

# GIURISPRUDENZA COMMERCIALE

**42.2** Marzo-Aprile 2015

Publicazione bimestrale

ISSN 0390-2269

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003  
(conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

**Di particolare interesse in questo numero:**

Corrispondenza tra potere e rischio nelle azioni a voto plurimo

Concordato preventivo

Sequestro del prezzo del reato e confisca

*Fair value e fair price* nei contratti derivati



GIUFFRÈ EDITORE

© Copyright - Giuffrè Editore

## PARTE PRIMA

### DOTTRINA

<i>La concorrenza fra il diritto nazionale e il diritto europeo (UE e CEDU) nella giurisprudenza costituzionale italiana</i> , di Franco Gallo .....	255
<i>Il principio della corrispondenza tra potere e rischio e le azioni a voto plurimo: noterelle sul tema</i> , di Massimo Bione .....	266
<i>Conservatore e notaio: l'iscrizione nel registro delle imprese dopo il d.l. n. 91/2014</i> , di Vincenzo Donativi .....	279
<i>Il danno da concambio "incongruo"</i> , di Marco Maugeri .....	308
<i>Le proposte "indecenti" nel concordato preventivo</i> , di Antonio Rossi .....	331
<i>Informazione e dibattito nel procedimento assembleare delle s.p.a.</i> , di Federica Innocenti .....	349
<i>Nuove esperienze europee in tema di costituzione "semplificata" e a "basso costo" di società con responsabilità limitata</i> , di Alessio Bartolacelli .	382
<i>Cognizione di causa dell'azionista nell'esercizio del voto a distanza e riflessi sul governo societario</i> , di Valentina Pettirossi .....	409
<i>Il coordinamento degli ambiti di applicazione degli artt. 2497 e 2476, co. 7, c.c. rispetto alla s.r.l. di gruppo</i> , di Lorenzo Benedetti .....	432

## PARTE SECONDA

### RASSEGNE DI GIURISPRUDENZA

<i>Diritto delle assicurazioni</i> , di Ranieri Razzante .....	219
--	-----

### COMMENTI

<i>La giurisprudenza sulle società c.d. in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario</i> , di Elisabetta Codazzi (Cass., s.u., 25 novembre 2013, n. 26283) .....	236
--	-----

<i>L'estinzione delle società di capitali: la sorte di «mere pretese» e «crediti illiquidi», di Andrea Zorzi</i> (Cass., 21 gennaio 2014, n. 1183) .....	253
<i>Diritto penale dei mercati finanziari e sequestro dei proventi illeciti: confini della confisca, di Alain Maria Dell'Osso</i> (Cass., 28 marzo 2014, n. 14600) .....	269
<i>Fallimento e cooperative agricole: alcuni chiarimenti, di Emanuele Cusa</i> (Cass., 24 marzo 2014, n. 6835) .....	284
<i>Prelazione statutaria e potere di riscatto, di Giuseppe Ferri jr</i> (Cass., 3 giugno 2014, n. 12370) .....	299
<i>Sull'asserita "trasformazione" dell'uomo in società (e viceversa), di Lorenzo De Angelis</i> (Massima Consiglio notarile del Triveneto n. K.A.37) .....	311
<i>Quando i termini diventano d'uso ai fini dell'esonazione dalla revocatoria fallimentare, di Clemente Pecoraro</i> (Trib. Salerno, 18 giugno 2013 e Trib. Salerno, 4 novembre 2013) .	316
<i>Fair value e fair price nei contratti derivati, di Francesco Caputo Nasseti</i> (Collegio arbitrale, 4 luglio 2013) .....	349
<i>I rapporti tra emittente, banca depositaria e obbligazionista nell'ambito della delegazione di pagamento, di Tommaso Ricolfi</i> (Trib. Milano, 16 luglio 2013) .....	389
<i>La responsabilità solidale delle società partecipanti a operazioni di scissione, di Gabriele Grosso</i> (Trib. Milano, 22 luglio 2013) .....	410

## INDICE ANALITICO DELLE DECISIONI

(I numeri in neretto si riferiscono alle pagine di questo fascicolo)

### ARBITRATO

*Contratto di interest rate swap e contratto di opzione tra banca ed operatore qualificato*

Oggetto del contratto - Nullità per mancanza di comunicazione del *mark-to-market*..... **337**

### BANCA (ISTITUTI DI CREDITO)

#### *Vigilanza*

Sanzioni previste dall'art. 144 d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 - Consiglieri di amministrazione non esecutivi delle banche - Generale dovere di agire informati sulla gestione della società - Sussistenza - Contenuto - Fondamento - Fattispecie..... 24

## Il coordinamento degli ambiti di applicazione degli artt. 2497 e 2476, co. 7, c.c. rispetto alla s.r.l. di gruppo

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'eterodirezione nel tipo s.r.l. — 3. Il confronto fra le fattispecie di cui agli artt. 2497, co. 1 e 2476, co. 7, c.c. — 4. *Segue*: distinzione fra decisione e autorizzazione. — 5. Il concetto di approvazione di cui all'art. 2479, co. 1, c.c. — 6. Il rapporto fra le fattispecie dell'art. 2497, co. 1 e 2476, co. 7, c.c. La relazione fra atto ed attività. — 6.1. *Segue*: esistenza di una relazione di specialità. — 7. Il concorso dell'art. 2476, co. 7 con la previsione dell'art. 2497, co. 2, c.c. — 7.1. *Segue*: l'esistenza di una relazione di specialità fra le fattispecie. — 8. L'applicazione cumulativa dei due rimedi. Critica. — 9. L'applicazione esclusiva dell'art. 2497, co. 1 o dell'art. 2476, co. 7, c.c.: a) l'art. 2476, co. 7, c.c. — 10. *Segue*: b) l'applicazione esclusiva dell'art. 2497, co. 1, c.c. fondata sul principio di specialità. — 11. La *ratio* dell'applicazione del principio di specialità. — 12. Spunti comparatistici. — 13. Gli indici dell'inizio dell'attività di eterogestione: i) in caso di ingerenza di fatto. — 14. *Segue*: ii) in caso di attività di eterodirezione avente fondamento statutario o contrattuale.

1. *Premessa*. — Il problema del coordinamento e/o della delimitazione degli ambiti di applicazione degli artt. 2497, e 2476, co. 7, c.c. deriva dalla possibilità che essi concorrano (almeno apparentemente, ossia *prima facie*) a disciplinare una stessa fattispecie concreta: quella in cui il socio di s.r.l. decida o autorizzi un atto gestorio dannoso (1). Il problema che si pone all'interprete è quindi di verificare l'ammissibilità di una "fungibilità applicativa biunivoca [delle due norme], in nome della quale, rispettivamente, decretare la sanzionabilità dell'esercizio dannoso di un'attività di direzione e coordinamento...nonché quella del pregiudizio prodotto da un'intenzionale decisione oppure autorizzazione di un atto dannoso" azionando, indifferentemente, a scelta dell'attore, l'uno o l'altro rimedio.

Nella riflessione che segue si procederà alla ricostruzione delle due norme per così dire in parallelo, in modo da chiarire se, quando ed in che misura la necessità di un coordinamento possa prospettarsi; per poi verificare l'ammissibilità di una loro applicazione concorrente a fattispecie concrete eventualmente suscettibili di essere sussunte in entrambe.

2. *L'eterodirezione nel tipo s.r.l.* — L'importanza pratica di coordinare due disposizioni volte a disciplinare la responsabilità per l'esercizio del potere di eterogestione su una s.r.l. deriva da un fatto che raramente è stato rilevato nel

---

(1) Si dà per scontato, naturalmente, che sussistano i presupposti sia dell'una come dell'altra norma in esame, quali l'intenzionalità (richiesta dall'art. 2476, co. 7, c.c.), l'agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, l'attività di direzione e coordinamento e il danno alla redditività e al valore della partecipazione sociale o all'integrità del patrimonio sociale (presupposti dell'art. 2497, co. 1, c.c.).

nostro ordinamento, ma che, al contrario, risulta ben conosciuto dalla dottrina tedesca in materia di *GmbH-Konzernrecht* <sup>(2)</sup>: lo statuto organizzativo del socio — non necessariamente di controllo — di una s.r.l. “è declinato dal legislatore in modo tale da consentire — attraverso un adeguato utilizzo dell’autonomia statutaria — un’efficiente trasmissione ed esecuzione delle direttive della capogruppo” <sup>(3)</sup>. In altri termini, è possibile identificare “nei gruppi uno dei principali e contraddistintivi scenari di adozione delle” società a responsabilità limitata, venendo, così, a configurarsi i presupposti per l’applicazione dell’art. 2497, oltre che dell’art. 2476, co. 7, c.c. <sup>(4)</sup>.

Seguendo la successione degli articoli del codice si consideri:

a) l’art. 2468, co. 3, c.c.: sfruttando la possibilità di attribuire nell’atto costitutivo “a singoli soci” particolari “diritti riguardanti l’amministrazione della società”, pare ammissibile formalizzare il loro potere di impartire direttive aventi ad oggetto uno o più aspetti della gestione sociale. La dottrina ritiene, infatti, possibile contenuto di quelle particolari prerogative l’assunzione diretta di decisioni gestionali su specifici argomenti <sup>(5)</sup>. Se si considera che l’attività di direzione e coordinamento consiste — come si vedrà oltre, analizzando la fattispecie oggetto dell’art. 2497, co. 1, c.c. — nell’effettivo esercizio di un potere determinante “...i processi decisionali” <sup>(6)</sup> delle società controllate, concernenti almeno una delle funzioni gestorie fondamentali, risulta chiaro come ad essa possa

---

<sup>(2)</sup> In Germania, a fronte di una disciplina legislativa del *Konzern* riguardante la *Aktiengesellschaft*, non esiste invece una disciplina legislativa per il *GmbH-Konzern*, la cui regolamentazione è quindi affidata interamente all’elaborazione della giurisprudenza teorica e pratica. Sulla disciplina del *GmbH-Konzern* v., fra i molti, LUTTER, in LUTTER-HOMMELHOFF, *GmbH*, Köln, 2009, *Anh.* §13, Rn 1 ss., 427 ss.; LEIBSCHER, *GmbH-Konzernrecht*, Köln, 2006; EMMERICH-HABERSAK, *Konzernrecht*, Köln, 2008, 465 ss.

<sup>(3)</sup> TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè, 2010, 128. Sul punto v. anche LEIBSCHER, (nt. 2), 44 ss. ove ampi riferimenti alla dottrina tedesca.

<sup>(4)</sup> CARIELLO, *La s.r.l. di gruppo*, in *S.r.l. commentario*, a cura di Dolmetta e Presti, Milano, Giuffrè, 2011, 1054 ove ampie citazioni, 1054; *adde*, già G. SCOGNAMIGLIO, *La nuova s.r.l. e i gruppi di società*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di Cian, Padova, Cedam, 2004, 327 ss., la quale però solleva al riguardo anche qualche dubbio; BUSSOLETTI, *Sulla “irresponsabilità” da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 422. L’eventuale applicabilità concorrente dell’art. 2476, co. 7, e 2497 c.c. risulta ulteriormente possibile, in ragione della diffusa convinzione che li stessi siano espressione del comune principio di eterodirezione della singola società da parte di soggetti diversi da quelli formalmente preposti alla gestione (CARIELLO, *cit.*, 1063, ove ampi riferimenti). La rilevanza della questione che ci si accinge ad approfondire è testimoniata dal fatto che in molti dei contributi occupatisi dell’art. 2476, co. 7, c.c. si è avvertita anche la necessità di confrontare e coordinare tale disposizione con l’art. 2497 c.c. (per le opportune citazioni, si rinvia a CARIELLO, *cit.*, 1063 ss., che ha trattato l’argomento da ultimo ed in maniera più articolata; MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*, 3, Torino, Utet, 2006, 687; PINTO, *La responsabilità degli amministratori per “danno diretto” agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2, Torino, Utet, 2006, 938, nt. 89; RANIELI, *La responsabilità gestoria dei soci di s.r.l.*, in *Vita not.*, 2006, 1018 ss.).

<sup>(5)</sup> BLANDINI, *Categorie di quote e categorie di azioni: considerazioni sui diritti particolari dei soci di società a responsabilità limitata tra struttura personalistica e capitalistica*, Milano, Giuffrè, 2009, 99; M. STELLA RICHTER, *La società a responsabilità limitata. Disposizioni generali. Conferimenti. Quote*, in *Aa.Vv.*, *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2012, 293; DACCÒ, *I diritti particolari del socio nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa-Portale, 3, Torino, Utet, 2007, 403-404; TOMBARI, (nt. 3), 130.

<sup>(6)</sup> V. MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, Giappichelli, 2007, 234 per il virgolettato; e per un ampio approfondimento sul punto e ulteriori

essere attribuito rilievo statutario ai sensi dell'art. 2468, co. 3, c.c. così da integrare la previsione dell'art. 2497-*septies* c.c. (attività di direzione e coordinamento basata su clausole dello statuto della dominata) (7). Vi è addirittura chi ammette che l'attività di direzione e coordinamento possa essere configurata, in sé e per sé, quale "particolare diritto amministrativo" ex art. 2468, co. 3, c.c. (8);

b) l'art. 2479, co. 1, c.c. ai sensi del quale i soci "decidono" (9) sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo" (corsivo aggiunto). Il preciso tenore letterale della prescrizione, unitamente alla distinzione fra i due diversi tipi di atto imputabili al socio ex art. 2476, co. 7, c.c. ("deciso o autorizzato") e all'ampia autonomia statutaria esercitabile nel tipo s.r.l. a seguito della riforma, porta a ritenere che il coinvolgimento nella gestione della collettività (10) possa assumere i connotati dell'attribuzione di un pieno potere decisionale sulle materie ad essa devolute (11), il cui esercizio ha effetto vincolante

---

riferimenti v. BENEDETTI, *La responsabilità aggiuntiva ex art. 2497, co. 2, c.c.*, Milano, Giuffrè, 2012, 102 ss.

(7) Ci si riferisce nel testo all'ipotesi nella quale l'oggetto dei diritti particolari consiste in "Sonderrechte funzionali all'esercizio di poteri...suscettibili di integrare il supporto costitutivo dell'attività [di eterodirezione]" (CARIELLO, (nt. 4), 1075). In senso conf. a quanto si dice nel testo v. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Codice civile. Commentario*, 2010, I, Milano, Giuffrè, 2010, 933, nt. 16 ove si legge che "la possibilità di attribuire poteri amministrativi a singoli soci a titolo di diritto particolare fa... della s.r.l. il terreno elettivo di quella attività di direzione e coordinamento sulla base di clausole statutarie di cui fa parola l'art. 2497-*septies*, nell'ipotesi... in cui il soggetto esercente la suddetta attività sia socio"; R. SANTAGATA, *I diritti particolari dei soci*, in *S.r.l. commentario*, Milano, Giuffrè, 2011, 291; TOMBARI, (nt. 3), 131; per la dottrina tedesca LUTTER, (nt. 2), *Rdn* 10, 432. Nel testo si allude ad una eventuale configurazione del diritto amministrativo particolare del socio di s.r.l. diversa da quella cui fa riferimento, sempre valorizzando il collegamento fra art. 2468, co. 3 e 2497-*septies* c.c., R. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadesse-Portale, 3, Torino, Utet, 2007, 823 ss., il quale ha riguardo al particolare diritto di nominare la maggioranza o la totalità degli amministratori come presupposto dell'esercizio della direzione unitaria soggetta alla disciplina del capo IX.

(8) BLANDINI, (nt. 5), 133 ss. e 130 ss., ove si sottolinea anche l'importanza del nuovo art. 2497-*septies* c.c. al fine di riconoscere la legittimità di clausole statutarie che legittimano la soggezione della società ad eterodirezione, legittimità dubbia *ante* riforma, ma già ipotizzata da G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *I gruppi di società*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 37; in senso contrario a quanto sostenuto dall'autore per primo *cit.*, v. CARIELLO, (nt. 4), 1075.

(9) Si enfatizza il termine "decidono" perché, come già accennato e come si vedrà meglio oltre nel testo, si assume che l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento ex art. 2497, co. 1, c.c. consista nel potere di *decidere* con sovranità ed indipendenza sulle materie oggetto dell'eterodirezione.

(10) ZANARONE, (nt. 7), 933, precisa che "l'atto costitutivo è autorizzato dalla legge (art. 2479, co. 1, c.c.) a riservare qualsiasi materia, dunque anche gestoria, alla collettività dei soci".

(11) Nel senso della natura decisoria della competenza statutaria attribuita ai soci v. ZANARONE, (nt. 7), 933, ove si evidenziano le differenze fra la previsione in esame e l'art. 2364 n. 5 c.c.; CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2003, 241, per il quale "i termini "deciso" e "autorizzato" impiegati dall'art. 2476, co. 7, c.c. "richiamano...le attività indicate all'art. 2479" (ossia il termine "deciso" va riferito alle competenze legali e statutarie dei soci ex art. 2479, co. 1, c.c.; mentre il termine "autorizzato" andrebbe interpretato come alternativo ad "aprovato"; M. CIAN, *Le decisioni dei soci*, in *Trattato della società a responsabilità limitata*, diretto da Ibba-Marasà, IV, Padova, Cedam, 2009, 5 ss. ove si osserva che "le opzioni statutarie... appaiono indirizzabili...verso una conduzione dell'impresa ripartita fra socie e gestori, e persino verso strutture in cui la stessa sia eminentemente riservata ai primi, in radicale antitesi rispetto agli schemi della società a base azionaria" e che nella s.r.l. si "manifesta... la possibilità di avocare [al socio] ogni decisione in merito a qualsivoglia operazione gestoria" (8-9); TOMBARI, (nt. 3), 129. In argomento v. anche ABBADESSA, *La*

sull'organo amministrativo <sup>(12)</sup>. Così interpretato, questo frammento della disciplina della s.r.l. consente di legittimare per statuto un'attività di eterodirezione (che, essendo fondata su una previsione dell'atto costitutivo, sembra assumere carattere duraturo), la cui titolarità dovrà essere riconosciuta al socio capace di determinare sistematicamente il contenuto delle decisioni gestorie adottate dai partecipanti alla società <sup>(13)</sup>.

c) la devoluzione di argomenti ai soci, sempre ai sensi dell'art. 2479, co. 1, c.c., su richiesta degli stessi o degli amministratori <sup>(14)</sup>. La capacità di questa previsione di traslare il potere decisorio in merito alla gestione sociale può, peraltro, essere accresciuta dall'atto costitutivo, qualora esso consenta la riduzione della frazione del capitale sociale (un terzo) dalla quale, per legge, l'istanza deve provenire <sup>(15)</sup>. Anche in tal caso è ipotizzabile l'imputazione ad uno o più soci dell'esercizio di quel potere decisorio avente ad oggetto almeno un segmento strategico dell'impresa che, acquistando i caratteri della stabilità e della continuità, integra gli estremi dell'*einheitliche Leitung* <sup>(16)</sup>.

Dal quadro normativo sommariamente riassunto emerge una vasta gamma di possibilità per il socio di s.r.l. di divenire il soggetto, a cui risultano imputabili "atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa", ossia quel potere, pieno ed assoluto, di determinare le scelte strategiche nel quale si

---

"voice" dei soci nella gestione della s.r.l., in *Riv. dir. soc.*, 2012, 186 ss.; ABRIANI, *La società a responsabilità limitata. Le decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2008, 298-299; VIGO, *Decisioni dei soci: competenze*, in *Il nuovo diritto delle società*, 3, Torino, Utet, 2007, 470 ss.; DEMURO, *Le decisioni sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione nella s.r.l.*, Milano, Giuffrè, 2008, 35 ss.; GUIZZI, *L'assemblea: ovvero delle competenze dei soci e del modo di esercitarle nella società a responsabilità limitata riformata (due esperienze a confronto)*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 27 ss.

<sup>(12)</sup> CAGNASSO, *Gestione attribuita ai soci della società a responsabilità limitata e ruolo degli organi di amministrazione e controllo*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 457.

<sup>(13)</sup> Per l'utilizzabilità dell'attribuzione di competenze decisorie in via statutaria quale strumento di efficiente trasmissione di direttive dal socio dominante alla s.r.l. dominata, v. TOMBARI, (nt. 3), 128. Si consideri che, a prescindere dalla quota partecipativa posseduta (quindi anche in caso di titolarità di una quota minoritaria), il socio potrebbe essere nella condizione di determinare stabilmente le decisioni amministrative grazie all'attribuzione a suo favore di particolari diritti amministrativi ex art. 2468, co. 3, c.c. Al contrario di quanto si dice nel testo, l'attività di eterodirezione parrebbe da considerare inesistente se la formazione delle decisioni gestorie fosse determinata da maggioranze o da soci di volta in volta differenti, per mancanza di quella sistematicità e continuità che la caratterizzano; in tal caso sarebbe possibile, forse, ipotizzare soltanto singoli atti di ingerenza gestoria rilevanti ai sensi dell'art. 2476, co. 7, c.c. da parte di quei soci che di volta in volta si siano rivelati determinanti (con il voto, con l'influenza in sede di discussione assembleare o in altro modo) per l'assunzione della decisione. Se invece le decisioni fossero approvate da una maggioranza stabile, al raggiungimento della quale concorrono più soci, potrebbe configurarsi un'attività di direzione e coordinamento congiunta.

<sup>(14)</sup> Sull'argomento v. M. CIAN, (nt. 11), 23 ss. ove ulteriori ampi riferimenti.

<sup>(15)</sup> ABRIANI-MALTONI, *Elasticità organizzativa e riparto delle competenze nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 36; *Principi uniformi in tema di società elaborati dalla commissione del Consiglio notarile di Milano*, in *Riv. not.*, 2006, 272; ZANARONE, (nt. 7), 1258 nt. 17.

<sup>(16)</sup> La rilevanza della devoluzione di argomenti ai soci al fine di configurare l'eterogestione di uno o più di essi sulla s.r.l. dipende dal significato, che si ritenga di attribuire al termine approvazione utilizzato dal secondo periodo del 1 comma dell'art. 2479 c.c. e, più specificamente, dalla possibilità che quel vocabolo possa intendersi come atto suscettibile di assumere i connotati dell'esercizio di un potere *decisorio* in materia di gestione. Possibilità che si ritiene ammissibile: v. oltre § 5.

risolve l'attività di direzione e coordinamento<sup>(17)</sup>. Altrimenti detto: le previsioni degli artt. 2468, co. 3, e 2479, co. 1, c.c. risultano idonee a realizzare, all'interno dell'organizzazione corporativa della s.r.l., quella traslazione — anche formale, tramite un'espressa previsione dell'atto costitutivo — del potere di gestione al di fuori dei confini istituzionali dell'organo amministrativo<sup>(18)</sup>, caratterizzante le aggregazioni di gruppo<sup>(19)</sup>.

Quanto appena rilevato consente di prefigurare un ampio numero di ipotesi in cui si creano le premesse di un "concorso apparente di norme"<sup>(20)</sup> rispetto alla medesima ingerenza gestoria del socio di s.r.l., ossia del fenomeno nel quale un'unica condotta integra contemporaneamente, *prima facie*, gli estremi di due diverse disposizioni<sup>(21)</sup>: da una parte, l'art. 2476, co. 7, c.c., avente per oggetto

---

<sup>(17)</sup> Si precisa che per aversi attività di direzione e coordinamento *ex art.* 2497, co. 1, c.c., il potere descritto nel testo deve assumere il carattere della stabilità e durevolezza, come si desume dalla natura imprenditoriale di quell'attività (che è professionale e non occasionale: art. 2082 c.c.) e dagli adempimenti pubblicitari di cui all'art. 2497-bis c.c. Per la definizione dell'eterodirezione proposta nel testo v. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 317 ss. (a cui appartiene il virgolettato). V. anche M. CIAN, (nt. 11), 24, che nel definire i contenuti dell'intervento nella gestione dei soci *ex art.* 2479, co. 1, c.c. afferma che esso può vertere, esattamente come l'eterodirezione, "sulla definizione di piani strategici generali o di direttive in merito alla conduzione dell'impresa".

<sup>(18)</sup> Così sintetizzavano l'effetto della costituzione del gruppo, *ante* riforma, MONTALENTI, *La traslazione dei poteri gestori nei gruppi di società: i management contracts*, in *Contr. e imp.*, 1987, 436 ss.; ABRIANI, *Gli amministratori di fatto nelle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1998, 119.

<sup>(19)</sup> In sostanza, sfruttando opportunamente la libertà di conformare l'organizzazione sociale tramite lo statuto, così come la fluidità della ripartizione delle competenze gestorie fra amministratori e soci, nella s.r.l. può realizzarsi una "maggiore vicinanza" (rispetto a quanto possibile nella s.p.a.) di questi ultimi all'esercizio del "potere di direzione e gestione imprenditoriale" nel quale si risolve anche la direzione unitaria di gruppo: CARIELLO, (nt. 4), 1055 (che richiama GUERRERA, "Compiti" e responsabilità del socio di controllo, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 506) e 1072 ss. sulla connessione fra la disciplina organizzativa della s.r.l. e la costituzione di un gruppo. Naturalmente, il concorso apparente fra l'art. 2476, co. 7, e l'art. 2497, 1 co, c.c. può anche realizzarsi a prescindere da previsioni statutarie, quando l'eterodirezione si espliciti su un piano squisitamente fattuale. Il quadro normativo relativo alla nuova s.r.l. e la sua idoneità a renderla particolarmente adatta ad assumere la qualità di società diretta e coordinata trova una corrispondenza, a livello comparatistico, nell'ordinamento tedesco, nel quale è previsto, anche nel silenzio dello statuto, il potere (*Weisungsrecht*) dell'assemblea di impartire istruzioni vincolanti (§ 37, *Abs. 1, GmbH-Gesetz*), cui corrisponde un *Folgenspflicht* degli amministratori, per il quale sono esonerati dalla responsabilità verso la società (arg. *ex* § 43, *Abs. 3, GmbH-Gesetz*) (v. LUTTER, (nt. 2), 821 e M. CIAN, (nt. 11), 24 ntt. 80 e 81 ove ampi riferimenti anche alla dottrina spagnola); dove, inoltre, una minoranza dei soci può attivare la competenza decisionale della collettività (§ 50, *Abs. 1., GmbHG*); e dove, infine, può essere statutariamente attribuita alla compagine sociale un potere di indirizzo o di deliberazione in merito ad operazioni gestorie (§ 45 *GmbHG, Abs. 1* e le ampie citazioni in M. CIAN, *cit.*, 32 nt. 103, il quale indica le discipline analoghe vigenti, per i tipi sociali corrispondenti alla *GmbH* tedesca, in Belgio, in Francia, in Svizzera, in Spagna ed in Usa). Alla luce di tali disposizioni la dottrina tedesca rileva come le regole che governano la *GmbH* semplifichino, rispetto all'*AktG*, le condizioni per poterla strumentalizzare quale società eterodiretta nell'ambito di un *faktische Konzern*; al che consegue la conclusione dell'inapplicabilità analogica dei §§ 311-318 *AktG* (v. TOMBARI, (nt. 3), 128 nt. 99 e RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, Giuffrè, 1999, 312 e 653 ove ampi riferimenti).

<sup>(20)</sup> Da ultimo per la ricognizione della dottrina e della giurisprudenza sul tema in materia penale v. CAPELLO, *Il concorso di reati e di norma*, in *Giurisprudenza critica*, diretta da CENDON, Torino, Utet, 2005, 57-71.

<sup>(21)</sup> Ai sensi della disciplina della s.r.l., l'eterodirezione sarà esercitata o in via meramente fattuale, come conseguenza del controllo, o potrà essere fondata su una previsione contenuta nell'atto costitutivo (trovando in tal caso applicazione l'art. 2497-septies c.c.). Le clausole inseribili nello statuto ai sensi delle norme citate nel testo risultano invece incompatibili con il principio, vigente per



la disciplina della responsabilità da eterogestione dannosa sulla s.r.l.; dall'altra, l'art. 2497 c.c. quale disciplina "transtipica" della responsabilità per attività di direzione e coordinamento abusiva sulla società dominata.

3. *Il confronto fra le fattispecie di cui agli artt. 2497, co. 1 e 2476, co. 7, c.c.* — Chiarita la rilevanza pratica del problema del coordinamento e/o della delimitazione degli ambiti applicativi degli artt. 2476, co. 7 e 2497 c.c., ossia individuate le "occasioni" in cui la s.r.l. può essere assoggettata all'attività di direzione e coordinamento — che è indefettibile presupposto di applicabilità dell'art. 2497 c.c. e dunque anche del porsi del problema in esame —, occorre stabilire se le fattispecie astratte delle norme appena menzionate presentino dei profili comuni, che le rendano suscettibili, almeno teoricamente, di disciplinare il medesimo caso concreto <sup>(22)</sup>.

La determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 2497, co. 1, c.c. comporta la necessità di chiarire il significato dell'inciso — lì utilizzato — "esercitando attività di direzione e coordinamento", che concorre a definire la condotta sanzionata, genericamente individuata col verbo "agiscono" <sup>(23)</sup>. Decisivi, a tal fine, appaiono *a*) i connotati che l'attività di direzione e coordinamento assume quale fenomeno della realtà economico-sociale <sup>(24)</sup> e *b*) gli artt. 2497-*bis* e *ter* c.c.

*a*) Dal punto di vista della prassi, il concetto di eterodirezione evoca l'esercizio di un potere gerarchicamente sovraordinato, che incide in modo determinante sui processi decisionali concernenti la gestione del gruppo <sup>(25)</sup>. La direzione unitaria, infatti, si concretizza nell'elaborazione di un piano imprendi-

---

le s.p.a., sancito dall'art. 2380-*bis* c.c. Il che dimostra come più ampie siano le possibilità da sfruttare per assoggettare ad attività di direzione e coordinamento una s.r.l. piuttosto che una s.p.a. Di ciò si ha conferma se solo si considerano le profonde modifiche che la riforma del diritto societario ha introdotto in ordine all'ingerenza gestoria dei soci nella s.p.a. Mentre la disciplina previgente contemplava — all'art. 2364, n. 4, c.c. — due meccanismi che permettevano un vero e proprio spostamento della competenza deliberativa in materia gestionale, come la sottoposizione all'esame dell'assemblea da parte degli amministratori di oggetti attinenti alla gestione e la riserva di competenze prevista dallo statuto (sui quali v. da ultimo, ABBADESSA-MIRONE, *Le competenze dell'assemblea delle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, 269 ss., ove ampi riferimenti), il nuovo art. 2364, n. 5, c.c. consente attualmente solo la possibilità che lo statuto preveda "autorizzazioni per il compimento di atti degli amministratori". Poiché quest'ultima prescrizione viene interpretata pacificamente nel senso che lo statuto di una s.p.a. giammai possa attribuire all'assemblea una vera e propria "decisione" in materia di gestione (ABBADESSA-MIRONE, *cit.*, 269 ss.; PORTALE, *Rapporti tra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa-Portale, 2, Torino, Utet, 2007, 25; MAUGERI, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nelle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2013, 336 ss.), ne consegue l'impossibilità, in questo tipo di società, di riconoscere al socio la titolarità di un potere avente i connotati propri dell'esercizio dell'eterodirezione tramite una previsione statutaria.

<sup>(22)</sup> Sulla necessità, per individuare un concorso di norme, della "comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire" le rispettive fattispecie v. Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1965, e 20 ottobre 2010, n. 1255, in *Rass. trib.*, 2011, 541.

<sup>(23)</sup> L'atto dannoso a cui allude l'art. 2497, co. 1, c.c. ("agiscono") estrinseca, concretizza l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. Chiarendo i connotati di quest'ultima, si specificano, di conseguenza, anche le caratteristiche del primo.

<sup>(24)</sup> Per maggiori ragguagli su tale tecnica interpretativa e sulla legittimità del suo utilizzo per chiarire i confini applicativi dell'art. 2497, co. 1, c.c. v. BENEDETTI, (nt. 6), 100 ss.

<sup>(25)</sup> Cfr. G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi di società ed il diritto societario: un nodo da*

toriale globale e nella sua imposizione a tutte le società subordinate. Essa si risolve nell'effettivo esercizio da parte della capogruppo di un "ruolo fondamentale nella gestione dei processi decisionali" delle società dominate, consistente in "una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere... sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale, che attengono alla conduzione degli affari sociali" (26).

Del resto, l'imputazione di un potere avente tali connotati all'ente al vertice del gruppo risulta confermata dalla natura imprenditoriale dell'attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2082 c.c. (27). Negli studi sulla teoria dell'impresa si afferma, infatti, che costituisce presupposto giuridico della sua imputazione oppure — secondo altra opinione — una conseguenza di quest'ultima proprio la "direzione cioè (il)... dominio... la sovranità" (28). Ciò significa che la titolarità da parte della *holding* dell'attività di direzione e coordinamento, che è attività imprenditoriale, presuppone o comporta la necessità di riconoscerle un potere determinante, decisivo, rispetto alla conduzione del gruppo (29).

L'esame della realtà economico-sociale e gli spunti provenienti dalla teoria dell'impresa indicano, dunque, che l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, disciplinato sotto il profilo sanzionatorio dall'art. 2497, co. 1, c.c., è costituito da una serie funzionalmente e strutturalmente coordinata di *decisioni* (30).

b) Questa conclusione trova un ulteriore fondamento nel nuovo art. 2497-ter c.c. Raffrontando tale disposizione con l'obbligo di motivazione previsto dall'art. 2391 c.c., si è rilevato che la prima prescrive qualcosa di meno rispetto a quest'ultimo. Agli amministratori della società dominata, a differenza di quanto previsto per quelli della società indipendente, non compete, prima di attuare una direttiva della capogruppo, la valutazione della conformità dell'operazione eterodiretta all'interesse della società amministrata. Il differente contenuto precettivo fra le due norme è stato ritenuto inspiegabile, se non riconoscendo alla società in posizione apicale rispetto al gruppo un potere *determinante*

---

*risolvere*, in *I gruppi di società*, I, Milano, Giuffrè, 1996, 24 ss., secondo il quale la direzione unitaria è la più concreta manifestazione del dominio della capogruppo.

(26) MONTALENTI, (nt. 17), 317 ss. (a cui appartiene il secondo virgolettato); MOZZARELLI, (nt. 6), 234 (a cui va riferito il primo virgolettato); BENEDETTI, (nt. 6), 103, ove si precisa che l'esercizio dell'eterodirezione si estrinseca nel determinare contenuti, modalità, tempi di attuazione delle *scelte* strategiche ed operative delle società del gruppo.

(27) SPADA, *Della permeabilità differenziata della personalità giuridica nell'ultima giurisprudenza commerciale*, in questa *Rivista*, 1992, I, 431 ss. sebbene *ante* riforma; MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa: profili ricostruttivi*, Milano, Giuffrè, 2010, 336; M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, 630 ss.; CORSO, *La pubblicità dell'attività di direzione e coordinamento di società*, Milano, Giuffrè, 2007, 36.

(28) OPPO, voce *Impresa e imprenditore*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1989, 9.

(29) V. OPPO, *Principi*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, 1, I, Torino, Giappichelli, 2001, 20, il quale afferma che proprio in ragione "della posizione di comando sull'universalità" delle società facenti parte del gruppo può essere attribuita natura imprenditoriale all'attività esercitata dalla *holding*.

(30) Così da ultimo MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse di gruppo*, in questa *Rivista*, 2012, 66 ss.

rispetto alla conduzione dell'attività delle dominate<sup>(31)</sup>. A ciò deve aggiungersi che la *ratio* della pubblicità prescritta dall'art. 2497-bis c.c. è individuata nell'esigenza di rendere noto a chi entra in contatto con una società di gruppo che la sua attività è riconducibile ad un contesto più ampio, in quanto la *holding* esercita poteri tali da incidere sui suoi obiettivi e sulla sua gestione. Risulta, perciò, confermata dalle prescrizioni esaminate "l'allocazione [presso la *holding*] di un vasto potere *decisionale*, che proprio per il suo essere tale, acquista per chi venga ad interagire a vario titolo... con la società [eterodiretta] una rilevanza qualitativamente diversa dalla conoscenza di chi sia il socio di controllo"<sup>(32)</sup>.

Da questa ricostruzione della condotta suscettibile di integrare gli estremi della fattispecie dell'art. 2497, co. 1, c.c., emerge come il problema della delimitazione del suo ambito di applicazione si ponga solo rispetto al primo dei due comportamenti suscettibili di determinare, se dannosi, la responsabilità del socio *ex art.* 2476, co. 7, c.c.: la decisione.

4. Segue: *distinzione fra decisione e autorizzazione*. — A sostegno di quanto appena rilevato, occorre sottolineare come fra la decisione, da un lato, e l'autorizzazione (*ex art.* 2476, co. 7, c.c.), dall'altro, esista una netta differenza qualitativa. Quest'ultima si risolve nell'esercizio di un potere d'indirizzo, che *concorre* alla formazione di una decisione — gestoria, nel caso che ci interessa —, la quale rimane, però, pur *sempre propria degli amministratori, integrandola*<sup>(33)</sup>. Tale ricostruzione del concetto di autorizzazione è confermata, a livello sistematico, dalla disciplina della s.p.a. Il legislatore della riforma, per definire la possibile ingerenza dei soci nella gestione di quest'ultima, parla di "autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento degli atti degli amministratori". In ordine al significato da attribuire a quel termine, si è chiarito che l'intervento assembleare *ex art.* 2364, n. 5, c.c. *integra* il "potere gestorio già di competenza degli amministratori, la cui rilevanza *non può certo essere equiparata ad un potere decisionario spettante all'assemblea*" (corsivi aggiunti)<sup>(34)</sup>.

Decidere un'operazione gestoria significa, al contrario, *determinarne* in modo autonomo e discrezionale contenuti, modalità e tempi di attuazione<sup>(35)</sup>. Pertanto,

---

<sup>(31)</sup> MOZZARELLI, (nt. 6), 201 ss. e da ultimo ID., *L'interesse imprenditoriale proprio o altrui: appunti sul rapporto fra la capogruppo e gli amministratori della società soggetta a direzione e coordinamento*, in *NDS*, 2012, 102 ss. Per la valorizzazione del termine decisione utilizzato all'art. 2497 *ter* c.c. al fine della ricostruzione della realtà del gruppo v. da ultimo MAUGERI, (nt. 30), 66 nt. 20.

<sup>(32)</sup> VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società fra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*, Torino, Utet, 2007, 855.

<sup>(33)</sup> CARIELLO, *Il sistema dualistico: vincoli tipologici e autonomia statutaria*, Milano, Giuffrè, 2007, 232 e nt. 282; GUERRERA, *La responsabilità deliberativa*, Torino, Giappichelli, 2004, 75.

<sup>(34)</sup> PORTALE, (nt. 21), 25 ove a nt. 49 ampi riferimenti; ABBADESSA-MIRONE, (nt. 21), 269 ss. e nt. 77; CARIELLO, (nt. 33), 232 in relazione al sistema dualistico; GUERRERA, (nt. 33), 74-75, che compie però un distinguo fra il piano interorganico e quello operativo. In relazione al sistema dualistico, conferma che l'autorizzazione, pur configurando "una compartecipazione alle scelte", mantiene inalterata la competenza del consiglio di gestione quale "giudice finale della decisione dell'impresa" MONTALENTI, *Il sistema dualistico: il consiglio di sorveglianza tra funzioni di controllo e funzioni di alta amministrazione*, in *AGE*, 2007, 276 ss.

<sup>(35)</sup> La decisione è espressione di un potere determinante, nella fase formativa e deliberativa,

qualora l'ingerenza del socio di s.r.l. assuma la forma dell'autorizzazione <sup>(36)</sup>, può trovare applicazione l'art. 2476, co. 7, ma non l'art. 2497, co. 1, c.c., per mancanza di un contributo decisivo del socio stesso in merito ad una determinata scelta gestoria. Non si pone, allora, alcun problema di coordinamento fra le due norme appena menzionate, bensì piuttosto, fra la prima ed il secondo comma della disposizione di apertura del capo IX libro V, del titolo V del Codice civile <sup>(37)</sup>.

5. *Il concetto di approvazione di cui all'art. 2479, co. 1, c.c.* — Nell'individuare le aree di sovrapposizione delle fattispecie di cui agli artt. 2476, co. 7 e 2497 c.c. <sup>(38)</sup>, molto dubbia risulta l'interpretazione del termine "approvazione" utilizzato dall'art. 2479, co. 1, c.c. <sup>(39)</sup> in relazione all'intervento dei soci su materie ad essi devolute da uno più amministratori o da essi (rappresentanti almeno un terzo del capitale sociale) avocate <sup>(40)</sup>. Alcuni autori hanno ritenuto di poter ricondurre questo tipo di intervento dei soci all'autorizzazione *ex art.* 2476, co. 7, c.c. <sup>(41)</sup> o, comunque, di attribuirgli un rilievo diverso dalla decisione,

---

in ordine ad una certa operazione. Mutuando la terminologia della dottrina penalistica tedesca, è possibile affermare che la decisione in merito alla gestione della società deve essere imputata al soggetto che ha il dominio delle scelte ad essa inerenti, ossia la c.d. *Tatherrschaft*, nel senso che costui ne determina il se e il come (per le opportune citazioni v. BENEDETTI, (nt. 6), 103 nt. 186).

<sup>(36)</sup> L'art. 2476, co. 7, c.c. fa riferimento solo alla decisione o all'autorizzazione dei soci; l'art. 2479, co. 1, c.c. parla di approvazione. Ciò nonostante pare che in caso di approvazione si possa comunque applicare l'art. 2476, co. 7, c.c. in quanto tale norma opera a fronte di qualunque forma di manifestazione della volontà, che valga a dare impulso all'azione degli amministratori o a rimuovere un ostacolo al suo svolgimento (MELI, (nt. 4), 667).

<sup>(37)</sup> V. oltre.

<sup>(38)</sup> Come già rilevato a proposito della distinzione decisione/autorizzazione, qualora si ritenga che l'approvazione assuma tratti analoghi alla decisione, la sua imputazione ad un socio di s.r.l. pone il problema della delimitazione dell'ambito di applicazione dell'art. 2476, co. 7 rispetto all'art. 2497, co. 1, c.c. Al contrario, se si considera tale tipo di atto come espressivo di una volontà che si limita ad integrare (al pari dell'autorizzazione) una decisione altrui, non sussiste alcun problema di coordinamento fra le due norme appena menzionate, bensì piuttosto fra la prima ed il secondo comma dell'art. 2497 c.c.

<sup>(39)</sup> ABBADESSA-MIRONE, (nt. 21), 269 ss. e nt. 77 notano che la definizione dell'approvazione risulta essere una questione non particolarmente approfondita dalla dottrina occupatasi specificamente dell'interpretazione dell'art. 2479, co. 1, c.c.

<sup>(40)</sup> La terminologia utilizzata nel testo, diversa a seconda del soggetto che si faccia promotore del coinvolgimento dei soci, è ripresa da ABRIANI-MALTONI, (nt. 15), 23 ss.; PETROBONI, *Le competenze gestorie dei soci nella società a responsabilità limitata*, Padova, Cedam, 2011, 147 ss.

<sup>(41)</sup> CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2003, 241, secondo il quale l'espressione "autorizzato" di cui all'art. 2476, co. 7, c.c. è utilizzata "in alternativa ad «approvato»"; LEOZAPPA, *Il socio risparmiatore nella società a responsabilità limitata: diritti particolari e decisioni ex art. 2479 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 289, secondo cui i soci esercitano una potestà decisoria in presenza di una competenza legale (art. 2479, co. 2, c.c.) o statutaria, mentre si limiterebbero a dare o negare l'assenso ad atti altrui (già decisi) in caso di avocazione o devoluzione *ex art.* 2479, co. 1, c.c. Cfr. anche ABBADESSA-MIRONE, *L'assemblea. Sezione I. Le competenze*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da Cagnasso-Panzani, Bologna, Zanichelli, 2010, 588 nt. 77 ove la questione del significato del termine "approvazione" è maggiormente problematizzata. Non convincente pare la ricostruzione di PETROBONI, (nt. 40), 160 ss., il quale conclude che "gli istituti di devoluzione e di avocazione contemplati all'art. 2479, co. 1, c.c. producono in favore della collettività dei soci uno spostamento — effettivo e definitivo — di competenza decisionale", in quanto "la circostanza che i soci rispondano dei pregiudizi derivanti dalle determinazioni assunte (anche) ai sensi dell'art. 2479, co. 1, c.c. porta a ritenere che queste siano *sempre* vincolanti per i gestori". Ma l'autore, a ben vedere, non focalizza la propria attenzione sulla riconducibilità del termine approvazione al concetto di decisione o di autorizzazione *ex art.* 2476, co. 7, c.c., bensì sul carattere vincolante o meno dell'intervento dei soci.

consistente nel condizionare l'efficacia o l'esecuzione di un atto, la cui "paternità" — ovvero *l'imputazione della decisione* ad esso relativa — rimane però degli amministratori <sup>(42)</sup>. In tal senso sembra deporre anche il rilievo che l'approvazione assume ai sensi dell'art. 2331 c.c.: gli effetti delle operazioni compiute in nome della società prima della sua iscrizione nel registro delle imprese le sono imputabili solo previa approvazione, cosicché l'atto in esame si configura quale condizione di efficacia verso l'ente collettivo di una decisione altrui.

Si tratta, però, di una conclusione da considerare non univoca. Intanto perché il significato che il termine approvazione ha, in sé e per sé considerato, pare diverso dall'accezione che esso assume, se lo si cala nel contesto del co. 1 dell'art. 2479 c.c., nel quale si afferma che i soci "*decidono*" oltre che sulle materie ad essi attribuite statutariamente, anche su quelle sottoposte alla loro approvazione da uno o più amministratori o da una minoranza qualificata del capitale sociale. L'enunciato normativo sembra disciplinare, cioè, i casi in cui i soci esercitano il potere di determinare la volontà sociale, nonostante l'utilizzo di un termine che, isolatamente considerato, evoca l'adesione ad una decisione altrui. A ciò deve aggiungersi che il "meccanismo approvativo" non necessariamente opera nella direzione dell'integrazione di una decisione assunta da terzi. Si è, infatti, ipotizzato che l'art. 2479, co. 1, seconda parte c.c. comprenda sia *a*) la sottoposizione ai soci di *decisioni* da parte degli amministratori, anche individualmente, in dissenso con la maggioranza dell'organo amministrativo, sia *b*) la sottoposizione di autonome proposte deliberative da parte dei soci, su iniziativa propria, anche in dissenso con gli amministratori. Al ricorrere della prima eventualità, "il potere di iniziativa spetterebbe comunque agli amministratori, ma la decisione assembleare perfezionerebbe in via definitiva il procedimento deli-

---

Non sembra però, che questo argomento rilevi per stabilire se l'approvazione di cui parla l'art. 2479, co. 1, c.c. sia da incasellare fra gli atti decisori o fra quelli autorizzatori, dipendendo tale distinzione non dal carattere vincolante o meno del contributo dato dai soci (carattere vincolante che pure gli si riconosce anche nel testo tant'è (su questo concordando con l'autore il cui pensiero si discute) che lì si definisce l'approvazione *ex art. 2479, co. 1, c.c.* come *condicio iuris* della decisione gestoria, nel senso che se i soci non approvano quanto già stabilito dagli amministratori, la determinazione non può (ed ecco il valore vincolante dell'intervento dei primi) considerarsi come volontà da imputare alla società), ma dalla diversa incidenza dello stesso rispetto alla formazione della volontà che, una volta perfezionata, è imputata alla società. E poi: il fatto che i soci rispondano ai sensi dell'art. 2476, co. 7, c.c. non dice niente a proposito del fatto che il loro contributo alla formazione della volontà sociale sia decisorio o autorizzatorio (quindi non dice niente sul significato da attribuire al termine "approvazione"), posto che i soci di s.r.l. rispondono ugualmente, a termini di legge, tanto nel primo quanto nel secondo caso.

<sup>(42)</sup> PORTALE, *Il sistema dualistico: dall'Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (1861) alla riforma italiana della società per azioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 686 ss., il quale attribuisce all'approvazione l'accezione di "atto di un organo sociale, che si inserisce in un procedimento decisionale complesso, di regola condizionando l'efficacia di un diverso atto, proveniente da un altro organo"; DEMURO, (nt. 11), 62 e 151 nt. 78 sulla base della ricostruzione del concetto di approvazione proposta dalla dottrina civilistica. L'approvazione — si afferma — concorre insieme al negozio approvato a formare una fattispecie complessa, tanto da poter essere considerata una *condicio iuris* di quest'ultimo, ma rimane accessoria ed integrativa dell'atto principale (CARRARO, voce *Approvazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, Giuffrè, 1958, 833). Nel senso che l'approvazione "concorre alla formazione di una decisione che è pur sempre dell'consiglio di gestione, difatti *integrandola*" si pronuncia anche CARIELLO, (nt. 33), 233 nt. 282.

berativo, imputando la decisione alla società” (43). Si configura, dunque, un’ipotesi di competenza concorrente, di co-decisione in merito al compimento di un determinato atto (44). Nel secondo caso, invece, sembra di essere in presenza di una decisione totalmente devoluta alla collettività.

Tali indicazioni contrastanti in merito al significato da attribuire al termine in esame, insieme al rilievo per cui non necessariamente “le caratteristiche del meccanismo deliberativo [sono] uguali in tutti...[i] casi” (45) riconducibili all’art. 2479, co. 1, c.c. — anche in considerazione degli ampi margini di libertà lasciati dal legislatore in ordine alla ripartizione delle competenze gestorie fra soci ed amministratori della s.r.l. —, inducono a considerare l’approvazione suscettibile di assumere tanto i connotati dell’esercizio di un autonomo potere decisionale, quanto di un atto meramente integrativo di una scelta della quale un diverso soggetto mantiene la paternità. Soltanto un’analisi del caso concreto, dunque, dovrebbe consentire di stabilire se i soci che abbiano approvato atti gestori ad essi devoluti ai sensi dell’art. 2479, co. 1, seconda parte, c.c., rispondano per aver deciso oppure per aver autorizzato il compimento di operazioni dannose ai sensi dell’art. 2476, co. 7, c.c.

6. *Il rapporto fra le fattispecie dell’art. 2497, co. 1 e 2476, co. 7, c.c. La relazione fra atto ed attività.* — La configurabilità di un concorso fra le disposizioni qui considerate richiede un ulteriore approfondimento. Presupposto di tale fenomeno è l’esistenza di una fattispecie normativa che presenti elementi comuni rispetto a quella di raffronto (oggetto di una norma ulteriore) ed *in aggiunta* uno o più elementi specificanti (c.d. relazione di specialità) (46). Ricostruendo il com-

---

(43) ABBADESSA-MIRONE, (nt. 21), 269 ss. nt. 77; DEMURO, (nt. 11), 63. Nega, invece, che i soci siano titolati ad esprimere una proposta deliberativa in materia di gestione (escludendo quindi l’ipotesi *sub b*) del testo) VIGO, *La partecipazione dei soci all’amministrazione della s.r.l.*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, Giuffrè, 2005, vol. III\*\*\*, 4062.

(44) ABBADESSA-MIRONE, (nt. 21), 269 ss. nt. 78, ai quali appartengono i virgolettati; MONTALENTI, (nt. 34), 276-277, ove (in relazione al dualistico) si definisce l’approvazione un *genus* intermedio, che non è né una decisione *autonoma*, perché il potere di impulso spetta al consiglio di gestione, né un’autorizzazione, bensì “una vera e propria *condivisione* dell’indirizzo generale dell’impresa” (corsivo aggiunto). L’approvazione sembra assumere valore di compartecipazione alla decisione anche nell’art. 2376, co. 1, c.c. se si accoglie la tesi che configura le due deliberazioni dell’assemblea generale e speciale come momenti parimenti coesenziali del procedimento unitario di formazione progressiva della volontà sociale (FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, Utet, 1996, 384 ss.; COSTA, *Le assemblee speciali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, 3\*, Torino, Utet, 510 ss.). Laddove, invece, si aderisca alla diversa tesi, che considera l’approvazione dell’assemblea speciale come condizione di efficacia della decisione dell’assemblea ordinaria (MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, Giuffrè, 1960, 133 ss. e 281 ss.; ABRIANI, *Le azioni e gli altri strumenti finanziari*, in *Le società per azioni*, a cura di Abriani-Ambrosini-Cagnasso-Montalenti, Padova, Cedam, 2010, 269 nt. 108 per ulteriori riferimenti) risulterebbe confermato il valore meramente integrativo di una decisione altrui dell’atto in esame. ABBADESSA-MIRONE, (nt. 21), 269 ss. nt. 77.

(46) IRTI, *L’età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1999, 53 ss.; GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2011, 118; Cass. Sez. un., 28 ottobre 2010, 1963, *cit.*). È opinione ampiamente condivisa che la fattispecie normativa rilevi solo al fine di distinguere la norma generale da quella speciale o eccezionale (che sono entrambi concetti di relazione), mentre la distinzione fra queste ultime afferisce solo ai rispettivi effetti (sempre considerati in rapporto a quelli della regola generale). Al rapporto logico di specialità fra due prescrizioni consegue che “ogni accadimento descritto dalla disposizione speciale è, per definizione, descritto anche nella disposizione

portamento suscettibile di integrare la responsabilità della capogruppo, si è finora assunto che una *decisione* gestoria dannosa accomuni la fattispecie dell'art. 2476, co. 7 a quella contemplata al primo comma dell'art. 2497 c.c. A ben vedere, tuttavia, una simile conclusione non è assolutamente scontata.

La condotta illecita sanzionata dalla norma di apertura del capo IX, del libro V, del titolo V del codice civile risulta, infatti, *qualificata* dall'inserimento in un contesto ulteriore, costituito dall'esercizio dell'attività ("Le società o gli enti che, *esercitando* attività di direzione e coordinamento, *agiscono*..."): la disciplina dei gruppi (in punto, tanto per cominciare, di responsabilità) ha come *fattispecie l'attività* di direzione e coordinamento<sup>(47)</sup>. Se questo rilievo è esatto, diventa imprescindibile stabilire, ai fini della presente indagine, quale sia la "dignità, giuridica dell'attività" rispetto ai singoli atti. Occorre, in altri termini, chiedersi preliminarmente se quel concetto giuridico richiamato dall'art. 2497, co. 1, c.c. abbia uno o più elementi in comune con l'atto disciplinato dall'art. 2476, co. 7, c.c., in modo da poter sostenere l'esistenza di quel rapporto di continenza all'origine del concorso fra norme.

Una risposta negativa sembra provenire dalla dottrina che, nell'ambito dell'elaborazione della teoria dell'impresa, ha riconosciuto un rilievo giuridico autonomo all'attività, in quanto pur dovendo essa necessariamente puntualizzarsi in singoli atti, "questi... dall'inserzione nell'attività fatalmente risultano alterati nella *fisionomia* e nella *disciplina*" (corsivo aggiunto)<sup>(48)</sup>. Se si accetta che l'atto isolato sia diverso da quello nel quale si estrinseca (l'esercizio del)l'attività, sembra inevitabile escludere la configurabilità del concorso fra l'art. 2497,

---

generale...di guisa che, se la disposizione speciale non esistesse, tutti i casi previsti in quest'ultima ricadrebbero sotto la disciplina della disposizione generale". V. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003, 171; IRTI, *Le leggi speciali*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 145-146, ove la norma generale e quella speciale vengono così formalizzate: "se A, allora B" e "se A+a, allora B+b"; da ultimo ZORZETTO, *La norma speciale: una nozione ingannevole*, Pisa, Ets, 2010, 177 ss.

<sup>(47)</sup> V. in relazione alla responsabilità *ex art.* 2497, co. 1, c.c. G. SCOGNAMIGLIO, "Clauseole generali", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 524 (l'art. 2497 c.c. "è disciplina dell'attività") e 526 ("l'aver assunto l'attività come fattispecie senza ulteriori qualificazioni"); ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, Cedam, 2006, 197 ss. ("...di una responsabilità riferita all'attività"); MOZZARELLI, (nt. 6), 202 ("...la qualificazione della condotta della capogruppo in termini che esuberano dal singolo atto, per collegarsi invece con il concetto complesso di attività"); BENEDETTI, (nt. 6), 98 ss.; *contra*, ma non condivisibilmente, BUSSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 65 ss., 88 e *passim*. Nella teoria dell'impresa, qualificano l'attività come fattispecie OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 109 ss. ove a nt. 1 ampi riferimenti ed ALCARO, *La categoria dell'attività: profili ricostruttivi (Atti e attività. L'attività d'impresa)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 432; ma in senso contrario rispetto al riconducibilità dell'attività allo schema della fattispecie, P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, Giuffrè, 2001, 197 e, più recentemente, MAUGERI, (nt. 27), 67. Quanto rilevato nel testo trova conferma nella previsione dell'ultimo periodo del primo comma della norma citata, che recepisce il meccanismo dei vantaggi compensativi: esso è espressione e portato dell'esigenza che l'azione contro la capogruppo si fondi su una valutazione complessiva dell'attività (ANGELICI, cit., 197).

<sup>(48)</sup> Si riporta nel testo, anche sotto il profilo del lessico utilizzato, il pensiero di P. FERRO LUZZI, (nt. 47), 190 e 205; v. MAUGERI, (nt. 27), 65 ss. (ove ampi, ulteriori riferimenti in relazione al concetto di attività), che sulla scia della riflessione di Ferro Luzzi afferma che il concetto di attività "presenta un'autonomia logica e sistematica che impone il superamento della prospettiva, atomistica e frammentata, dell'"insieme di atti" e del dato quantitativo rappresentato dalla mera sommatoria o sequenza degli stessi, per valorizzare invece, *sul piano qualitativo*, l'unitaria e autonoma rilevanza come categoria dell'ordinamento giuridico; ALCARO, (nt. 47), 422, 431, 434, 438, 439.

co 1 e l'art. 2476, co. 7, c.c. in quanto applicabili, già *prima facie*, a condotte differenti. Ai sensi della seconda disposizione, infatti, l'atto sanzionato non deve "inserirsi nell'esercizio di una (sistemica) attività di direzione e coordinamento" (49), dato che essa "non configura una responsabilità da strategie aziendali" (50), al pari della norma di apertura del capo IX (51).

Questa diversità fra le due fattispecie, tuttavia, non sembra sufficiente ad escluderne il potenziale concorso. Intanto, perché è ampiamente condivisa la definizione dell'attività come serie di *atti* teleologicamente orientati (52). Da essa può indursi l'esistenza, fra atto e attività, non già di un rapporto di assoluta diversità o contrapposizione — come sostiene la tesi appena esposta —, bensì di una relazione di genere a specie: l'elemento comune alle due categorie dell'agire è il singolo atto; gli elementi specificanti, che connotano l'attività, sono la pluralità di essi e il loro coordinamento teleologico (53). Si è, infatti, affermato che l'"unificazione [dei singoli atti nell'attività], funzionale all'applicazione di particolari discipline, non elimina o supera o sterilizza i momenti singoli ai quali è connessa un'identità e una rilevanza normativa" (54). Occorre, inoltre, considerare che "...decidere se il comportamento è uno o plurimo dipende dall'unità di misura che si adotta, dall'attribuzione cioè ad un atteggiamento individuale di valenza unitaria. Giuridicamente, sono le fattispecie che fanno da unità di misura; ed allora accade che, "passando" da una fattispecie... ad altre fattispecie...il comportamento contemplato dalla prima si manifesti come la sommatoria di comportamenti contemplati dalle seconde" (corsivi aggiunti) (55). Se questo rilievo è fondato, l'attività prevista dall'art. 2497, co. 1, c.c. può risolversi,

---

(49) CARIELLO, (nt. 4), 1064 ove ulteriori riferimenti; conf. ZANARONE, (nt. 7), 1129 secondo cui mentre la responsabilità *ex art.* 2497, co. 1, si applica al ricorrere di una "immisione reiterata e continuativa ("attività")", quella *ex art.* 2476, co. 7, c.c. scatta anche in presenza di un solo "atto di ingerenza...di un occasionale intervento".

(50) MELI, (nt. 4), 685. Dal confronto fra le due norme sanzionatorie emerge la differenza fra "la dimensione diacronica dell'attività" e "la isolata episodicità" della valutazione normativa atomistica del singolo atto dannoso (v. BUSSOLETTI-LA MARCA, (nt. 47), 84).

(51) V. la definizione di attività di direzione e coordinamento proposta da MONTALENTI, (nt. 17), 321. Si può affermare che la direzione e coordinamento sanzionata, se abusiva, dall'art. 2497, co. 1, c.c. non si esaurisce in uno o più singoli atti, sia perché qualificata come attività della legge stessa; sia per i contenuti che la caratterizzano, in quanto la predisposizione e la direzione della scelte strategiche ed operative delle società raggruppate implica inevitabilmente il dispiegarsi di un'attività in un arco temporale prolungato. Così, mentre l'art. 2497, co. 1, c.c. prescrive una responsabilità da attività (o da funzione), l'altra norma in esame prevede una responsabilità "da evento (o, se si preferisce, da caso concreto)" (DEMURO, (nt. 11), 127 ss. e 135 ss., il quale precisa (sebbene non con specifico riferimento alla direzione e coordinamento) che anche la responsabilità da funzione "deriva da un evento, ma questo è inserito all'interno di un'attività e non è conseguenza di una situazione momentanea e circoscritta come dovrebbe essere la responsabilità prevista dal comma 7 dell'art. 2476 c.c.").

(52) Da ultimo G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 47), 548. Ma l'opinione è molto più risalente: v. per ampie cit. P. FERRO LUZZI, (nt. 47), 194 nt. 4 e ALCARO, (nt. 47), 421 ss. (i quali, peraltro, contestano tale ricostruzione).

(53) Per l'idea che l'attività sia riconducibile alla categoria dell'atto (non negoziale), in modo da considerare la prima una sottoclasse del secondo concetto v., infatti, OPPO, (nt. 47), 109 ss.

(54) RIVOLTA, *Gli atti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 111.

(55) SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. comm.*, VII, Torino, Utet, 1992, 41.



passando all'art. 2476, co. 7, c.c., in una sommatoria di singole decisioni apprezzate individualmente, cosicché diviene configurabile una *sovrapposizione della fattispecie-attività alle fattispecie-atti* <sup>(56)</sup>.

A far propendere per il riconoscimento di una perdurante rilevanza giuridica degli atti individuali nei quali l'attività di direzione unitaria viene a puntualizzarsi, induce, infine, un'ulteriore considerazione attinente ai vantaggi compensativi *ex art.* 2497, co. 1, ultimo periodo, c.c. Ci si riferisce, in particolare, non alla prescrizione che esclude la responsabilità quando il danno risulti mancante "alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento", legata ad "una valutazione globale, sintetica" di quest'ultima <sup>(57)</sup>; bensì a quanto previsto dalla seconda parte del periodo, per il quale il danno può essere "integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette". Quest'ultimo meccanismo "compensativo" implica la "scomposizione" dell'attività — al fine di valutarne l'illiceità — nei singoli atti che ad essa sono riconducibili, in modo da operare un confronto fra le singole operazioni pregiudizievoli con quelle vantaggiose <sup>(58)</sup> per la società eterodiretta. Di conseguenza, la stessa previsione normativa sulla responsabilità risarcitoria da direzione e coordinamento (*rectius*, sulla sua esclusione) conferma la rilevanza giuridica degli atti nei quali si articola quell'attività <sup>(59)</sup>.

6.1. *Segue: esistenza di una relazione di specialità.* — Le superiori considerazioni portano a ritenere che la condotta suscettibile di integrare gli estremi dell'art. 2476, co. 7, c.c. possa anche rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 2497, co. 1, c.c. A ciò si aggiunga che

— la prima disposizione prescrive il requisito dell'intenzionalità <sup>(60)</sup>. L'art. 2497, co. 1, c.c., pur silente in ordine all'elemento soggettivo dell'illecito, deve considerarsi applicabile sia in caso di dolo che in quello di colpa <sup>(61)</sup>;

---

<sup>(56)</sup> Lo ammette SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, Cedam, 1974, 127, il quale a nt. 53 afferma che "sembra rilevante la selezione dei casi nei quali la componente d'una fattispecie è un'attività, perché allora si potrà assistere alla sovrapposizione della fattispecie-attività alle fattispecie-atti" (corsivi aggiunti). Ciò è il portato del fatto che la fattispecie avente per oggetto un'attività è "complessa in quanto necessariamente composta da una serie di altre fattispecie... che mantengono ognuna... la propria individualità" COLUSSI, *Capacità e impresa*, Padova, Cedam, 1974, 20.

<sup>(57)</sup> ANGELICI, (nt. 47), 197; CARIELLO, *La "compensazione" dei danni con i benefici da attività di direzione e coordinamento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2, 2005, 387-388.

<sup>(58)</sup> ANGELICI, (nt. 47), 197.

<sup>(59)</sup> Per un impostazione che presuppone la possibilità di attribuire autonoma rilevanza giuridica non solo all'attività, ma anche ai singoli atti di cui essa si compone (senza quindi che la loro rilevanza giuridica risulti assorbita dal riferimento al primo concetto) v., in relazione all'attività congiunta di direzione e coordinamento, CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, *passim*.

<sup>(60)</sup> Sul significato di questo elemento dell'art. 2476, co. 7, c.c. v. da ultimo e per tutti CARIELLO, (nt. 4), 1064 (ove ampi riferimenti); BONORA, *La responsabilità del socio "gestore" di società a responsabilità limitata*, Milano, Giuffrè, 2013, 217 ss.

<sup>(61)</sup> V. CARIELLO, (nt. 4), 1063. L'intenzionalità *ex art.* 2476, co. 7, c.c., dunque, si configura come *species* dell'elemento soggettivo generico dell'illecito *ex art.* 2497, co. 1, c.c. (comprensivo tanto del dolo quanto della colpa). Il discorso è valido a prescindere dal fatto che la responsabilità li disciplinata sia extracontrattuale o contrattuale. V. GUERRERA, (nt. 33), 376. E comunque la responsabilità dolosa della capogruppo può essere considerata l'ipotesi destinata a verificarsi più frequentemente, in quanto la direttiva dannosa è determinata normalmente dall'interesse a strumentalizzare

— la previsione della responsabilità ai sensi dell'art. 2497, co. 1, c.c. comprende, rispetto a quella relativa al socio di s.r.l. ingeritosi nella gestione, gli elementi *supplementari* dell'inserimento del singolo atto pregiudizievole “nell'esercizio di una (sistematica) attività di direzione e coordinamento” e della riconducibilità del “[danno]...alla violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale” (62).

Siamo, pertanto, di fronte a due norme che presentano un nucleo comune, in quanto sanzionano condotte in relazione di genere a specie (v. sopra) (63), al quale nell'una e nell'altra si somma un *quid pluris*. Ciò configura l'esistenza fra esse di un rapporto di specialità reciproca (64). Più precisamente, la specialità della previsione sulla responsabilità del socio gestore di s.r.l. è per specificazione; quella sulla responsabilità della *holding* è per specificazione e per aggiunta (65). In presenza di una simile relazione si ammette pacificamente la configurabilità del concorso fra norme (66).

7. *Il concorso dell'art. 2476, co. 7 con la previsione dell'art. 2497, co. 2, c.c.* — L'indagine volta a chiarire il rapporto fra la fattispecie della responsabilità nel gruppo e quella del socio gestore di s.r.l. non può dirsi esaustiva, qualora si limiti a considerare il solo primo comma dell'art. 2497 e l'art. 2476, co. 7, c.c.

Occorre, infatti, esaminare l'ulteriore problema — rimasto finora piuttosto negletto in dottrina — del coordinamento tra l'ambito di applicazione dell'ultima disposizione menzionata e quello (non già del primo, ma) del secondo comma

---

l'attività di direzione e coordinamento per trarne un vantaggio proprio o per terzi. Da ciò consegue il carattere volontario della condotta della capogruppo (dolo generico) e probabilmente anche la volontà dell'evento dannoso (dolo specifico) (MELI, (nt. 4), 686. Per uno spunto GUERRERA, (nt. 33), 365 ss.

(62) Per l'indicazione dei due elementi menzionati quali profili di differenziazione delle norme in esame v. CARIELLO, (nt. 4), 1064.

(63) Ma la sovrapposibilità delle due norme non è limitata a tale elemento della fattispecie. Si è anche affermato che la regola della responsabilità (distinta da quella sulla destinazione del risarcimento del danno) *ex art. 2497, co. 1, c.c.*, “alla luce dell'art. 2476, co. 7, c.c.... potrebbe considerarsi espressione di un più ampio principio di responsabilità *comune* ad ogni forma, più o meno complessa, di “eterogestione”...” (PINTO, (nt. 4), 938, nt. 89, cogliendo gli spunti di GUERRERA, (nt. 33), 145 e M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 335 ss.). Infine, le due disposizioni in esame coincidono anche perché configurano una responsabilità per un “agire indiretto (cioè attraverso il necessario *medium* di soggetti, gli amministratori della società diretta...) sulla gestione dell'impresa” (MELI, (nt. 4), 684-685).

(64) Il rapporto menzionato nel testo ricorre proprio quando due disposizioni presentano un elemento comune e “l'aggiunta o la specificazione si verificano sia” nell'una che nell'altra (v. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1992, 470; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2009, 295; Cass., Sez. un., 20 ottobre 2010, 1963, *cit.*).

(65) Il primo tipo di specialità (per specificazione) si realizza quando una fattispecie specifica i requisiti di un'altra; la seconda quando una fattispecie aggiunge elementi diversi rispetto a quelli dell'altra fattispecie (da ultimo, Cass., Sez. un., 20 ottobre 2010, 1963, *cit.*).

(66) V. Cass., Sez. un., 20 ottobre 2010, 1963, *cit.*, che, nell'interpretare in funzione nomofilattica, il sintagma “stessa materia di cui all'art. 15 c.p. (che appunto disciplina il concorso di norme), afferma che «l'identità di materia è compatibile... con la specialità reciproca parte per specificazione e parte per aggiunta ...»; RONCO-ARDIZZONE, *Codice penale ipertestuale*, Torino, Utet, 2007, 125.

della norma di apertura del capo IX, nella parte in cui coinvolge nella responsabilità da eterodirezione “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo” (67).

Per stabilire quale fattispecie concreta sia suscettibile di integrare contemporaneamente gli estremi di entrambe le previsioni è necessario individuare, preliminarmente, la portata precettiva dell’art. 2497, co. 2, c.c., che il legislatore si è limitato a tratteggiare appena.

Al tal fine, si è altrove suggerito di ricostruire l’ambito di applicazione della norma procedendo per esclusione, ossia riconducendovi tutti i contributi causalmente convergenti verso la realizzazione del medesimo evento dannoso (la violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale), che non possano essere sussunti nel comma precedente (68). In particolare, sono perseguibili con la responsabilità del concorrente e non con quella della capogruppo, i *singoli, occasionali* “apport[i] o contribut[i] causal[i] alla produzione del danno, in fase di elaborazione e/o attuazione” dell’eterodirezione scorretta (69), *qualitativamente diversi* da quella espressione del potere di decidere, con sovranità ed indipendenza, *l’an* ed il *quomodo* delle scelte strategiche delle società del gruppo e riconducibili ad un’attività prolungata nel tempo. Fra i contributi all’elaborazione della direzione unitaria dannosa (70) vanno, allora, annoverati i comportamenti che “integrano” il potere decisionale della *holding*, ovvero per mezzo dei quali si esprime un indirizzo concorrente alla formazione di una decisione pur sempre imputabile, però, all’ente al vertice del gruppo. Quindi, le condotte che possono avere *la forma dell’autorizzazione o dell’approvazione* (71).

Affinché venga in questione il possibile concorso delle due disposizioni in esame — cioè sussistano i presupposti di applicazione di entrambe — sembra, perciò, indispensabile che *l’atto dannoso assuma la forma dell’autorizzazione (o dell’approvazione), da parte del socio di una s.r.l., di un’operazione gestoria eseguita dai suoi amministratori* (72) *su direttiva della capogruppo* (73).

---

(67) Problema cui accenna CARIELLO, (nt. 4), 1066.

(68) Sull’adeguatezza di una simile scelta metodologica e per il compiuto svolgimento delle argomentazioni che conducono alle conclusioni di cui si darà brevemente conto nel testo sia consentito rinviare a BENEDETTI, (nt. 6), 93 ss.

(69) CARIELLO, (nt. 59), 58; seguito da BENEDETTI, (nt. 6), 93 ss.

(70) Si tralasciano nel testo le condotte attuative perché, pur essendo perseguibili ai sensi dell’art. 2497, co. 2, prima parte, c.c., per opinione pacifica in dottrina non sarebbero sussumibili nella previsione dell’art. 2476, co. 7, c.c. e dunque non rilevano in ordine al problema qui indagato. Lo afferma chiaramente ZANARONE, (nt. 7), 1124 secondo il quale “il *proprium* della condotta dei soci è rappresentato da un intervento di tipo *preliminare rispetto al “compimento dell’atto”*; MELI, (nt. 4), 672, che afferma che la responsabilità degli amministratori “è collegata al compimento degli atti dannosi”, mente quella dei soci “riguarda l’impulso che può precedere tale compimento”; MOZZARELLI, (nt. 7), 177.

(71) V. per la ricostruzione della nozione di autorizzazione proposta nel testo, CARIELLO, (nt. 33), 233 nt. 282. Quanto all’approvazione tuttavia si tenga conto delle precisazioni effettuate sopra al § 5.

(72) L’applicazione dell’art. 2476, co. 7, c.c. presuppone il concorso del socio alla gestione dannosa della s.r.l., per la quale comunque siano perseguibili anche i suoi amministratori. È, infatti, ampiamente accolta in dottrina la convinzione che la responsabilità lì disciplinata abbia carattere accessorio rispetto a quella degli amministratori, non essendo configurabile in assenza di quest’ultima (MELI, (nt. 4), 672; MOZZARELLI, (nt. 6), 178 ss.; ZANARONE, *L’estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. per mala gestio ai soci “cogestori”: luci e ombre della disposizione dell’art. 2476, comma 7, c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, 504; ZANARONE, (nt. 7), 1124; in senso contrario però, ipoteticamente, S. PATRIARCA, *La responsabilità del socio gestore di s.r.l.*, *Società*, 2007, 1193 e 1196; PASQUARIELLO, sub

7.1. Segue: *l'esistenza di una relazione di specialità fra le fattispecie*. — Anche fra la fattispecie dell'art. 2476, co. 7, c.c. e quella relativa al concorrente al fatto lesivo della *holding* è configurabile una relazione di specialità, presupposto per la configurabilità di una loro applicazione cumulativa. Si è già individuato l'elemento comune ad entrambe: l'autorizzazione (o l'approvazione) che influisce sulla gestione. Il *quid pluris* specializzante, che caratterizza l'art. 2497, co. 2, prima parte, c.c., è, invece, l'altrui responsabilità per esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, condizione indefettibile per l'applicazione della responsabilità del concorrente, in quanto accessoria rispetto a quella *ex art.* 2497, co. 1, c.c. <sup>(74)</sup>. Il rapporto di specialità fra le norme in esame, comunque, è reciproco o bilaterale. La disposizione relativa a chi abbia preso parte all'abuso di eterodirezione, infatti, non dispone alcunché in merito al criterio soggettivo di imputazione dell'illecito, per cui rispetto a tale profilo la soluzione preferibile pare essere l'applicazione del principio di equivalenza dei criteri di imputazione <sup>(75)</sup>. In ordine all'elemento soggettivo, quindi, la previsione *ex art.* 2497, co. 2, prima parte, c.c. risulta più generica rispetto al concorso "intenzionale", a cui è limitata la portata precettiva dell'art. 2476, 7 co, c.c.

8. *L'applicazione cumulativa dei due rimedi. Critica*. — Le superiori considerazioni — evidenziando la parziale sovrapposibilità delle fattispecie degli artt. 2476, co. 7 e 2497 co. 1 e 2, c.c. — comportano la necessità di valutare se sia ammissibile sanzionare in base a due titoli diversi il medesimo atto dannoso di eterogestione o di concorso ad essa <sup>(76)</sup>.

Per rispondere a tale quesito, occorre considerare, intanto, che la responsabilità *ex art.* 2497 c.c. non sussiste quando i danni lì tipizzati risultano mancanti per il ricorrere dei c.d. vantaggi compensativi derivanti dall'attività complessivamente considerata o da un'operazione specifica <sup>(77)</sup>. Al riguardo, si è rilevato

---

art. 2476, *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Maffei Alberti, III, Padova, Cedam, 2006, 1981).

<sup>(73)</sup> L'eterodirezione è presupposto indispensabile per l'applicazione dell'art. 2497, co. 2, prima parte, c.c.; quindi affinché possa prospettarsi l'applicabilità concorrente di quest'ultimo con l'art. 2476, co. 7, c.c. è necessario sussistano anche gli estremi per la configurabilità della responsabilità della capogruppo. Non è difficile immaginare che l'eventualità descritta nel testo può realizzarsi con frequenza stante, da un lato, le numerose possibilità — sopra descritte — che una s.r.l. venga assoggettata a direzione e coordinamento; e, dall'altro, le altrettanto numerose ipotesi nelle quali, ai sensi dell'art. 2468, co. 3 o 2479 c.c., sia riconosciuto al socio di s.r.l. l'autorizzazione o l'approvazione in merito a decisioni gestorie, ivi comprese quelle che gli amministratori della eterodiretta adottano su direttiva della capogruppo.

<sup>(74)</sup> Sul carattere accessorio della responsabilità ai sensi dell'art. 2497, co. 2, prima parte, c.c. sia consentito rinviare, per maggiori approfondimenti a BENEDETTI, (nt. 6), 82 ss.

<sup>(75)</sup> Sul quale sia consentito rinviare a BENEDETTI, (nt. 6), 73 ss.

<sup>(76)</sup> Il discorso di seguito svolto vale tanto in relazione alla responsabilità della *holding*, quanto a quella del concorrente al suo illecito, essendo comuni le riflessioni che possono essere formulate in relazione all'una ed all'altra. Ipotizza il cumulo dei rimedi avverso la società madre di una s.r.l., sebbene appena dopo l'entrata in vigore della riforma, G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 4), 339 ss. E v. anche PRESTIPINO, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, in questa *Rivista*, 1, 2011, 105 ss. e nt. 21, che ammette l'applicabilità dell'art. 2476, co. 7, c.c. alla *holding* individuale.

<sup>(77)</sup> L'art. 2497 c.c. non prevede espressamente l'applicabilità della scriminante dei vantaggi compensativi rispetto alla responsabilità dei soggetti obbligati in solido con la capogruppo ai sensi del secondo comma. Ciò, tuttavia, non sembra sufficiente ad escluderne l'operatività anche rispetto a questi ultimi. Come altrove si è cercato di dimostrare (BENEDETTI, (nt. 6), cap. 2), la responsabilità di

che la regola “puoi danneggiare a condizione che il danno sia *aliunde* compensato” si risolve nell’attribuzione a favore del titolare dell’attività di direzione e coordinamento — così come dei suoi co-responsabili in solido — di un privilegio, essendo essa più favorevole per l’agente del divieto puro e semplice di cagionare un danno ad altri (78). Una regola analoga è inapplicabile al responsabile *ex art.* 2476, co. 7, c.c.: non è possibile giudicare la liceità dell’ingerenza gestoria del socio, operando una somma algebrica tra svantaggi e benefici economici (79), poiché quest’ultima si rivela in antitesi con l’ottica atomistica dell’apprezzamento e dell’eventuale perseguimento del *singolo* atto dannoso propria della norma in materia di s.r.l. Ciò premesso, ammettendo l’applicazione concorrente dell’art. 2476, co. 7 e dell’art. 2497 co. 1 e 2, c.c. al socio di una s.r.l. che abbia intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di un atto gestorio dannoso, si profila il seguente contrasto normativo: l’autore dell’illecito potrebbe essere condannato al risarcimento del pregiudizio cagionato *ex art.* 2476, co. 7, c.c. — in applicazione di una regola dettata per la società monade e dunque non calibrata sulle specifiche esigenze coinvolte nel fenomeno dell’impresa di gruppo —, senza fruire della “scriminante” (80) costituita dagli eventuali vantaggi compensativi, che avrebbero potuto invocare se convenuto ai sensi dell’art. 2497, 1 o 2 co, c.c. (81). L’esperibilità alternativa dei due rimedi verso il socio di una s.r.l.

---

chi ha comunque preso parte al fatto lesivo è accessoria rispetto alla responsabilità per abuso di eterodirezione, nel senso che l’esistenza della prima presuppone necessariamente l’esistenza della seconda. Pertanto, l’efficacia scriminante che i vantaggi compensativi esplicano rispetto a quest’ultima, si riverbera inevitabilmente anche sulla responsabilità solidale di cui al capoverso dell’art. 2497 c.c. (lo rileva già CARIELLO, (nt. 59), 386 ove si afferma che “il danno venuto meno per effetto della compensazione...non certo rivive rispetto agli altri coobbligati solidali, avendo il vantaggio svolto la sua funzione satisfattiva sul piano oggettivo una volta per tutte”).

(78) G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 47), 534 e nt. 26, la quale precisa che tramite il recepimento normativo della teoria dei vantaggi compensativi si introduce una specifica *business judgement rule* operante a livello di gruppo capace di ampliare la discrezionalità della *holding* nell’esercitare l’attività di direzione unitaria; MAUGERI, (nt. 30), 74 e nt. 23 ove ampi riferimenti alla dottrina tedesca; da ultimo MOZZARELLI, (nt. 31), 102 ss.; BENEDETTI, (nt. 6), 236 nt. 151, ove ulteriori riferimenti.

(79) MELI, (nt. 4), 685; CARIELLO, (nt. 4), 1064.

(80) Così qualifica i vantaggi compensativi G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 47), 538 nt. 33.

(81) Rispetto a quanto si dice nel testo occorre fare qualche precisazione:

a) l’eventuale vantaggio compensativo (qualunque sia il significato che si voglia attribuire a tale espressione (per opportuni approfondimenti v. G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 47), 535 ss.; CARIELLO, (nt. 57), 377 ss.) può trovare la propria fonte, per opinione pacifica in dottrina, in un’operazione diversa da quella che ha cagionato il danno, cosa che risulta anche dal tenore letterale dell’art. 2497, co. 1, ult. periodo ove si fa riferimento alle “operazioni a ciò [ossia all’eliminazione del danno da eterodirezione] dirette”. Dunque un simile meccanismo esimente dalla responsabilità non rileva per l’applicazione della responsabilità *ex art.* 2476, co. 7, rispetto alla quale può operare (come riconosciuto da MELI, (nt. 4), 685) solo il meccanismo della *compensatio lucri cum danno*, il quale però presuppone che il vantaggio per il danneggiato, idoneo ad elidere la responsabilità dell’autore dell’illecito, debba essere causalmente determinato dallo stesso atto dannoso (BIANCA, *Dell’inadempimento dell’obbligazione (artt. 1218-1229)*, in *Commentario Scialoja-Branca*, diretto da Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli, 1979, 310; CARIELLO, *ult. cit.*, nt. 15 ove ulteriori riferimenti). Ne consegue che nel caso prospettato nel testo i vantaggi compensativi non potrebbero essere eccipienti dal convenuto in responsabilità, perché costituiscono un meccanismo assolutamente diverso (e v. sul punto CARIELLO, *op. ult. cit.*) dalla *compensatio* applicabile, come regola generale di diritto privato, anche alla responsabilità *ex art.* 2476, co. 7. Pertanto, non risulta condivisibile quanto affermato da RANIELI, (nt. 4), 1018, la quale, in relazione al problema oggetto della presente indagine, afferma che l’antinomia fra 2476, co. 7 e l’art. 2497, co. 1, c.c. deriva dal fatto che “l’eventuale vantaggio compensativo venga in essere... in un momento anteriore rispetto a quello in cui potrà valutarsi se

può, quindi, determinare un effetto antitetico rispetto al fine giuspolitico perseguito dal legislatore della riforma: “l’intento... di incentivare il modello organizzativo dell’impresa di gruppo e di rafforzare il potere dei soggetti” al vertice dello stesso tramite il meccanismo compensativo, che costituisce “sviluppo ed applicazione del principio di legittimità dell’attività di direzione e coordinamento di società...nel senso che [essa] incontrerebbe ostacoli consistenti” in mancanza di una simile regola <sup>(82)</sup>.

La possibilità di ottenere la condanna del socio che eserciti sulla s.r.l. un’attività di eterodirezione o abbia “comunque preso parte” ad essa *ex art.* 2476, co. 7, c.c. comporta anche un ulteriore ostacolo alla realizzazione di una strategia di gruppo, in conseguenza del fatto che condotte lecite ai sensi dell’art. 2497, co. 1 e 2, c.c. possono risultare, al contrario, sanzionabili in applicazione della prima disposizione. L’elemento — ulteriore rispetto ai vantaggi compensativi — all’origine di una simile differenza è l’inciso contenuto nella norma di apertura del capo IX, che fa riferimento all’agire “nell’interesse imprenditoriale proprio o altrui”. Il perseguimento di quest’ultimo nell’esercizio dell’eterodirezione non deve essere considerato come un modo di essere della violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale e, per ciò, come requisito che concorre con essa a generare la responsabilità *ex art.* 2497, co. 1, c.c. Al contrario, alla previsione è necessario riconoscere la funzione di ampliare i margini, entro i quali l’attività di direzione e coordinamento va giudicata lecita: volgendo in positivo il tenore letterale dell’art. 2497, co. 1, c.c., si ricava che la norma espande, rispetto ai confini segnati per la gestione degli amministratori di una società monade, l’area di legittimità dell’attività di eterodirezione, comprendendo anche il perseguimento di interessi estranei a quello della società dominata <sup>(83)</sup>. Tale frammento della disciplina del gruppo rileva anche per la configurabilità della responsabilità dei concorrenti al fatto lesivo *ex art.* 2497, co. 2, c.c., essendo essa accessoria rispetto a quella, principale, di cui al capoverso precedente. Una simile deroga ai principi che regolano la società autonoma non vale, però, rispetto all’applicazione dell’art. 2476, co. 7, c.c., per il semplice motivo che tale disposizione è inserita proprio nella disciplina di una s.r.l. indipendente, nella quale gli amministratori sono vincolati al perseguimento dell’interesse sociale, pena la loro responsabilità. Ne consegue che, ai sensi della

---

l’iniziale pregiudizio sia stato o meno eliminato”. Infatti, se al tempo di svolgimento del giudizio di risarcimento del danno il vantaggio compensativo non si è prodotto o non è valutabile è irrilevante non solo ai fini dell’art. 2476, co. 7, ma anche dell’art. 2497, co. 1, c.c. (v. CARIELLO, *op. ult. cit.*).

<sup>(82)</sup> G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 47), 534; e già ABBADESSA, *La responsabilità della capogruppo verso la società abusata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, 1, 279 ss.

<sup>(83)</sup> Mediante l’inciso in esame, l’art. 2497, co. 1, c.c., sembra ammettere che, a differenza di qualunque altro soggetto legittimato a gestire la società, “la capogruppo...[persegua] un interesse non necessariamente compatibile con quello della società diretta, considerata in quanto monade”, purché nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale. V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1246-1247; VALZER, (nt. 32), 851; MOZZARELLI, (nt. 6), 209 ss. e *Id.*, (nt. 31), 102 ss. (al quale va attribuito il virgolettato); G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 47), 538 nt. 34; da ultimo MAUGERI, (nt. 27), 78 ove a nt. 31 ulteriori riferimenti.

disposizione da ultimo menzionata, il socio di s.r.l. non è affatto legittimato a impartire direttive ispirate ad un interesse, proprio o altrui, diverso dall'interesse sociale dell'ente a cui partecipa<sup>(84)</sup>.

Un'altra conseguenza critica dell'eventuale applicazione concorrente dell'art. 2476, co. 7, e dell'art. 2497, co. 1 o 2, c.c. concerne la *destinazione* del risarcimento del danno alla redditività e al valore della partecipazione sociale. Questi pregiudizi incidono direttamente sul patrimonio sociale e solo di riflesso su quello del socio, per il quale costituiscono, dunque, un danno *indiretto*<sup>(85)</sup>. Per il risarcimento di quest'ultimo vige nel diritto societario il principio generale — ricavato dall'art. 2395 c.c. — della sua necessaria “canalizzazione” (*Haftungskanalisierung*) ad esclusivo vantaggio del patrimonio sociale. A tale principio fa eccezione, però, l'opposta regola sancita dall'art. 2497, co. 1, c.c.<sup>(86)</sup>. Al contrario, l'art. 2476, co. 7, c.c. non prevede alcuna deroga al principio generale, cosicché il danno consistente nella diminuzione del valore e della redditività delle partecipazioni sociali, deve essere risarcito, in applicazione di tale disposizione, alla s.r.l. eterodiretta<sup>(87)</sup>. Ne discende che l'esperibilità concorrente delle azioni risarcitorie in esame può determinare esiti ancora una volta contrari alle peculiari esigenze connesse all'esistenza del gruppo, per soddisfare le quali la riforma ha introdotto una disciplina sulla destinazione del risarcimento del danno indiretto al socio derogatoria rispetto a quella vigente per la società autonoma. In particolare, risulterebbero disattese da un indennizzo corrisposto alla s.r.l. direttamente danneggiata dall'abusiva attività di direzione unitaria (o dal concorso ad essa) sia l'esigenza di tutelare effettivamente i soci estranei al suo esercizio<sup>(88)</sup>,

---

<sup>(84)</sup> Per quanto attiene al concorso fra art. 2476, co. 7 e 2497, co. 2, c.c., il discorso fatto nel testo a proposito della responsabilità da atto decisorio non muta molto: se la capogruppo ha deciso a monte un'operazione contraria all'interesse sociale della s.r.l. dominata, che viene autorizzata dal socio di quest'ultima (ed eseguita dai suoi amministratori), la stessa va esente da responsabilità, purché non violi i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale e, a cascata, risulta esclusa anche la responsabilità accessoria del socio *ex art.* 2497, co. 2, prima parte, c.c. Diversamente se si applica l'art. 2476 c.c., risulteranno in tal caso responsabili verso la s.r.l. tanto i suoi amministratori (per ave agito in conflitto di interessi) quanto il socio (per l'autorizzazione).

<sup>(85)</sup> Per gli opportuni riferimenti sia consentito rinviare a BENEDETTI, (nt. 6), 229 e nt. 128.

<sup>(86)</sup> Per riferimenti v. BENEDETTI, (nt. 6), 229 ss. e 236 ss. ed, in relazione alla responsabilità del concorrente, 59 ss.

<sup>(87)</sup> Il danno rilevante ai sensi dell'art. 2497, co. 1, è un danno sociale dunque, se si agisce *ex art.* 2476, co. 7, c.c., il risarcimento deve essere corrisposto a favore della società che lo subisce. Il socio di s.r.l., pur legittimato individualmente a proporre l'azione sociale di responsabilità, agisce quale mero sostituto processuale, facendo dunque valere un diritto proprio della società stessa (TETI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l., Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa-Portale, 3, Torino, Utet, 2007, 647).

<sup>(88)</sup> Per l'individuazione delle giustificazioni della speciale regola della risarcibilità a favore del singolo socio di danni (alla redditività e al valore della partecipazione sociale) che incidono direttamente sul patrimonio sociale, sia consentito rinviare a BENEDETTI, (nt. 6), 231 nt. 135. Nello specifico, le somme corrisposte a favore della società ridonderebbe *pro quota* (e quindi per la maggior parte) a favore dello stesso autore del danno (la *holding*), il quale continuerebbe a gestire le somme versate a titolo risarcitorio alla società dominata (WEIGMANN, *I gruppi di società, in la riforma del diritto societario. Atti del convegno, Courmayeur, 27-28 settembre 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, 208). Inoltre, nell'ipotesi del concorrente, costui risarcirebbe, se condannato *ex art.* 2476, co. 7, c.c., anche la capogruppo (dovendo corrispondere alla s.r.l. l'intero danno patito), che è l'autore principale dell'atto lesivo (eseguito dagli amministratori della dominata su sua direttiva ed autorizzato (o approvato) dal socio), qualora anch'essa detenga una partecipazione — come spesso accade

sia quella di evitare, con l'introduzione di un *Konzernhaftungsrecht*, elementi di "ingiustificata rigidità nella gestione finanziaria del gruppo", come imporre al socio dominante di ristorare l'intero pregiudizio subito dalla società abusata<sup>(89)</sup>. A quest'ultima considerazione se ne collega una ulteriore: sussiste la possibilità che la capogruppo o il concorrente all'abuso di eterodirezione, soci di s.r.l., siano costretti a rispondere per due volte del medesimo danno, con conseguente violazione del principio del *ne bis in idem*<sup>(90)</sup>. Ai sensi dell'art. 2497, co. 1 e 2, c.c., infatti, i responsabili devono risarcire solo il pregiudizio subito *pro quota* dall'attore. Ciò non esclude che gli stessi siano ulteriormente condannati a ristorare anche la s.r.l. dominata direttamente danneggiata, in accoglimento dell'azione sociale di responsabilità prevista dall'art. 2476, co. 7, c.c.<sup>(91)</sup>. Ma così il danno subito *pro quota* dal singolo socio della s.r.l. (o dal creditore sociale) sarebbe indennizzato due volte, poiché il suo equivalente monetario, già corrispostogli direttamente *ex art.* 2497, co. 1 o 2, c.c., è anche compreso (trattandosi di un danno sociale) nella somma liquidata a favore della eterodiretta. Corrispondentemente, risulterebbe violata la funzione compensativa/riparatoria della responsabilità civile, che preclude al danneggiato di lucrare somme eccedenti il danno effettivamente subito<sup>(92)</sup>: il socio che ha esperito vittoriosamente l'azione di responsabilità da esercizio della o da concorso alla direzione e coordinamento abusiva verrebbe ad *avvantaggiarsi pro quota* del ripianamento integrale del danno, derivante dall'esercizio dell'azione sociale di responsabilità (ai sensi dell'art. 2476, co. 7, c.c.). A tale inammissibile conseguenza non si può ovviare consentendo al socio-capogruppo o concorrente di eccepire contro la domanda *ex art.* 2476, co. 7, c.c. quanto già versato all'attore ai sensi dell'art. 2497, co. 1 o 2, c.c. La soluzione risulta, infatti, inaccettabile poiché così "il patrimonio

---

— nella s.r.l. eterodiretta. Ne deriva, dunque, la singolare situazione, per cui chi ha deciso lo storno di ricchezza che ha investito la s.r.l. di gruppo si avvantaggia indirettamente (salvo l'eventuale, ma poco probabile attivazione del regresso) del risarcimento volto a ristorarne il patrimonio.

<sup>(89)</sup> In caso di applicazione dell'art. 2476, co. 7, c.c., il socio dominante dovrebbe risarcire la società per il danno per es. consistente nella diminuzione del valore delle sue quote; quindi dovrebbe risarcire l'intero danno cagionato al patrimonio sociale e, dunque, anche quello *pro quota* cagionato alla sua partecipazione. Ma si tratta di un risarcimento a cui la capogruppo non ha alcun interesse, poiché a fronte del pregiudizio che l'eterodirezione cagiona direttamente alla dominata e indirettamente alla quota della *holding*-socia, quest'ultima ottiene benefici più che proporzionali all'esterno della dominata; altrimenti non eserciterebbe l'eterodirezione dannosa. Sul punto, v. ABBADESSA, (nt. 82), 284; GUERRERA, (nt. 33), 316.

<sup>(90)</sup> Il principio per "cui l'autore dell'illecito non [può] essere condannato a risarcire due volte il medesimo danno" è considerato "del tutto pacifico" in LIBERTINI-G. SCOGNAMIGLIO, *Illecito del terzo e legittimazione del socio all'azione risarcitoria*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 405 ss. e in PINTO, (nt. 4), 939, nt. 93.

<sup>(91)</sup> La responsabilità ai sensi dell'art. 2476, co. 7, c.c. si configura "ai sensi dei precedenti commi", ossia in base alla disciplina della responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso i singoli soci e terzi per danno diretto; verso i creditori in base all'art. 2594 c.c. (applicabile per analogia); e verso la società (ZANARONE, (nt. 7), 1134). Siccome in relazione alla questione in esame si tratta di danni al patrimonio sociale (quali sono quelli contemplati al comma 1 dell'art. 2497 c.c.), si esperisce verso il socio convenuto ai sensi dell'art. 2476, co. 7, c.c. l'azione sociale di responsabilità. Il socio che ha deciso o autorizzato il compimento di un atto di eterodirezione è obbligato a risarcire l'intero danno cagionato essendo espressamente prevista dalla norma da ultimo menzionata la natura solidale della sua responsabilità, con quella degli amministratori.

<sup>(92)</sup> RICCIO, *I danni punitivi non sono, dunque, in contrasto con l'ordine pubblico interno*, in *Contr. e imp.*, 2009, 855.



sociale non resterebbe pienamente reintegrato, al contrario di quanto vorrebbe la norma azionata [l'art. 2476, co. 7, c.c.]; il che...sfocerebbe, da un lato, in un perdita riflessa degli altri soci e, dall'altra, in un vantaggio al pari riflesso del socio già vittorioso in giudizio (il quale, oltre ad essere stato soddisfatto personalmente [ex art. 2497, co. 1 o 2, c.c.] profitterebbe anche, *pro quota*, della parziale reintegrazione del patrimonio sociale)" (93).

Dalle superiori osservazioni emerge, in conclusione, come l'applicabilità dell'art. 2476, co. 7, c.c. al socio di s.r.l., che eserciti l'attività di direzione e coordinamento in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed impreditoriale oppure abbia ad essa preso parte, *crei una marcata disarmonia rispetto alla logica e alle peculiari esigenze* che ispirano (94) il microsistema normativo del capo IX, del titolo V, del libro V del codice civile (95).

9. *L'applicazione esclusiva dell'art. 2497, co. 1 o dell'art. 2476, co. 7, c.c.: a) l'art. 2476, co. 7, c.c.* — A fronte degli esiti inaccettabili a cui dà luogo, sotto il profilo della presunzione di coerenza e congruenza dell'ordinamento giuridico (96), la soluzione del cumulo dei rimedi ex art. 2476, 7 co e 2497 co. 1 o 2, c.c. deve essere scartata (97).

A ben vedere, peraltro, il problema, sopra rilevato, della duplicazione del risarcimento conseguente all'applicazione concorrente delle due disposizioni sanzionatorie risulta superato in caso di *preventivo* accoglimento dell'azione fondata sull'art. 2476, co. 7, c.c.: poiché essa consente di ottenere il risarcimento dell'intero pregiudizio al patrimonio sociale (*sub specie* di lesione al valore ed alla redditività della partecipazione), risulta, perciò, soddisfatto indirettamente anche l'interesse del singolo socio ad ottenere la riparazione del danno subito *pro quota* ex art. 2497, co. 1 o 2, c.c. Le azioni previste in queste ultime disposizioni non potrebbero essere successivamente esperite o accolte, quindi, per mancanza del danno risarcibile e, sul piano processuale, per carenza dell'interesse ad agire.

---

(93) VALZER, *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, Giappichelli, 2011, 177, in relazione ad un problema analogo a quello affrontato nel testo, ma prendendo in considerazione norme diverse.

(94) Per l'inaccettabilità dell'opinione "secondo cui gli interessi coinvolti nel funzionamento del gruppo non presenterebbero peculiarità tali da sollecitare una disciplina specifica, potendo essere governati alla stregua del diritto comune delle società — opinione peraltro rifiutata anche dal legislatore della riforma — v. G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 47), 522 e già, Id., (nt. 4), 200; TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una spa "di gruppo" tra disciplina legale e autonomia privata (appunti in tema di corporate governance e gruppi di società)*, in *Riv. soc.*, 2009, 122 ss.; PINTO, (nt. 4), 957 nt. 88. Alla nuova disciplina del gruppo, per quanto si dice nel testo, risulta calzante la qualifica di diritto secondo, ossia di ceppo "normativo spostat[o] dal tronco centrale del diritto [societario] comune e assoggettat[o] ad una logica diversa" (CASTRONOVO, *Diritto privato. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, Padova, Cedam, 2006, 397 ss.).

(95) VALZER, (nt. 95), 178, secondo cui le regole di "soggetto" prescritte dall'art. 2476, co. 7, c.c., in quanto comprese nella disciplina della società autonoma, si dimostrano non compatibili con la disciplina di "fenomeno" ex art. 2497, co. 1, c.c. e con le peculiari esigenze ad esso sottese.

(96) Il principio menzionato deve informare l'interpretazione della legge. Per riferimenti sia consentito rinviare a BENEDETTI, (nt. 6), 210 nt. 72. Ma l'inammissibilità del concorso dell'art. 2497, co. 1, e dell'art. 2476, co. 7, c.c. emerge anche in base ad un'interpretazione orientata alle conseguenze (MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, I, 1 ss.)

(97) CARIELLO, (nt. 4), 1065; MELI, (nt. 4), 687.

Tuttavia, il ricorso al principio di prevenzione (*prior in tempore, potior in iure*), quale regola di coordinamento fra le due norme in esame <sup>(98)</sup>, pur evitando la duplicazione del risarcimento del danno, non elimina gli altri profili di inadeguatezza causati dall'applicazione a fattispecie di responsabilità nel gruppo di una disciplina che, in quanto pensata per la società monade, non tiene conto delle specifiche esigenze poste da tale realtà. Il criterio della priorità temporale consente l'esercizio sì esclusivo, ma alternativo, in base alla scelta dell'attore, dell'azione o *ex* 2476, co. 7, o *ex* art. 2497, co. 1 o 2, c.c., rivelandosi, dunque, incapace di assicurare *a priori* l'applicazione di quest'ultimo soltanto <sup>(99)</sup>.

Ugualmente inaccettabile è la soluzione della perseguibilità del socio-eterogestore di s.r.l. *esclusivamente* ai sensi dell'art. 2476, co. 7, c.c. in base al criterio di consunzione, talvolta utilizzato per risolvere il concorso apparente di norme nel diritto penale <sup>(100)</sup>. Sebbene, infatti, si possa sostenere che la responsabilità prevista da tale disposizione sia sanzione più severa di quella per l'eterodirezione abusiva, la quale impone al condannato di pagare soltanto la quota del danno al patrimonio sociale della dominata patita dall'attore (e v. anche quanto detto sopra in relazione al privilegio dei vantaggi compensativi); da un lato, una simile conclusione si espone ad alcuni dei rilievi critici già sollevati (ad es. la risarcibilità, tramite la società eterodiretta, dello stesso artefice principale dell'attività lesiva, che così può nuovamente disporre delle somme già stornate dal patrimonio della dominata); e, dall'altro, il criterio menzionato risulta poco attendibile, essendo stato costantemente rifiutato dalle Sezioni Unite della Cassazione <sup>(101)</sup>.

10. Segue: b) *l'applicazione esclusiva dell'art. 2497, co. 1, c.c. fondata sul principio di specialità* <sup>(102)</sup>. — Dalla riflessione fin'ora svolta emerge che l'ap-

---

<sup>(98)</sup> In effetti, questo è il criterio proposto da vari autori al fine di evitare gli inconvenienti conseguenti al mancato coordinamento, a livello normativo, fra l'azione *ex* art. 2497, co. 1, c.c. e le azioni di responsabilità previste dal diritto societario comune (per. es. verso gli amministratori della società dominata) o fondate sul diritto privato comune (quale quella della dominata verso la capogruppo). V. PINTO, (nt. 5), 938 ss.; BRIZZI, *Il sistema delle responsabilità gestorie nelle società di capitali alla luce della riforma: cumulo di azioni e possibili interferenze*, in *Dir. giur.*, 2006, 231 ss.; LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria*, Milano, Giuffrè, 2012 402 ss. Il principio di prevenzione è anche applicato dalla dottrina privatistica in materia di concorso di responsabilità, che si traduce in un concorso di azioni (BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, Giuffrè, 1994, 551 ss.; MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO, Torino, Utet, 1998, 679).

<sup>(99)</sup> È chiaro che la soluzione ottimale rispetto alle esigenze connesse all'esistenza del gruppo è l'applicazione unica dell'art. 2497, co. 1 e 2, c.c., che su di esse è stato modellato. Ma il principio di cui si discute nel testo non garantisce questo risultato.

<sup>(100)</sup> Nel diritto penale il concorso di norme è oggetto di uno specifico istituto (art. 15 c.p.). Per il criterio menzionato nel testo, il disvalore penale connesso alla violazione più grave assorbe quello relativo alla violazione meno grave (PAGLIARO, (nt. 46), 202; MARINUCCI-DOLCINI, (nt. 64), 432 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2007, 674 ss.).

<sup>(101)</sup> V. Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, 1963, *cit.*; Sez. un., 20 dicembre 2005, n. 47164, in *Riv. pen.*, 2007, 5, 532.

<sup>(102)</sup> Nel fare ricorso a tale principio per risolvere il problema del concorso dell'art. 2497 (co. 1 e 2) e dell'art. 2476, co. 7, c.c. si perviene ad un risultato interpretativo (esclusiva applicazione della prima disposizione, che deroga alla seconda) analogo a quello fatto proprio da quella dottrina che afferma come la società di gruppo sia un *tipo* di società logicamente differente dalla società monade e che tale diversità si riverbera sulla disciplina giuridica TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, Giappichelli, 1997, *passim*; ID., (nt. 94), 122 ss. e, con specifico riferimento al problema in esame,

plicazione cumulativa delle norme in esame, al pari della soluzione dell'esclusivo utilizzo dell'art. 2476, co. 7, c.c., comporta una grave antinomia rispetto alla logica ed al temperamento degli interessi sottesi alla disciplina dell'attività di direzione e coordinamento introdotta dalla riforma del 2003. Occorre pertanto verificare se e come sia possibile sostenere l'unica alternativa rimasta: attrarre le vicende oggetto della presente indagine sotto la disciplina del solo art. 2497, co. 1 o 2, c.c. <sup>(103)</sup>.

Confrontando gli effetti delle due prescrizioni sulla responsabilità nel gruppo e di quella relativa al socio eterogestore nella s.r.l. autonoma — a livello dei quali si determina la disarmonia, che rende inaccettabile una duplice sussunzione dei casi concreti indagati —, le prime sembrano da qualificare come eccezionali rispetto all'art. 2476, co. 7, c.c. Tale carattere discende, infatti, da un giudizio di comparazione fra due disposizioni, le cui fattispecie presentino un nucleo comune, come accade — lo si è rilevato sopra — fra quelle qui prese in considerazione <sup>(104)</sup>; e presuppone che alla "fattispecie più complessa la norma ricolleg[hi] effetti assolutamente *diversi* da quelli, che l'altra norma ricollega alla fattispecie semplice" <sup>(105)</sup>. Siffatto prerequisite ricorre in relazione all'art. 2497, co. 1 e 2, c.c. a causa della previsione dei vantaggi compensativi <sup>(106)</sup> e della destinazione del risarcimento del danno direttamente arrecato al patrimonio sociale a favore del singolo socio della dominata <sup>(107)</sup>.

---

RANIELI, (nt. 4), 1018 ss.). Occorre però precisare (anche al fine di evitare le critiche mosse contro tale tesi (ABBADessa, (nt. 82), 556 ss.; M. ROSSI, (nt. 27), 626 ss.) che la prospettiva adottata nel testo è differente. Si ritiene cioè che l'esistenza del gruppo interagisca con le regole sulla responsabilità risarcitoria relative alla società autonoma, imponendone un adeguamento alle specifiche esigenze coinvolte in tale fenomeno, che si traduce nella formulazione di regole speciali, come tali derogatorie delle prime, proprio perché aventi la funzione di rendere la disciplina coerente con la fattispecie (e con gli interessi ad essa sottesi) del gruppo stesso. Di per sé, dunque, il tipo della società eterodiretta non subisce alcuna modificazione rispetto al modello normativo riferito alla società monade. Ciò che muta è la disciplina ad esso applicabile.

<sup>(103)</sup> Fra i criteri di interpretazione cui deve attenersi l'operatore del diritto, riveste importanza fondamentale quello sistematico, il quale sottende la presunzione di coerenza (:assenza di antinomie) e congruenza (:assenza di disarmonie assiologiche) dell'ordinamento giuridico (GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1998, 172).

<sup>(104)</sup> V. IRTI, (nt. 46), 57 (ove ant. 7 ulteriori riferimenti), il quale, assumendo che la fattispecie della norma regolare sia "A", descrive quella della norma eccezionale come "A+a"; da ultimo GUASTINI, (nt. 46), 118 nt. 39 (la norma generale disciplina la classe di fattispecie F; quella eccezionale disciplina una sottoclasse di F (per es. F1 o F2) in rapporto di specie rispetto al *genus* F).

<sup>(105)</sup> IRTI, (nt. 46), 57 (se gli effetti della norma generale sono "B" quelli della norma eccezionale sono "c+d"); GUASTINI, (nt. 46), 119 e nt. 39.

<sup>(106)</sup> Per uno spunto in tal senso PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso dei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa-Portale, 3, Torino, Utet, 2007, *cit.*, 913. Ma v. anche gli autori *cit.* sopra a nt. 78 che qualificano come privilegio (cioè come regola eccezionale rispetto al regime ordinario della responsabilità risarcitoria) il meccanismo dei vantaggi compensativi. E si noti che quest'ultimo costituisce una regola eccezionale rispetto al divieto (di cui è espressione anche l'art. 2476, co. 7, c.c.) puro e semplice di arrecare un pregiudizio ad altri, nonostante per temperare tale regola possa applicarsi la *compensatio lucri cum damno*, che rimane un meccanismo assolutamente diverso da quello introdotto dall'art. 2497, co. 1, ult. periodo, c.c. (v. al riguardo BUSSOLETTI, *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 397 ss.; BENEDETTI, (nt. 6), 236 nt. 150).

<sup>(107)</sup> Tale regola risulta incompatibile (e perciò eccezionale) con quella generale del diritto societario ricavabile dall'art. 2395 c.c.. V., per tutti, PINTO, (nt. 4), 926 ss. Nella dottrina tedesca

Se ciò è vero, il criterio idoneo ad escludere l'applicazione cumulativa degli artt. 2476, co. 7, e 2497, co. 1 e 2, c.c., a favore della sussunzione esclusiva delle fattispecie di responsabilità nel gruppo in queste ultime due previsioni, è il principio di specialità, per il quale la disposizione eccezionale deroga (ovvero preclude l'applicazione al singolo caso concreto di) quella generale<sup>(108)</sup>.

11. *La ratio dell'applicazione del principio di specialità.* — L'esclusiva applicazione dell'art. 2497, co. 1 e 2, c.c. alla responsabilità da attività di direzione unitaria abusiva o per concorso ad essa del socio di una s.r.l. di gruppo deve essere giustificata, oltre che, sul piano formale, in base all'esistenza di un rapporto di regola/eccezione, fra le norme citate e l'art. 2476, co. 7, c.c., anche sotto il profilo sostanziale concernente il motivo per cui una norma eccezionale sottrae la relativa fattispecie alla disciplina di quella relativamente più generale<sup>(109)</sup>.

La deroga in applicazione del principio di specialità trova la propria *ratio* nei principi del *ne bis in idem* ed del *suum cuique tribuere*<sup>(110)</sup>. La stessa *ratio* ricorre anche rispetto alla questione in esame. Intanto perché, a fronte di due disposizioni sanzionatorie, sussiste l'esigenza (di giustizia e di equità) di evitare che il socio sia punito due volte per il medesimo fatto, suscettibile di più qualificazioni giuridiche<sup>(111)</sup>. Ricorre, poi, l'esigenza (di giustizia), soddisfatta dal secondo principio, di distinguere entro categorie più ampie di situazioni, soggetti, comportamenti, sotto-categorie (più ristrette) allo scopo di regolarle diversamente<sup>(112)</sup>. In altri termini, il passaggio dalla norma generale a quella derogatoria costituisce un'"apertura" del legislatore alla necessità di non disci-

---

BRANDES, *Ersatz - von Gesellschafts -und Gesellschafterschaden*, in *Festschrift für Hans-Joachim Fleck zum 70. Geburtstag am 30 Januar 1988*, hrsg. von GOERDLER, HOMMELHOFF, LUTTER, WIEDEMANN, Berlin, New York, 1988, 17 e gli ulteriori riferimenti in PINTO, *cit.*, 926 nt. 74. Sul punto si è pronunciata per l'eccezionalità dell'art. 2497 c.c. anche Cass., Sez. un., 15 gennaio 2010, n. 520, in *dejure.it*, ove si afferma che "il sistema del diritto societario impone di tenere ben distinti i danni direttamente inferti al patrimonio del socio (o del terzo) da quelli che siano il mero riflesso di danni sofferti dalla società", salve "le limitate eccezioni oggi introdotte dall'art. 2497 c.c." (corsivo aggiunto).

<sup>(108)</sup> Una soluzione analoga a quella proposta nel testo (sebbene riferita al rapporto fra l'art. 2497, co. 2, e l'art. 2382 c.c. rispetto agli amministratori della eterodiretta) si ritrova in GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenza di interessi*, Milano, Giuffrè, 2014, 180 ss., secondo il quale l'art. 2392 c.c. è esperibile solo "nei casi in cui l'agire dannoso degli amministratori della società eterodiretta non si inseriva nell'ambito di un esercizio scorretto del potere di eterodirezione" (182 nt. 45). V. GUASTINI, (nt. 46), 118 ss., proprio in merito al rilievo del principio di specialità per la risoluzione delle antinomie (quanto agli effetti) fra la norma regolare e quella eccezionale; IRTI, (nt. 46), 63 ss.

<sup>(109)</sup> In argomento si rinvia all'ampia indagine di ZORZETTO, (nt. 46), *passim*.

<sup>(110)</sup> ZORZETTO, (nt. 46), 397 ss.

<sup>(111)</sup> Il principio è studiato e applicato in particolare dai penalisti (v. ZORZETTO, (nt. 46), 397 ove riferimenti); tuttavia, essendo un principio logico-equitativo (ZORZETTO, *cit.*, 396 ss.) la sua vigenza non pare dover essere confinata a tale settore dell'ordinamento. Infatti, per la sua applicazione oltre il diritto penale, v. MELI, *Principio di specialità e applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel settore del credito*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 2012, 402 ss. (ove riferimenti a decisioni del Consiglio di Stato e dell'Autorità per le garanzie delle comunicazioni) in relazione a sanzioni amministrative e VALZER, (nt. 93), 171 ss. in relazioni a norme disciplinanti la responsabilità risarcitoria nel codice civile.

<sup>(112)</sup> ZORZETTO, (nt. 46), 397; BOBBIO, *Sui criteri per risolvere le antinomie, studi in onore di A. Segni*, 1, Milano, Giuffrè, 1967, 303 ss.

plinare in modo uguale situazioni costituenti una categoria speciale all'interno di una più ampia, per la quale la regola generale non è adeguata; dunque (costituisce) un processo "di progressiva adeguazione della regola di giustizia alle articolazioni della realtà sociale" (113). Quest'obiettivo è realizzato anche nell'art. 2497, co. 1 e 2, c.c.: il legislatore della riforma ha dettato una prescrizione coerente con la *particolare* fattispecie dell'attività di direzione e coordinamento, ossia adeguata alle peculiari esigenze che la sua esistenza comporta. Più specificamente, agli elementi che connotano la responsabilità nel gruppo — cioè all'esercizio di o alla partecipazione ad un'attività unitaria in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale — la norma di apertura del capo IX del codice civile ricollega effetti diversi da quelli dell'art. 2476, co. 7, c.c., stante l'avvertita necessità di conformare la disciplina della tutela contro l'eterodirezione dannosa al particolare contesto nel quale essa si realizza (114). Ne consegue l'impossibilità di frantumare la coerenza fra quella realtà e la sua specifica regolamentazione (115). Il principio di specialità realizza a pieno questo obiettivo rispetto al problema del coordinamento degli artt. 2497, co. 1 o 2 e 2476, co. 7, c.c., giacché, tramite la deroga di quest'ultimo, consente di evitare le inadeguatezze conseguenti all'applicazione di una norma pensata per una società autonoma.

---

(113) BOBBIO, (nt. 112), 303 ss. Ciò trova conferma anche in quanto rilevato dalla dottrina penalistica — che maggiormente si è occupata del principio di specialità, essendo esso normativamente recepito all'art. 15 c.p. —, la quale afferma che la funzione del principio di specialità consiste essenzialmente nel far fronte ai casi di inadeguatezza della legge generale tramite la previsione e l'applicazione di una norma speciale (CAPELLO, (nt. 20), 59. Per la logica peculiare a cui risponde la disciplina del capo IX, v. ABBADESSA, (nt. 82), 279 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa-Portale, 3, Torino, Utet, 2007, 947 ss.; Id., (nt. 47), 517 ss.; GUERRERA, (nt. 33), 74; VALZER, (nt. 93), 27 ss.)

(114) G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 47), 522 ss., ove si afferma che "non sembra potersi prestare credito all'opinione... secondo cui gli interessi coinvolti nel funzionamento del gruppo non presenterebbero peculiarità tali da sollecitare una disciplina specifica, potendo essere perciò governati alla stregua del diritto comune delle società". Qualifica la responsabilità di cui al co. 1 dell'art. 2497 c.c. come "speciale", Trib. Milano, 28 gennaio 2008, in *Giustizia a Milano*, 2008, 30. Trib. Milano, 25 luglio 2008, ined., definisce invece il capo IX come un microsistema normativo. Si noti, altresì che la necessaria applicazione del solo art. 2497, co. 1, c.c. nel caso in cui l'illecito si sostanzia nell'esercizio dell'attività di eterodirezione trova conferma nella dottrina occupatasi del concetto di impresa, secondo la quale "l'identificazione dell'insieme degli atti come attività può [essere funzionale ad attribuire] rilevanza giuridica al [loro] insieme, che perciò diventa...oggetto come tale ...di una normativa distinta dalla normativa dei singoli atti" (AULETTA, voce *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 1958, Milano, Giuffrè, 982; ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1962, 149; BUONOCORE, *Fallimento e impresa*, Napoli, Morano, 1969, 112; P. FERRO LUZZI, (nt. 47), 205). Da ciò può ricavarsi che il legislatore ha posto al centro della fattispecie dell'art. 2497, co. 1, c.c. l'attività al fine di dettare una disciplina specifica per la stessa, differente da quella riconducibile ai singoli atti dannosi, che pure possono puntualizzarla. E tale scelta normativa non può essere disattesa ricorrendo all'art. 2476, co. 7, c.c. (che è disciplina del singolo atto dannoso), quando, ricorrono i presupposti per l'applicazione della norma relativa all'attività.

(115) V. VALZER, (nt. 93), 181 nt. 166, proprio con riferimento alla disciplina della responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. Secondo l'autore grazie al principio di specialità viene soddisfatta l'esigenza di coerenza della disciplina rispetto all'inserimento del "tipo [s.r.l.] «nel fenomeno»" del gruppo, ossia tra l'istanza di tutela contro l'eterodirezione dannosa e il particolare contesto nel quale essa si realizza. Per ulteriori considerazioni sul carattere speciale di tale art. rispetto all'art. 2476, co. 7, e per le implicazioni di tale rapporto fra le norme in ordine alla questione della responsabilità della *holding*-persona fisica, sia consentito rinviare a BENEDETTI, (nt. 6), 226 nt. 120.

12. *Spunti comparatistici*. — Il criterio proposto per regolare l'applicazione degli artt. 2476, co. 7, e 2497, co. 1 o 2, c.c. a fattispecie concrete suscettibili di integrare tanto l'una quanto le altre previsioni normative, trova un'importante conferma nell'opinione espressa dalla dottrina tedesca occupatasi del rapporto fra i §§ 117, 311 e 317 *AktG*.

Il problema del coordinamento di queste disposizioni appare analogo a quello sin'ora esaminato in relazione al nostro ordinamento, poiché

— il § 117, *Abs. 1*, *AktG* contiene una prescrizione simile (sebbene compresa nella disciplina della società per azioni) a quella dell'art. 2476, co. 7, c.c., che prevede una responsabilità di chiunque (anche non socio) usi *dolosamente* la propria influenza sulla società, allo scopo di indurre un membro del consiglio di amministrazione ad agire in modo pregiudizievole per la stessa. Responsabilità, peraltro, solidale (ai sensi dei §§ 421 ss. *BGB*) con quella dei *Mitglieder des Vorstand* <sup>(116)</sup>;

— i §§ 311 ss. *AktG* contengono la disciplina del *faktische Konzern* ed in particolare della responsabilità da direzione unitaria in mancanza di un *Beherrschungsvertrag*: la *herrschendes Unternehmen* è tenuta a risarcire i danni cagionati all'*abhängige Gesellschaft* dall'eterodirezione dannosa, a meno che non adempia al *Nachteilsausgleichspflicht* prescritto al § 311 <sup>(117)</sup>.

Ebbene, in merito al rapporto intercorrente fra le due discipline <sup>(118)</sup> si afferma in Germania che “il § 311 rimpiazza il § 117, altrimenti sarebbe svuotata la previsione del privilegio di gruppo ai sensi dell'*Abs. 2*” (c.d. *Nachteilsausgleichspflicht*), per cui “le regole dei §§ 311, 317...*AktG* sono da considerarsi quali *leges speciales* rispetto al § 117 *AktG*” <sup>(119)</sup>. Anche nell'ordinamento tedesco, dunque, la *ratio* dell'introduzione di una disciplina speciale per la responsabilità nel gruppo si identifica con l'esigenza di ammettere la legittimità, esclusa dal diritto comune, di un'influenza pregiudizievole per la società dominata, a condizione che intervenga l'*Ausgleich*, al fine di agevolare l'esercizio della direzione

---

<sup>(116)</sup> Sul § 117 *AktG* v. HOMMELHOFF-WITT, § 117, in SCHMIDT-LUTTER (Hrsg.), *AktG*, Köln, 2008, I, 1254 ss.; BRÜGGEMEIER, *Einflussnahme auf die Verwaltung einer Ag*, in *AG*, 1988, 94 ss.; VOIGT, *Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesetz (§§117, 309, 317)*, München, 2004. Per l'assimilabilità della norma tedesca a quella nostrana v. da ultimo CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione delle società di capitali: tra atti e attività: profili in tema di responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2012, 150.

<sup>(117)</sup> Il *Nachteilsausgleichspflicht* impone che i danni siano stati compensati effettivamente entro la fine dell'esercizio sociale nel quale essi sono stati causati all'impresa dominata oppure, se la compensazione non è compiuta concretamente entro tale termine, “sia stato fissato entro lo stesso almeno quando e per mezzo di quale vantaggio il danno può essere compensato. Il vantaggio individuato a compensazione deve essere oggetto di un diritto soggettivo per l'impresa dominata”. Fra i molti v. VETTER, §311, (nt. 116), 2881 ss.

<sup>(118)</sup> L'eventualità di un concorso fra il § 117 e il 317 *AktG* è ben colta da VOIGT, (nt. 116), 358.

<sup>(119)</sup> VETTER, (nt. 116), 2916 (a cui appartiene il primo virgolettato); BRÜGGEMEIER, (nt. 116), 102 (al quale va riferito il secondo virgolettato); HOMMELHOFF-WITT, (nt. 116), 1266 (ove a nt. 89 ampi riferimenti); VOIGT, (nt. 116), 358. Si deve precisare che la dottrina tedesca ritiene che il rapporto di specialità trovi applicazione solo quando operi il *Nachteilsausgleichspflicht* (con i tratti peculiari da cui è caratterizzato), potendo altrimenti aver luogo un'*Anspruchskonkurrenz*, essendo però limitata l'applicazione del § 117 a soggetti non rientranti nella fattispecie di cui al § 317 *AktG* (VETTER, §317, (nt. 116), 2970 Rn. 40).

unitaria <sup>(120)</sup>. Quella stessa *ratio*, dunque, che giustifica l'applicazione esclusiva dell'art. 2497, co. 1, c.c. alla responsabilità per l'ingerenza gestoria dannosa del socio di una s.r.l. di gruppo nel nostro ordinamento.

13. *Gli indici dell'inizio dell'attività di eterogestione* <sup>(121)</sup>: i) *in caso di ingerenza di fatto*. — Le osservazioni fin'ora svolte conducono alle seguente conclusione: l'atto di eterogestione dannoso intenzionalmente compiuto dal socio di s.r.l. è perseguibile *ex art. 2476, co. 7, c.c. qualora esso non possa essere ricondotto all'esercizio di (o al concorso ad) un'attività di direzione e coordinamento*; in caso contrario, deve essere assoggettato *esclusivamente* alla disciplina *ex art. 2497, co. 1 o 2, c.c.* Risulta, pertanto, condivisibile l'idea secondo cui il principio di responsabilità per eterogestione trova attuazione, a livello di disciplina normativa, in due modelli diversi in ragione dei differenti connotati del potere esercitato: nell'ambito del gruppo, il modello della responsabilità da direzione e coordinamento; e, al di fuori del gruppo, in presenza di una s.r.l. autonoma, il modello della responsabilità *ex art. 2476, co. 7, c.c.* <sup>(122)</sup>.

Il criterio proposto per escludere il concorso delle disposizioni menzionate pone, tuttavia, un interrogativo: per applicarlo si rende necessario stabilire quando possa dirsi *iniziato* l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, al quale ricondurre il concreto atto lesivo. Il quesito non appare di semplice soluzione in

---

<sup>(120)</sup> Per ampi riferimenti RONDINONE, (nt. 19), 557 nt. 34.

<sup>(121)</sup> La questione che ci si accinge a trattare brevemente nel testo troverebbe una soluzione semplice ove si condivida la tesi recentemente proposta da BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2013, 432 ss., il quale ritiene che «il complesso e articolato apparato normativo all'interno del quale si colloca la disciplina in materia di attività di direzione e coordinamento pare destinato ad applicarsi soltanto a condizione che la trasmissione dei voleri della capogruppo sia riconducibile, pur sempre, ad una "cabina di regia" che è incardinata in testa a questa entità societaria...in sostanza... "il sistema" della disciplina in materia di direzione e coordinamento muove, sia pure implicitamente, dall'assunto che la trasmissione da parte del socio di controllo delle direttive o istruzioni aventi ad oggetto le scelte gestionali (strategiche) della società controllata, al fine di assurgere ad epifania dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, abbia luogo, necessariamente, tramite un "passaggio formale"» ossia con modalità «documentate e tracciabili di esercizio di imperio della capogruppo. E ciò anche ai fini di poter individuare con sufficiente approssimazione una data di "inizio" e, correlativamente, di "cessazione" dell'attività in questione» (corsivo aggiunto). Sebbene l'autore rilevi l'importanza determinante che l'individuazione con precisione del momento di inizio dell'attività di direzione e coordinamento riveste ai fini dell'applicazione degli obblighi pubblicitari nonché della spettanza del diritto di regresso, la sua ricostruzione risulta idonea a risolvere qualunque problema applicativo anche in relazione alla delimitazione degli ambiti di applicazione delle norme in esame.

<sup>(122)</sup> Per uno spunto v. CARIELLO, sub *art. 2497*, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, 3, Napoli, Jovene, 2004, 1897; PINTO, (nt. 4), 938 nt. 89. Quanto si dice nel testo si distacca, sotto alcuni profili, da quanto affermato da quest'ultimo autore. In particolare, intanto i due modelli che sottendono il principio di responsabilità per eterogestione non si differenziano solo per l'aspetto della destinazione del risarcimento del danno (unico profilo su cui si sofferma l'autore, essendo questo l'unico coerente con l'oggetto della sua riflessione); la differenza fra i due modelli non ha origine unicamente nella diversa "intensità del potere esercitato", ma per es. anche nella dimensione episodica di quello *ex art. 2476, co. 7* e diacronica di quello *ex art. 2497, c.c.*; il modello di cui all'art. 2476, co. 7, che trova esclusiva applicazione alla società monade, non pare poter essere definito "da controllo codicistico", potendo trovare il potere di eterogestione del socio di s.r.l. titolo in varie prescrizioni normative che non integrano gli estremi dell'istituto del controllo *ex art. 2359 c.c.* Anzi come si dirà tra breve nel testo, in presenza degli estremi di applicazione di tale disposizione, si presume, salvo prova contraria, che si applichi solo la responsabilità nel gruppo.

quanto l'attività, nelle ipotesi in cui rileva come fattispecie — come nell'art. 2497 c.c. —, deve essere intesa come “un modo di atteggiarsi della vicenda... non formalizzata e predeterminata, ma concreta ed effettiva”, dunque come una “vicenda continuativa... apprezzabile nel suo (potenziale) esplicarsi”, che acquista rilievo secondo un criterio di effettività, indipendentemente dal riscontro di un “astratto e formale indice legittimante” (123). In aggiunta, il problema dell'inizio dell'attività di direzione e coordinamento — tanto in caso di un suo esercizio meramente fattuale, quanto nell'ipotesi in cui essa sia “contrattualizzata” (regolamenti di gruppo o clausola statutaria della dominata) — è complicato dalla circostanza per cui essa “non sarebbe a rigor di logica apprezzabile come tale se non dopo la concretizzazione di una serie di atti finalizzati ad uno scopo, non essendo sufficiente l'individuazione del primo di essi” (124). Chi agisce in responsabilità deve, cioè, stabilire se il singolo atto di ingerenza nella gestione, non (ancora) seguito da analoghi atti ulteriori, debba essere considerato meramente episodico ovvero espressione di una più complessa ed articolata attività.

Al riguardo, si è rilevato che la questione dell'inizio dell'attività di direzione e coordinamento, normalmente, “viene in rilievo, per così dire, *ex post*, allorché ci sia già stato un periodo di esercizio dell'attività. Per cui... in presenza di un abuso e di un danno che ne sia conseguenza, si potrà il più delle volte ripercorrere a ritroso la sequenza di episodi che sono espressione dell'attività di direzione” (125). Dunque la difficoltà appena rilevata non si porrebbe.

Quando, però, si debba reagire contro un atto gestorio all'inizio di una eventuale sequenza di atti successivi, pare possibile ricavare dalla legge qualche indice sintomatico dell'inizio di un'attività di eterodirezione capace di orientare sia l'attore nella scelta del rimedio da esperire per chiedere il risarcimento, sia il

---

(123) ALCARO, *L'attività: profili ricostruttivi e prospettive applicative*, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 1999, 423 ss.; MAUGERI, (nt. 30), 66, ove si legge: “il concetto di attività...mostra di staccarsi nettamente dal modulo puntuale... dell'atto... e dal [suo] carattere concluso e definito, per collocarsi interamente nella dimensione dell'“effettività”, intesa nel senso... di criterio oggettivo di sua identificazione per il tramite del concreto manifestarsi ed esplicarsi di un programma di azione”. L'attività di direzione e coordinamento rileva, nella maggioranza dei casi, quale fatto o comunque quale rapporto non formalizzato. In relazione ai c.d. rapporti di fatto si è affermato che essi si caratterizzano per la mancanza di “un momento genetico giuridicamente determinabile” e si aggiunge: “è certo che in un determinato momento il rapporto di fatto ha avuto inizio... Ma l'individuazione di tale momento non ha valore assoluto...” (FRANCESCHELLI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Contr.*, 1994, 216 ss.).

(124) PENNISI, *Il diritto di recesso nelle società soggette ad attività di direzione e coordinamento: alcune considerazioni*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 40; MAUGERI, *Formazione del gruppo e diritti dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, 283, il quale nota che per l'accertamento della fattispecie “soggezione all'altrui attività direttiva” si propone la questione “centrale nella teoria dell'impresa, di stabilire quando l'...attività possa dirsi concretamente iniziata. Al riguardo, non pare sufficiente annettere preponderante rilievo alla prima direttiva eventualmente impartita dagli amministratori della controllante all'organo gestorio della controllata...proprio la rilevanza del fenomeno del gruppo sul piano dell'attività (poi d'impresa) impedisce di arrestarsi al singolo atto, se destinato a restare isolato od occasionale, privo dunque di quelle connotazioni di abitudine e stabilità nelle quali si risolve il requisito della professionalità previsto dall'art. 2082 c.c.”. In generale sulla medesima questione v. CARIELLO, *La pubblicità del gruppo (art. 2497-bis c.c.): la trasparenza dell'attività di direzione e coordinamento tra staticità e dinamismo*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 482 (peraltro critico sul fatto che sia appropriato parlare di inizio o cessazione dell'attività di direzione e coordinamento come fattispecie).

(125) PENNISI, (nt. 124), 41.



giudice nell'accogliere o nel respingere la domanda <sup>(126)</sup>. In primo luogo, in forza dell'art. 2497-*sexies* c.c., l'inizio della direzione e coordinamento si presume coincidere con l'acquisto da parte di una società o di un ente del controllo *ex art.* 2359 c.c. <sup>(127)</sup> o con la sua soggezione all'obbligo di consolidamento *ex art.* 26 d.lgs. 127/1991.

A ciò consegue che, salvo il caso in cui si riesca a fornire la prova contraria alla presunzione *ex art.* 2497-*sexies* c.c. <sup>(128)</sup>, l'art. 2476, co. 7, c.c. non può trovare applicazione rispetto ai soci ingeritisi dannosamente nella gestione *che abbiano il controllo della s.r.l.*, i quali andranno perseguiti ai sensi dell'art. 2497, co. 1, c.c. Analogamente, la disposizione dettata per la s.r.l. autonoma non è utilizzabile per perseguire il socio che abbia autorizzato (o approvato) la decisione gestoria di un altro membro della compagine sociale in possesso del controllo della s.r.l. <sup>(129)</sup>.

In alternativa all'esistenza di un'influenza dominante, può essere considerato indice dell'inizio dell'attività di direzione e coordinamento l'esecuzione dell'adempimento pubblicitario *ex art.* 2497-*bis*, co. 2, c.c. A quest'ultimo non pare si possa riconoscere il valore di una confessione <sup>(130)</sup> a prescindere dagli autori dell'iscrizione <sup>(131)</sup>, consistendo essa in una dichiarazione di fatti sfavorevoli per il soggetto, che la rende, e favorevoli per la controparte. La pubblicità dell'attività

---

<sup>(126)</sup> Nella pratica, il problema di verificare se sia o meno iniziata l'attività di direzione e coordinamento si pone sia per l'attore che deve agire in giudizio, sia per il giudice investito della controversia risarcitoria (in base al principio *iura novit curia*). Se l'attore agisce *ex art.* 2476, co. 7, c.c. quando invece avrebbe dovuto trovare applicazione la norma derogatoria sulla responsabilità nel gruppo, costui rischia di soccombere in giudizio qualora il convenuto eccepisca che nei suoi confronti non è applicabile la responsabilità per cui si è agito (*ex art.* 2476, co. 7) poiché, esistendo un'attività di direzione e coordinamento, si devono valutare per es. i vantaggi compensativi, oppure che non è tenuto a risarcire la società dominata (si consideri che agendo *ex art.* 2476, co. 7, si fa valere il diritto al risarcimento della società, perché i danni alla redditività e al valore della partecipazione si producono nei suoi confronti, operando il singolo socio, dunque, come quale sostituto processuale (art. 81 c.p.c.: v. TETI, (nt. 87), 647 ss.).

<sup>(127)</sup> Si tenga tuttavia conto della necessità di verificare la compatibilità delle singole fattispecie elencate da tale norma con le specificità del modello di s.r.l. (v. CARIELLO, (nt. 4), 1072 ove ulteriori citazioni). V. anche PENNISI, (nt. 124), 41, per il quale a volte la stessa assunzione del controllo può risultare dubbia. Inoltre alcuni dubbi sussistono anche sul corretto significato da attribuire all'art. 2497-*sexies* c.c.: il tenore letterale della norma potrebbe indurre a ritenere che la presunzione concerna non tanto l'esercizio concreto del potere di eterodirezione, bensì la soggezione a tale potere delle società controllate o comprese nell'area del consolidamento, ovvero l'imputazione dell'attività (piuttosto che l'attività stessa). Sul punto v. GUIZZI, (nt. 108), 176; M. ROSSI, *I molti problemi "aperti" della disciplina dei gruppi: considerazioni a margine di una recente ordinanza cautelare*, in *Società*, 2014, 588.

<sup>(128)</sup> Prova, peraltro, che, pur ammissibile, pare assai difficile da fornire. V. CARUSO, *Inizio e cessazione della direzione e coordinamento e recesso del socio*, Torino, Giappichelli, 2012, 67 ss.; CORSO, (nt. 27), 73 ss.

<sup>(129)</sup> In tal caso, il socio controllante si presume esercitare l'attività di direzione e coordinamento. Esistendo quest'ultima, dunque, l'autorizzazione deve essere perseguita come concorso all'altrui eterodirezione, piuttosto che ai sensi dell'art. 2476, co. 7, c.c.

<sup>(130)</sup> Così, invece, MONTALENTI, *La pubblicità nella riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 556; e già CARIELLO, sub *art.* 2497-*bis*, in *Società di capitali*, in Niccolini-Stagno d'Alcontres, 3, Napoli, Jovene, 2004, 1896.

<sup>(131)</sup> Sul punto v. CARIELLO, (nt. 122), 480 ss. ove a nt. 34 ulteriori riferimenti, il quale sostiene la tesi che siano tenuti all'obbligo pubblicitario *ex art.* 2497-*bis* co. 1 e 2, c.c. sia gli amministratori della società che dirige e coordina (dando pubblicità all'esercizio di tale attività), sia quelli della dominata (dando pubblicità alla soggezione all'eterodirezione altrui).

di direzione e coordinamento tramite iscrizione nell'apposita sezione del registro delle imprese non sembra affatto avere tale connotato, in quanto si è già rilevato come l'esistenza del gruppo comporti l'applicazione di un regime di responsabilità da eterodirezione sotto vari profili (entità del risarcimento, fruibilità dei vantaggi compensativi...) meno rigoroso della disciplina prevista dal diritto societario comune, nei confronti tanto della capogruppo, quanto degli amministratori della eterodiretta<sup>(132)</sup>. La dichiarazione nella quale si risolve l'adempimento di cui all'art. 2497-bis, co. 2, c.c. ha per oggetto, perciò, un fatto (l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento) *favorevole per chi la rende*. Tuttavia, pur non acquisendo, forse, il valore di prova legale proprio della confessione, l'iscrizione in esame, se non contestata, sembra almeno costituire un indizio, dal quale poter desumere l'esercizio dell'attività *ex art. 2497, co. 1, c.c.* (cioè il fondamento di una presunzione semplice: v. art. 2729 c.c.)<sup>(133)</sup>. Del resto, che la pubblicità del gruppo possa acquisire rilievo al fine di provare l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento sembra il naturale portato della funzione dell'art. 2497-bis, co. 1 e 2, c.c.: quella di "rendere conoscibile ai soci di una società e ai terzi in generale l'aggregazione... della società al gruppo... sì da consentire agli stessi soggetti di valutarne... il *regime normativo parzialmente speciale applicabile nella concreta ricorrenza della medesima situazione*" (corsivi aggiunti)<sup>(134)</sup>.

14. Segue: ii) *in caso di attività di eterodirezione avente fondamento statutario o contrattuale*. — Laddove esistano clausole dell'atto costitutivo che

---

<sup>(132)</sup> V., in modo molto chiaro, da ultimo, BIANCHI, (nt. 121), 433 (ove a nt. 36 altri riferimenti) e 438; CARUSO, (nt. 128), 54 ss. ove si afferma che il criterio di legittimità della funzione amministrativa della società dominata è l'attività di gruppo. Perciò, gli amministratori potranno evitare la responsabilità grazie ai vantaggi compensativi. Sulla responsabilità di questi ultimi nel contesto del gruppo (e dunque in applicazione dell'art. 2497, co. 2, prima parte, c.c.) v. più ampiamente BENEDETTI, (nt. 6), 76 ss. ove riferimenti.

<sup>(133)</sup> In ordine al fatto che l'obbligo di iscrizione, per essere correttamente adempiuto (anche ai fini della responsabilità *ex art. 2497-bis, co. 3, c.c.*) debba riguardare la società che effettivamente dispone dell'attività di eterodirezione v. CARIELLO, (nt. 122), 479 ss.; quindi la pubblicità renderebbe trasparente ai terzi interessati proprio quel fatto, che è alla base anche dell'azione *ex art. 2497, co. 1, c.c.* Il medesimo autore riconosce che la pubblicità in esame costituisce uno degli "indici presuntivi...di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento" (CARIELLO, (nt. 130), 1896). Per un'ottica diversa (che guarda cioè non all'effettività dell'esercizio dell'eterodirezione, bensì alla titolarità delle posizioni giuridiche di potere e soggezione) v. CARUSO, (nt. 128), 66, ove pure si ammette che l'iscrizione ha comunque effetti probatori. Sul problema della prova dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento si veda anche la recente ordinanza del Trib. Milano, 20 dicembre 2013, in *Società*, 2014, 560 ss.; ed i rilievi relativi alla stessa di M. ROSSI, (nt. 127), 588.

<sup>(134)</sup> CARIELLO, (nt. 122), 485. Per altre situazione sintomatiche dell'esistenza dell'eterodirezione si rimanda, per ampia esemplificazione, a CARIELLO, (nt. 130), 1896; ID., (nt. 122), 483; CORSO, (nt. 27), 69. Fra le situazioni sintomatiche dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, quando non è possibile far riferimento, sotto un profilo dinamico, all'emanazione di ripetute direttive concernenti atti di gestione, possono acquisire rilievo, sotto un profilo statico, anche gli aspetti organizzativi delle società di riferimento in qualche modo funzionali alla realizzazione dell'attività di direzione e coordinamento: la predisposizione di sistemi informativi, degli assetti amministrativi (si pensi agli *interlocking directorates*, certamente funzionali a realizzare una stabile integrazione tra più società e per questo ritenuti sintomo dell'esistenza del gruppo) e contabili, di sistemi di controllo interno (MAUGERI, (nt. 124), 283; CARUSO, (nt. 128), 73. Ma il riferimento alla "struttura organizzativa" come dato caratterizzante la direzione unitaria e, dunque, l'esistenza del gruppo ricorre già negli studi di PAVONE LA ROSA).

consentono l'ingerenza dei soci nella gestione della s.r.l., anch'esse sono suscettibili di acquisire il valore di indici rivelatori *dell'inizio* dell'esercizio della direzione e coordinamento<sup>(135)</sup>. Tanto l'attribuzione del potere di direzione e coordinamento come "particolare diritto amministrativo" *ex art. 2468, co. 3, c.c.*<sup>(136)</sup>, quanto l'utilizzo di quest'ultima disposizione o dell'art. 2479, co. 1, c.c. per riconoscere al socio (non il diritto di esercitare in sé e per sé l'eterodirezione, bensì) "*Sonderrechte* funzionali all'esercizio di poteri... suscettibili di integrare il supporto costitutivo dell'attività medesima"<sup>(137)</sup> integrano la previsione dell'art. 2497-*septies* c.c. (esercizio dell'eterodirezione di società "sulla base di... clausole dei loro statuti). Tuttavia, nonostante in tali ipotesi la direzione unitaria cessi di esplicarsi soltanto sul piano fattuale e trovi la propria fonte in una specifica previsione statutaria, quest'ultima non è sufficiente a fondare una presunzione assoluta<sup>(138)</sup>, bensì solo una presunzione semplice *ex art. 2729 c.c.* di inizio dell'esercizio di quell'attività, semmai rafforzata sotto il profilo della gravità, precisione e concordanza degli indizi da cui è desunta. Si deve, infatti, tener presente che un conto è attribuire il potere di esercitare l'attività di eterodirezione sulla carta (ciò a cui si limita la clausola statutaria in esame); altro è *esercitare* tale prerogativa — che, per il principio di effettività, è comunque presupposto imprescindibile, anche ai sensi dell'art. 2497-*septies* c.c., per l'applicazione della disciplina del capo IX — e verificare la concreta incidenza di essa sull'autonomia e sulla sovranità gestionale ed operativa della controllata<sup>(139)</sup>.

LORENZO BENEDETTI

---

<sup>(135)</sup> Che le clausole statutarie possano rilevare quali indici rivelatori di una direzione e coordinamento appunto "su base contrattuale o statutaria" è ammesso da NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-sexies e 2497-septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in questa *Rivista*, 2004, 999 ss.

<sup>(136)</sup> Ritiene possibile questa eventualità, BLANDINI, (nt. 5), 135 ss.

<sup>(137)</sup> CARIELLO, (nt. 4), 1075. Si pensi al diritto di decidere della politica finanziaria della società.

<sup>(138)</sup> Ritengono, invece, che l'art. 2497-*septies* c.c. detti una presunzione assoluta circa l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento IRACE, sub art. 2497-*sexies*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, Giappichelli, 2007, 348; BADINI CONFALONIERI, sub art. 2497 *septies*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti,\*\*\*, Bologna, Zanichelli, 2004, 2218; DAL SOGLIO, sub art. 2497-*septies*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Maffei Alberti, 3, Padova, Cedam, 2006, 2434 ss, che parla di "valutazione legale tipica" dell'esercizio della medesima attività; *contra* NIUTTA, (135), 999.

<sup>(139)</sup> Si concorda appieno con l'opinione di BIANCHI, (nt. 121), 424 ss. e in part. 428. L'autore afferma, infatti, che "non sempre questi accordi [i regolamenti di gruppo] possono ritenersi idonei a legittimare, concretamente ed effettivamente" l'eterodirezione ed aggiunge che "la direzione e il coordinamento anche se "contrattualizzata" [come nei casi considerati nel testo], è sempre ed esclusivamente *fattuale*. Ne deriva che i regolamenti di gruppo (e le pattuizioni di portata equivalente) possono attribuire alla capogruppo, a tutto concedere, un potere-dritto nei confronti della gestione della controllata che non le spetterebbe... in base alla sua posizione di socio di controllo, [ma] soltanto l'effettivo e penetrante esercizio dei poteri... di direzione e coordinamento previsti "sulla carta"...e la loro concreta e documentabile incidenza sull'autonomia e sovranità gestionale ed operativa della controllata, dovrebbero ritenersi idonei... a determinare i presupposti di applicazione della relativa disciplina". Indagine che deve farsi tramite una verifica sul campo. Conf. anche SBISÀ, *Art. 2497, in Direzione e coordinamento*, a cura di Sbisà, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, Egea, 2012, 26 ss. Che la clausola statutaria costituisca prova dell'inizio dell'eterodirezione (anche se ai fini del recesso *ex art. 2497-*quater**) è riconosciuto, da ultimo, anche da CARUSO, (nt. 128), 106.