certo tale soddisfazione ricorre quando l'ente in posizione apicale, dinnanzi ad un'azione esperita *ex art.* 2497, 1 co., c.c., compia un'attribuzione patrimoniale a favore della dominata, che provvede poi a risarcire i propri soci. Ma che ciò esaurisca il contenuto precettivo della disposizione in esame solleva qualche dubbio, poiché, se così fosse, essa sarebbe da considerare superflua (90)(91).

Per evitare un simile risultato, contrario ai canoni di corretta interpretazione, si può sostenere che la soddisfazione dei soci, la quale condiziona il loro diritto di essere risarciti dalla *holding*, derivi dal vittorioso esperimento dell'azione risarcitoria da parte della società eterodiretta. Si deve, infatti, ripetere, che il pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale *ex art.* 2497, 1 co., c.c. è un danno riflesso, che transita, cioè, per il patrimonio della dominata; risarcito questo, dunque, i soci sono già ristorati della lesione indirettamente patita in conseguenza dall'eterodirezione abusiva (92). D'altronde, il

(90) Nel senso che non sarebbe stata necessaria una specifica prescrizione per consentire alla capogruppo di mettere a disposizione della dominata le risorse con le quali ristorare i suoi soci e per sancire l'ovvia conseguente carenza, a seguito del risarcimento corrisposto dalla eterodiretta, della legittimazione di questi ultimi ad agire verso la *holding*. Chiarissimo in tal senso, P. ABBADESSA, *La responsabilità*, cit., p. 286; al contrario spiegano nel senso indicato nel testo l'art. 2497, 3 co., c.c. G. SCOGNAMIGLIO, *Danno*, cit., p. 960 ss.; M. MAUGERI, *Partecipazione*, cit., p. 379 ss.; F. GUERRERA, *Compiti*, cit., p. 517.

(91) In realtà, si potrebbe pensare, come forma di soddisfazione dei soci esterni al gruppo, anche "ad attribuzioni

patrimoniali della società [eterodiretta]... secondo criteri diversi da quello consueto che guarda alla misura proporzionale della loro partecipazione...": per es. attraverso una ripartizione degli utili tale da compensare i soci esterni al gruppo di quelli non percepiti a causa dell'abuso di eterodirezione; quindi una ripartizione non proporzionale approvata naturalmente dalla capogruppo-socia di maggioranza, interessata a non subire, in caso contrario, l'azione di responsabilità. Così e per la compiuta esemplificazione numerica dell'ipotesi C. ANGELICI, *Noterelle*, cit., p. 388 ss.

(92) Rispetto a tale evenienza (che può verificarsi nelle ipotesi descritte da F. GUERRERA, *Compiti*, cit., p. 515 s.) si è precisato in dottrina che la società eterodiretta che per prima abbia agito in responsabilità contro la capogruppo può ottenere "l'intero danno... a condizione che si impegni a tenere indenne la capogruppo dalle pretese che venissero, in un momento successivo, eventualmente azionate dal singolo socio... (ed anzi che si impegni... a mettere il *quantum* del risarcimento in ipotesi corrisposto dalla capogruppo immediatamente a disposizione dei soci... che facciano valere le rispettive

termine “soddisfatti” nel diritto civile indica l’attribuzione al creditore di un’utilità che ne realizza l’interesse (93). Pertanto, il risarcimento corrisposto dalla capogruppo alla eterodiretta, eliminando il danno cagionato al suo patrimonio che, in via mediata, pregiudica anche i soci, può certamente essere qualificato come “soddisfazione” del diritto risarcitorio vantato da questi ultimi ai sensi dell’art. 2497, 1 co., c.c. (94). Assumendo una diversa prospettiva, si può affermare che l’art. 2497 c.c., nel derogare con riguardo alle società soggette a direzione e coordinamento la regola generale del diritto societario che limita il diritto del socio al risarcimento del solo pregiudizio diretto, pone il problema di evitare la duplice riparazione (alla società dominata, da un lato; ai suoi soci, dall’altro) del medesimo danno da direzione unitaria scorretta. Tale eventualità non è esclusa, nel caso di eterodirezione abusiva, dalla funzione di *Konkurrenzsperr*e assolta proprio dalla limitazione della pretesa dell’azionista al solo danno diretto ex art. 2395 c.c. (95). Pertanto, è plausibile che il legislatore abbia voluto introdurre nel terzo comma dell’articolo in esame una prescrizione sostitutiva dell’art. 2395 c.c., volta a risolvere il problema della possibile concorrenza delle pretese dei diversi legittimati attivi in relazione alla riparazione del medesimo pregiudizio. Il criterio adottato nella norma di apertura del capo IX per risolvere tale problema sembra essere quello della priorità temporale dell’esercizio dell’azione: il socio non può agire contro la capogruppo se la società partecipata ha già ottenuto il risarcimento del danno da direzione unitaria scorretta (96). Dunque, alla prescrizione di cui all’art.

pretese risarcitorie) (G. SCOGNAMIGLIO, *Danno*, cit., p. 943 ss.). Ma per quanto si dice nel testo tale impegno della eterodiretta è superfluo poiché l’impossibilità per il socio di agire contro la capogruppo nel frangente descritto discende già dall’art. 2497, co. 3, c.c.

(93) V. R. CICALA, *L’adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, Jovene, 1968, p. 133 ss.; N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diverse dall’adempimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, 1, Torino, Utet, 1999, p. 314 ss. e la dottrina ivi citata a nt. 10.

(94) E. LA MARCA, *Il danno*, cit., p. 399 ss.; Trib. Milano, 17 giugno 2011, cit., ove si è ritenuto che la norma attribuisca ai soci danneggiati dalla eterodirezione abusiva la facoltà di chiamare in giudizio la propria società “in chiave di *denuntiatio litis*... per stimolarla a richiedere... il risarcimento del danno subito” dal quale deriverebbe anche la soddisfazione indiretta degli attori originari; Trib. Milano, 23 aprile 2008; e L. BENEDETTI, *La natura*, cit., p. 545 ss.

(95) Sul punto v. V. PINTO, *La responsabilità*, cit., p. 926.

(96) V. PINTO, *La responsabilità*, cit., p. 939, nt. 93; P. DAVIES, *Gower and Davies’ The Principles of modern company law*, London, Sweet & Maxwell, 2003, p. 456. Una soluzione al problema indicato nel testo che pare avvicinarsi a quella proposta è suggerita anche nel provvedimento in esame laddove si afferma che “concorso dei

2497, 3 co., c.c. sembra potersi attribuire una funzione (in altri termini, una *ratio*) – evitando di doverla considerare sostanzialmente superflua – soltanto se si presuppone che esista un'azione risarcitoria della eterodiretta da coordinare, per evitare inammissibili duplicazioni del risarcimento, con quella di cui è titolare il socio ai sensi del 1 comma.

LORENZO BENEDETTI

diritti al risarcimento per danno diretto ed indiretto deve trovare una soluzione processuale mediante *denuntiatio actionis* necessaria, riunione/sospensione/assorbimento/inammissibilità dei processi concernenti gli stessi fatti, con *vis attractiva* e prevalenza da riconoscere a quello avente ad oggetto il risarcimento del danno diretto”. Assai più complesso risulta essere l'ipotesi inversa a quella verosimilmente considerata all'art. 2497, 3 co., c.c., nella quale ad agire per primo siano stati i singoli soci, i quali abbiano ottenuto il risarcimento individuale del danno da eterodirezione. Per cenni al problema che non si può qui trattare per esteso si v. E. LA MARCA, *Il danno*, cit., p. 400 ss.