

LORENZO BENEDETTI

LA RESPONSABILITÀ "AGGIUNTIVA"  
EX ART. 2497, 2° CO., C.C.

354

Quaderni di  
**GIURISPRUDENZA  
COMMERCIALE**

 GIUFFRÈ EDITORE

# La responsabilita' "aggiuntiva" ex art. 2497, 2 CO., C.C.

Autore: Lorenzo Benedetti

Anno di edizione: 2012

Collana: quaderni di giurisprudenza commerciale

Rilegatura: Brossura cucita

Pagine: XII - 307

Codice Prodotto: 000041823

ISBN: 9788814174421

**LORENZO BENEDETTI**

**LA RESPONSABILITÀ “AGGIUNTIVA”  
EX ART. 2497, 2° CO., C.C.**

**354**

Quaderni di  
**GIURISPRUDENZA  
COMMERCIALE**



**GIUFFRÈ EDITORE**

LORENZO BENEDETTI

**LA RESPONSABILITÀ “AGGIUNTIVA”**  
***EX ART. 2497, 2° CO., C.C.***



GIUFFRÈ EDITORE

*A Laura,  
ai miei genitori,  
con amore, con gratitudine.*



## INDICE

### CAPITOLO I

#### LA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO: AL CONFINE FRA CONTRATTO E TORTO

1.	La responsabilità <i>ex art.</i> 2497, 1 co., c.c., è definibile come induzione all'inadempimento? .....	2
2.	La responsabilità <i>ex art.</i> 2497, 1 co., c.c., come ipotesi ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale .....	5
2.1.	La determinatezza o determinabilità delle parti del rapporto derivante dall'esercizio di attività di direzione e coordinamento .....	5
2.2.	La correttezza come criterio a cui conformare l'eterodirezione	10
2.3.	<i>Segue</i> : la correttezza nei rapporti fra soci. ....	12
2.4.	La struttura della fattispecie di cui all'art. 2497, 1 co., c.c. ...	14
2.5.	L'interesse oggetto di protezione <i>ex art.</i> 2497, 1 co., c.c. ....	14
2.6.	Le indicazioni ricavabili dalla funzione dell'art. 2497, 1 co., c.c. ....	18
2.6.1.	<i>Segue</i> : possibili obiezioni. Critica .....	20
2.7.	Le indicazioni provenienti dalla disciplina del recesso nel gruppo .....	23
2.8.	L'interpretazione orientata alle conseguenze dell'art. 2497, 1 co., c.c. ....	23
3.	La fonte e l'oggetto dell'obbligo della capogruppo .....	26
3.1.	L'obbligazione della capogruppo come obbligazione legale ...	26
3.2.	La similitudine fra l'art. 2497, 1 co., c.c. e la teoria dell'amministratore di fatto .....	28
3.3.	<i>Segue</i> : il rapporto diretto fra capogruppo e soci e creditori della dominata .....	30
3.4.	Il rapporto obbligatorio scaturente dall'art. 2497, 1 co., c.c. .	31
4.	Il rapporto obbligatorio fra la capogruppo e i soci minoritari e i creditori delle dominate. ....	33
4.1.	Conseguenza della ricostruzione dell'art. 2497 c.c. come disciplina dell'impresa unitaria di gruppo .....	33
4.2.	Tentativo di spiegare in base alle categorie civilistiche la mancata esplicita previsione della legittimazione ad agire per il risarcimento del danno della società dominata .....	36
4.3.	Il rapporto obbligatorio fra capogruppo e soci della eterodi-	

retta come applicazione della teorizzazione di un dovere di correttezza e buona fede del socio di controllo . . . . .	39
4.4. La funzione estensiva della responsabilità <i>ex art.</i> 2497, 1 e 2 co., c.c. come garanzia del soddisfacimento dei creditori sociali della dominata . . . . .	41
4.5. Qualche ulteriore spunto in merito alla capogruppo come destinataria diretta di precetti normativi e come immediato centro di imputazione della responsabilità risarcitoria conseguente alla loro violazione . . . . .	43

## CAPITOLO II

LA RESPONSABILITÀ ACCESSORIA DI  
 “CHI ABBIA COMUNQUE PRESO PARTE AL FATTO LESIVO”  
 (ART. 2497, 2 CO., PRIMA PARTE, C.C.)

1. L'inquadramento sistematico della fattispecie di responsabilità <i>ex art.</i> 2497, 2 co., prima parte, c.c. negli schemi generali della responsabilità civile: premessa . . . . .	48
2. <i>Segue</i> : l'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., come applicazione dei principi di cui all'art. 2055 c.c. . . . .	48
2.1. L'individuazione del medesimo fatto dannoso . . . . .	48
2.2. <i>Segue</i> : la coimputabilità dell'unico fatto dannoso . . . . .	51
2.3. L'unicità della situazione soggettiva lesa del danneggiato. . . . .	53
3. Confronto fra l'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. e l'art. 2055 c.c. . . . .	53
3.1. L'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., come autonoma fattispecie di illecito e non come mera norma di rinvio . . . . .	53
3.2. La responsabilità di cui all'art. 2497, comma 2, prima parte, c.c. come concorso all'inadempimento . . . . .	56
3.3. L'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. come norma che dispone la solidarietà dei legittimati passivi direttamente verso i soci della società eterodiretta . . . . .	59
4. <i>Segue</i> : il significato del concetto di partecipazione al fatto lesivo. . . . .	61
4.1. Gli argomenti interpretativi ricavabili dal diritto penale. . . . .	61
4.2. ...e quelli ricavabili dal microsistema della responsabilità nel gruppo . . . . .	65
4.3. Conclusioni . . . . .	66
5. La causalità nel concorso all'inadempimento . . . . .	68
6. I criteri soggettivi di imputazione della responsabilità dei concorrenti . . . . .	71
6.1. Considerazioni generali . . . . .	71
6.2. L'imputazione della responsabilità per concorso agli amministratori della società eterodiretta . . . . .	76
6.2.1. <i>Segue</i> . . . . .	80
7. La schema normativo recepito nel combinato disposto di cui al 1 e 2 co. dell'art. 2497 c.c. . . . .	81
7.1. Osservazioni generali . . . . .	81

7.2.	Conseguenze del carattere accessorio della responsabilità <i>ex</i> art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. ....	83
7.3.	La responsabilità speciale nel contesto del gruppo degli amministratori della capogruppo e della società dominata. ....	84
8.	L'azione di regresso .....	85
8.1.	Considerazioni generali .....	85
8.2.	<i>Segue</i> : il regresso come strumento di tutela dei soci e dei creditori della capogruppo. ....	87
8.3.	I profili di applicazione del regresso .....	90
9.	Confronto fra la fattispecie di responsabilità di cui al 1 e 2 comma, prima parte 2497, c.c., al fine di definire l'ambito di applicazione della seconda fattispecie .....	93
9.1.	<i>Segue</i> : il rilievo dell'attività per l'applicazione della responsabilità per abuso di direzione e coordinamento .....	95
9.2.	Il significato dell'espressione "esercitando attività di direzione e coordinamento" .....	100
9.2.1.	Il riferimento alla realtà economico-sociale come criterio interpretativo. Gli spunti ricavabili dalla teoria dell'impresa .....	101
9.2.2.	<i>Segue</i> : gli spunti ricavabili dagli artt. 2497- <i>bis</i> e <i>ter</i> c.c. ....	103
9.3.	La ricostruzione delle condotte sanzionabili <i>ex</i> art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. I contributi in fase di elaborazione dell'eterodirezione abusiva .....	105
9.4.	Conclusioni .....	108
10.	Funzione sistematica della responsabilità <i>ex</i> art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. ....	109
10.1.	Considerazioni generali .....	109
10.2.	L'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. come disposizione idonea a sanzionare i concorrenti negli illeciti compiuti nel contesto di un'attività organizzata .....	113
10.2.1.	<i>Segue</i> : la responsabilità <i>ex</i> art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. degli amministratori della capogruppo .....	115
10.3.	L'ulteriore capacità espansiva dell'art. 2497, 2 co., prima parte c.c. ....	120
10.4.	La funzione dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. come applicazione dell'art. 2055 c.c. ....	120
10.5.	La funzione della norma in relazione agli autori dell'illecito ..	122
11.	Alcune esemplificazioni in ordine ai possibili legittimati passivi all'azione di responsabilità contro "chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo" .....	124
11.1.	La responsabilità dei soci di controllo della dominante: l'influenza extrassembleare .....	124
11.2.	L'influenza assembleare <i>ex</i> art. 2364, n. 5, c.c. ....	127
11.3.	L'influenza assembleare informale .....	128
11.4.	L'influenza del socio nella s.r.l. ....	129
11.5.	Il criterio di imputazione soggettiva della responsabilità .....	131
11.6.	Conclusioni .....	133



11.7. La responsabilità da attività congiunta di direzione e coordinamento.....	134
11.7.1. <i>Segue</i> .....	137

### CAPITOLO III

#### INQUADRAMENTO SISTEMATICO E *RATIO* DELLA RESPONSABILITÀ DEI CONSAPEVOLI BENEFICIARI DELL'ABUSO DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

1. L'azione <i>ex art.</i> 2497, 2 co, ult. parte, c.c. come applicazione nel contesto di gruppo del principio di ingiustificato arricchimento....	139
2. I presupposti dell'azione.....	143
2.1. L'arricchimento.....	143
2.2. L'impoverimento.....	146
2.3. Il nesso di correlatività.....	148
2.4. La giusta causa dell'arricchimento.....	152
2.4.1. <i>Segue</i> .....	158
2.4.2. La ricerca, tramite l'interpretazione sistematica, della giustificazione del requisito della consapevolezza richiesto dall'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c. ....	159
2.4.3. Il rilievo, ai fini dell'esperibilità dell'azione indennitaria <i>ex art.</i> 2497, 2 co., ult. parte, c.c. della volontà della società eterodiretta.....	163
2.5. La sussidiarietà del rimedio indennitario.....	164
2.5.1. La sussidiarietà nel rapporto fra le azioni previste dal 2 co., dell'art. 2497 c.c. ....	169
2.5.2. La sussidiarietà in relazione al medesimo convenuto ..	171
3. L'indennizzo ed il nesso di solidarietà fra l'obbligazione risarcitoria e quella restitutoria.....	173
4. Inquadramento sistematico del rimedio contro i beneficiari consapevoli.....	175
4.1. La funzione dell'azione <i>ex art.</i> 2497, 2 co., ult. parte c.c., considerata isolatamente.....	175
4.2. <i>Segue</i> : possibili interferenze fra il rimedio in esame e la <i>ratio</i> della nuova disciplina delle esenzioni dalla revocatoria fallimentare.....	177
4.3. <i>Segue</i> : il significato sistematico del rimedio contro i beneficiari consapevoli dell'eterodirezione abusiva.....	181
4.3.1. La funzione residuale della responsabilità del beneficiario consapevole nel sistema di <i>Konzernhaftung-srecht</i> .....	181
4.3.2. <i>Segue</i> : gli elementi "elastici" della fattispecie.....	184
4.3.3. la funzione deterrente dell'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c.....	187

## CAPITOLO IV

LA RESPONSABILITÀ DELLA PERSONA FISICA *HOLDING*

1.	Verifica dell'esistenza di una norma espressa capace di disciplinare la fattispecie .....	189
1.1.	Premessa .....	189
1.2.	La rilevanza della persona fisica <i>holding</i> come fattispecie concreta .....	192
1.3.	<i>Segue</i> .....	195
1.4.	Accertamento, rispetto all'ipotesi della <i>holding</i> -persona fisica, di una fattispecie astratta giuridicamente rilevante .....	197
1.4.1.	<i>Segue</i> : le innovazioni introdotte dalla riforma fallimentare in ordine alla fallibilità in estensione del socio unico .....	201
1.4.2.	Conclusioni .....	204
1.5.	La persona fisica <i>holding</i> nell'ordinamento tedesco. ....	205
1.6.	Ricerca di una disciplina per la fattispecie astratta della <i>holding</i> -persona fisica: l'argomento a contrario .....	209
1.7.	Il 2 co., prima parte, dell'art. 2497 c.c. Inidoneità di una responsabilità a titolo di concorso a perseguire la <i>holding</i> -persona fisica .....	210
1.8.	<i>Segue</i> : il 2 co., prima parte, dell'art. 2497, c.c. L'inadeguatezza di una responsabilità accessoria a disciplinare la responsabilità della capogruppo individuale. ....	215
1.8.1.	Ipotesi nelle quali è possibile imputare la responsabilità <i>ex art.</i> 2497, 1 co., c.c. ad un ente collettivo. ....	215
1.8.2.	Ipotesi in cui non sia possibile imputare ad un ente collettivo la responsabilità per abuso di eterodirezione .....	220
1.8.3.	L'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c. ....	222
1.9.	<i>Segue</i> : l'utilizzo delle clausole generali di responsabilità .....	226
1.9.1.	Il ricorso alla clausola generale della responsabilità aquiliana per risarcire i soci .....	227
1.9.2.	<i>Segue</i> : e per risarcire i creditori. ....	231
1.9.3.	La responsabilità <i>ex art.</i> 1218 c.c. ....	234
1.9.4.	Ulteriori obiezioni contro l'applicazione alla responsabilità della <i>holding</i> personale della disciplina di diritto comune .....	238
1.10.	Conclusioni sull'esito della ricerca di una norma alternativa all'art. 2497, 1 co., c.c., per disciplinare la responsabilità della capogruppo individuale. ....	240
2.	L'interpretazione costituzionalmente orientata come criterio decisivo per individuare il trattamento da riservare alla capogruppo-persona fisica. ....	242
2.1.	Premessa .....	242
2.2.	L'analogia come unica soluzione "interpretativa" costituzionalmente legittima .....	245
2.3.	<i>Segue</i> : conseguenze applicative. ....	249
2.4.	Un'osservazione conclusiva .....	250

3.	L'accertamento dell'identità di <i>ratio</i> .....	251
3.1.	Il rilievo, per accertare l'identità di <i>ratio</i> , della funzione di <i>Schutzrecht</i> dell'art. 2497 c.c. ....	251
3.2.	Il rilievo, per accertare l'identità di <i>ratio</i> , dell'attività .....	254
3.3.	la rilevanza dell'attività nel parallelo con la teoria dell'amministratore di fatto .....	257
3.4.	Le indicazioni ricavabili dalla riflessione dottrina in merito alla responsabilità da direzione unitaria nella l. 270/1999....	258
4.	L'assenza di limitazioni al ricorso all'analogia .....	259
5.	Le indicazioni emergenti dai lavori preparatori e dall'interpretazione storico-sistematica .....	261
	<i>Bibliografia</i> .....	267
	<i>Elenco delle sentenze</i> .....	295

## CAPITOLO I

# LA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO: AL CONFINE FRA CONTRATTO E TORTO <sup>(1)</sup>

SOMMARIO: 1. La responsabilità *ex art. 2497, 1 co., c.c.*, è definibile come induzione all'inadempimento? — 2. La responsabilità *ex art. 2497, 1 co., c.c.*, come ipotesi ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale. — 2.1. La determinatezza o determinabilità delle parti del rapporto derivante dall'esercizio di attività di direzione e coordinamento. — 2.2. La correttezza come criterio a cui conformare l'eterodirezione. — 2.3. *Segue*: la correttezza nei rapporti fra soci. — 2.4. La struttura della fattispecie di cui all'*art. 2497, 1 co., c.c.* — 2.5. L'interesse oggetto di protezione *ex art. 2497, 1 co., c.c.* — 2.6. Le indicazioni ricavabili dalla funzione dell'*art. 2497, 1 co., c.c.* — 2.6.1. *Segue*: possibili obiezioni. Critica. — 2.7. Le indicazioni provenienti dalla disciplina del recesso nel gruppo. — 2.8. L'interpretazione orientata alle conseguenze dell'*art. 2497, 1 co., c.c.* — 3. La fonte e l'oggetto dell'obbligo della capogruppo. — 3.1. L'obbligazione della capogruppo come obbligazione legale. — 3.2. La similitudine fra l'*art. 2497, 1 co., c.c.* e la teoria dell'amministratore di fatto. — 3.3. *Segue*: il rapporto diretto fra capogruppo e soci e creditori della dominata. — 3.4. Il rapporto obbligatorio scaturente dall'*art. 2497, 1 co., c.c.* — 4. Il rapporto obbligatorio fra la capogruppo e i soci minoritari e i creditori delle dominate. — 4.1. Conseguenza della ricostruzione dell'*art. 2497* come disciplina dell'impresa unitaria di gruppo. — 4.2. Tentativo di spiegare in base alle categorie civilistiche la mancata esplicita previsione della legittimazione ad agire per il risarcimento del danno della società dominata. — 4.3. Il rapporto obbligatorio fra capogruppo e soci della eterodiretta come applicazione della teorizzazione di un dovere di correttezza e buona fede del socio di controllo. — 4.4. La funzione estensiva della responsabilità *ex art. 2497, 1 e 2 co., c.c.* come garanzia del soddisfacimento dei creditori sociali della dominata. — 4.5. Qualche ulteriore spunto in merito alla capogruppo come destinataria diretta di precetti normativi e come immediato centro di imputazione della responsabilità risarcitoria conseguente alla loro violazione.

<sup>(1)</sup> Ci sia consentito parafrasare il titolo della riflessione sulla distinzione fra responsabilità contrattuale e extracontrattuale di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, in part. Cap. V (I confini della responsabilità civile), § 1 (Tra contratto e torto. L'obbligazione senza prestazione), 443 ss.; ID., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini fra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto - Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, I, 150.

1. *La responsabilità ex art. 2497, 1 co., c.c., è definibile come induzione all'inadempimento?*

Una riflessione dedicata alla responsabilità nel gruppo <sup>(2)</sup> disciplinata dal nuovo art. 2497 c.c. non può tralasciare, preliminarmente, l'esame della fattispecie prevista al 1 comma. Sebbene non costituisca l'oggetto principale del presente lavoro, il tentativo di chiarire la natura della responsabilità della capogruppo risulta imposto da esigenze logiche, stante il fatto che il 2 comma, prima parte, della disposizione di apertura del capo IX del libro V prevede l'imputazione di un'obbligazione risarcitoria solidale a “chi abbia preso parte al fatto lesivo”: poiché con questa espressione si introduce, inequivocabilmente, una responsabilità da concorso, occorre stabilire quale sia il fatto al quale si prende parte, al fine di inquadrare sistematicamente tale fattispecie.

La questione della natura della responsabilità per abuso di eterodirezione non costituisce certo una novità nella riflessione giuridica, essendo stata ampiamente dibattuta *ante* riforma (anche se con riferimento all'obbligo risarcitorio non già della capogruppo, ma dei suoi amministratori) in relazione alla fattispecie di cui all'art. 90 d.lgs. 270/1999 <sup>(3)</sup>.

L'interesse ad occuparsi ancora del problema deriva dal fatto che la nuova disposizione segna una netta soluzione di continuità rispetto alla disciplina contenuta nella legge sull'amministrazione straordinaria in ordine al soggetto, cui la responsabilità risarcitoria viene ad essere imputata *in via principale*.

In effetti, l'art. 90 del d.lgs. 270/1999, per sanzionare l'abuso di direzione unitaria, estende la responsabilità degli amministratori della società eterodiretta a quelli della capogruppo, presupponendo che la censura *principale* debba muoversi nei confronti dei primi.

Pertanto, il problema relativo alla disposizione in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese non consiste tanto nello spiegare il motivo per cui gli amministratori della *holding* rispondano verso un estraneo (la società controllata) per gli atti di eterodirezione, quanto, piuttosto, nel giustificare perché, accanto agli amministratori della controllata, siano obbligati al risarcimento del danno dei terzi, sia pure particolarmente qualificati <sup>(4)</sup>.

<sup>(2)</sup> Prendiamo in prestito l'espressione utilizzata da LIBONATI, *Responsabilità del e nel gruppo*, in AA.VV., *I gruppi di società*, II, Milano, 1996, 1489 ss.

<sup>(3)</sup> Che recepisce, senza modifiche di rilievo, l'art. 3, ult. co., l. 95/1979. Per precisione ricordiamo che una fattispecie analoga era prevista nell'art. 2, XI co., d. l. 233/1986, convertito nella l. 430/1986.

<sup>(4)</sup> In tal senso si esprime BORGIOI, *Direzione unitaria e responsabilità*, in *Riv. Soc.*, 1982, 31, anche se in relazione alla formulazione dell'art. 3, 10 co., l. 95/1979.

Nella disciplina della legge sull'amministrazione straordinaria l'abuso di direzione degli amministratori della società dominante rileva, dunque, solo *sub specie* di concorso ad un acclarato inadempimento degli amministratori della società dominata e, in tal caso, ne segue il regime <sup>(5)</sup>.

Il modello normativo adottato dal nuovo art. 2497 c.c., nel perseguire l'esercizio scorretto dell'attività di direzione e coordinamento, è esattamente rovesciato.

La riforma determina l'inversione del rapporto fra la responsabilità da direzione unitaria abusiva <sup>(6)</sup> e quella degli amministratori della dominata: la prima, da accessoria e dipendente dalla seconda, diviene principale <sup>(7)</sup>.

Una simile modifica acquista rilevanza, in quanto consente di eliminare dal novero delle possibili soluzioni per l'inquadramento sistematico della nuova fattispecie di responsabilità l'induzione all'inadempimento <sup>(8)</sup>.

<sup>(5)</sup> Gli amministratori della capogruppo sono, infatti, responsabili *in solido* con quelli della società eterodiretta.

V. VALZER, *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2010, 851 ss.

<sup>(6)</sup> Si ricorda che il legislatore — pur ipotizzando un modello di gruppo in cui, stante la presenza di una società o ente *holding*, si ricorre a una tipica forma organizzata dell'attività di eterodirezione — colloca in primo piano, nel sanzionarne l'esercizio abusivo, non coloro cui tale competenza spetta secondo l'articolazione organizzativa adottata — vale a dire gli amministratori della *holding* —, bensì innanzitutto la capogruppo. Cfr. D'ALESSANDRO, *Società per azioni: le linee generali della riforma*, in *La riforma del diritto societario*, Milano, 2005, 43, il quale, per primo, ha notato come la nuova disposizione sembri comportare un rovesciamento, nel contesto del gruppo, del principio per cui la gestione è affare esclusivo degli amministratori; GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 449, il quale sottolinea come la scelta compiuta dal legislatore risulti in "palese controtendenza con l'impianto generale della riforma. Nel senso, cioè, che mentre rispetto alla società per azioni "monade" il legislatore rimarca con decisione che la gestione dell'attività d'impresa non spetta ai soci, ma è riservata agli amministratori — che ne hanno la competenza esclusiva (come recita la formula del nuovo art. 2380-bis cod. civ.)... — nel gruppo sembra accadere l'opposto. Ovvero che la gestione dell'impresa... viene ad essere considerata come di competenza dell'ente organizzato, che ne è al vertice, e non degli amministratori dello stesso..."; DI GIOVANNI, *La responsabilità della capogruppo dopo la riforma delle società*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 41.

<sup>(7)</sup> V. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: Spunti di riflessione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 280, il quale definisce la modifica introdotta dall'art. 2497, 1 co., c.c. come una di società "vera e propria rivoluzione copernicana"; VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento fra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, 3, Torino, 2007, 851 ss., ove si afferma che rispetto all'art. 90 della legge sull'amministrazione straordinaria, nella nuova disposizione è "la sorte dell'eventuale responsabilità [degli amministratori della dominata] a seguire... la responsabilità di chi ha abusato dei poteri di direzione e coordinamento". Per un tentativo di spiegare la ragione che ha spinto il legislatore della riforma a "capovolgere" il sistema di responsabilità nel gruppo previgente, imputando l'obbligo risarcitorio primario alla capogruppo v. *infra* alla fine di questo capitolo, ove si accenna alla responsabilità degli amministratori della *holding*; BUSSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 130.

<sup>(8)</sup> Tuttavia nel senso della riconducibilità della responsabilità *ex art.* 2497 c.c.,

Nell'induzione l'illecito del terzo si consuma con l'inadempimento dell'obbligazione da parte del debitore, perché solo ove ricorra tale condizione nasce il danno per il creditore <sup>(9)</sup>. La responsabilità del debitore, quindi, è *necessaria e principale*; quella del terzo *dipende* da quest'ultima.

Pertanto, la fattispecie prevista dall'art. 90 (e già dall'art. 3, X co, l. 95/1979) della legge sull'amministrazione straordinaria è perfettamente inquadrabile in questa figura di illecito: la disposizione sanziona con una responsabilità principale gli amministratori della società eterodiretta, per violazione degli obblighi inerenti il loro ufficio <sup>(10)</sup>; mentre la responsabilità degli amministratori della capogruppo per direzione unitaria ha carattere accessorio e deriva dall'induzione dei primi all'inadempimento.

L'art. 2497, 1 co., c.c., al contrario, prevede una responsabilità *autonoma* derivante dall'abuso del potere — di per sé legittimo — di direzione e coordinamento, non dall'aver concorso all'inadempimento contrattuale degli amministratori della società eterogestita. Nel nuovo capo IX del codice civile responsabile principale dell'abuso di eterodirezione è la società o l'ente capogruppo, cioè il soggetto che, tramite i propri amministratori, dovrebbe — nella logica della legge sull'amministrazione straordinaria — il ruolo di istigatore. Al contrario, la posizione degli amministratori della società eterodiretta diviene quella di meri compartecipi ad un fatto altrui <sup>(11)</sup>. La sorte dell'eventuale responsabilità da concorso degli amministratori della dominata

all'induzione all'inadempimento v. G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa-Portale, 3, Torino, 2007, 3, 947 ss. almeno rispetto alla responsabilità nei confronti dei creditori della dominata; Trib. Napoli 28 maggio 2008, in *Foro it.*, 2009, I, 1960, il quale ha affermato che il caso della *holding* che, terza rispetto alle obbligazioni assunte dalla società controllata, depauperava il patrimonio di questa, ponendola nelle condizioni di rendersi inadempiente di fronte ai propri creditori integra proprio la fattispecie dell'induzione all'inadempimento, riconducibile entro la disciplina di cui all'art. 2043 c.c.

<sup>(9)</sup> Il quale è elemento fondamentale ai fini della responsabilità civile. Cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 123. Conf. A. DI MAJO, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVII, Torino, 2002, 51; GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, Torino, 2004, 383, il quale, però ritiene di non poter escludere una possibile rilevanza autonoma della condotta del terzo. Ipotesi che, tuttavia, l'autore per primo citato smentisce (v. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 118 nt. 32). Conf. anche GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, 17; ZICCARDI, *L'induzione all'inadempimento*, Milano, 1979, 175.

<sup>(10)</sup> Nel caso per noi rilevante, cioè, gli amministratori della società controllata sono gli obbligati indotti all'inadempimento dalle direttive provenienti dalla dominante.

<sup>(11)</sup> Partecipazione che presuppone la responsabilità della società o l'ente capogruppo. Così si esprime GUIZZI, *Eterodirezione*, cit., 449; BUSSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità*, cit., 145.

segue — per di più in modo non automatico — la responsabilità di chi ha abusato dei poteri di direzione e coordinamento <sup>(12)</sup>.

L'impossibilità di inquadrare la fattispecie di cui al 1 co. dell'art. 2497 c.c. entro lo schema dell'induzione all'inadempimento deriva, inoltre, dal fatto che la responsabilità degli amministratori della società figlia può essere in alcuni casi esclusa <sup>(13)</sup>. Ne consegue l'impossibilità di inquadrare la responsabilità *ex art.* 2497, 1 co., c.c. entro la figura dell'induzione all'inadempimento degli amministratori della dominata, quando la responsabilità di questi ultimi (*id est* degli istigati) può mancare.

Si tratta, pertanto, di verificare se nel comma di apertura del nuovo Capo IX del libro V il legislatore abbia voluto introdurre una nuova figura di illecito aquiliano, oppure se la responsabilità della capogruppo consegua all'inadempimento di un obbligo direttamente imposto alla stessa.

## 2. *La responsabilità ex art. 2497, 1 co., c.c., come ipotesi ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale.*

### 2.1. *La determinatezza o determinabilità delle parti del rapporto derivante dall'esercizio di attività di direzione e coordinamento.*

Si è già accennato al fatto che, così come accaduto in merito alla responsabilità da abuso di direzione unitaria nell'amministrazione straordinaria, anche con riguardo alla responsabilità da direzione e coordinamento la dottrina risulti divisa fra quanti ne affermano la natura contrattuale e quanti ne affermano la natura aquiliana. Nel prosieguo di tale riflessione si cercherà, pertanto, di analizzare i caratteri della fattispecie di cui al 1 co., dell'art. 2497 c.c. in riferimento alle tesi formulate dalla dottrina civilistica in merito alla distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

<sup>(12)</sup> VALZER, *Il potere*, cit., 863 nt. 60.

<sup>(13)</sup> In questo senso MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori*, Torino, 2007, 240 ss.; GALGANO, *Direzione e coordinamento di società: artt. 2497-2497-septies*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 2005, 119, il quale afferma come sia possibile configurare una responsabilità della capogruppo a prescindere della *mala gestio* degli amministratori delle controllate. "Così nel caso in cui la capogruppo abbia indotto gli amministratori della controllata ad intraprendere onerose operazioni sulla promessa — risultante dagli interni deliberati della capogruppo o da documenti contrattuali intercorsi con la controllata — della erogazione degli adeguati mezzi finanziari, poi mancati.". Cfr. sul punto cap. II.



Indubbiamente, la disputa risulta difficilmente risolvibile, stante la mancanza di indicazioni decisive nella lettera della norma in esame, che sembra potersi adattare altrettanto bene ad entrambe le ricostruzioni. Come notato da un attento civilista, l'art. 2497, 1 co., c.c. paga in termini di coerenza interna il compromesso di cui è frutto, lasciando trapelare indici testuali discordanti, perché capaci di avallare ora una lettura extracontrattualistica, ora, al contrario, una lettura contrattualistica<sup>(14)</sup>.

A sostegno della natura extracontrattuale della responsabilità della *holding* viene invocata l'indicazione proveniente dalla Relazione di accompagnamento, che dichiara: “la responsabilità dettata da questa impostazione normativa è apparsa fundamentalmente di stampo aquiliano”. Si tratta, tuttavia, di un dato che non assume, di per sé, carattere ermeneutico vincolante, in quanto facente parte dei lavori preparatori<sup>(15)</sup>.

I sostenitori di tale tesi ritengono, inoltre, che la norma dell'art. 2497, 1 co., c.c. ricalchi lo schema dell'art. 2043 c.c. Si afferma, infatti, che la disposizione specifica, in primo luogo, l'estremo del “fatto colposo” imputabile alla capogruppo, che qui consiste nella violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale; ed identifica, quindi, il “danno ingiusto” cagionato ai soci o ai creditori della controllata<sup>(16)</sup>. La *regola di comportamento* prevista in relazione

<sup>(14)</sup> MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *Contr. impr.*, 2006, 1491 ss., ove anche puntuali riferimenti agli elementi a favore dell'una e dell'altra tesi.

<sup>(15)</sup> Afferma CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1244, che qui “l'argomento psicologico non può essere fruttuosamente utilizzato, in quanto nell'iter di formazione dell'art. 2497 c.c. hanno preso parte portatori di opinioni diverse in punto di natura della responsabilità della capogruppo: soggetti che sono pervenuti a una “soluzione di compromesso non già sulla norma bensì sulla formula, cioè sull'enunciato normativo, proprio in grazia della sua interpretabilità aperta in sensi diversi e configgenti” (il virgolettato richiamato dall'autore citato è di TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 367). In merito alla rilevanza dei lavori preparatori in generale si afferma che “l'interprete non può ritenersi vincolato a cercare un significato conforme alla volontà politica di cui la norma è storicamente un prodotto. La legge, una volta approvata, si stacca dall'organo che l'ha prodotta, non viene più in rilievo come decisione legata alle ragioni ed ai fini di chi l'ha voluta ma come un testo legislativo inserito nell'insieme dell'ordinamento giuridico... L'idea sottostante è che i lavori preparatori riflettano non l'oggettiva volontà della legge ma solo i soggettivi intendimenti del legislatore” (DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, 151. Conf. COLUSSI-ZATTI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 2000, 22; GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU-MESSINEO-MENGGONI, continuato da SCHLESINGER, Milano, 1998, 151; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 48).

<sup>(16)</sup> Cfr. in tal senso da ultimo SBISÀ, *Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento*, *Contr. e impr.*, 2009, 815 ss. il quale aggiunge che al 2 co. l'art. 2497 c.c. definisce la condotta generatrice della responsabilità “fatto lesivo”, utilizzando una terminologia tipica dell'illecito extracontrattuale (conf. Trib. Pescara, 3 febbraio

all'attività di direzione e coordinamento costituirebbe il criterio — introdotto *ex novo* dalla norma in esame — cui ancorare l'accertamento dell'ingiustizia del danno, nella misura in cui tale *standard* si palesa idoneo a qualificare l'interesse del danneggiato come meritevole di tutela da parte dell'ordinamento<sup>(17)</sup>. La responsabilità per eterodirezione abusiva costituirebbe, pertanto, una forma speciale di responsabilità extracontrattuale, discendendo non già dall'inosservanza di un dovere

2009, in *Giur. merito*, 2010, 2740). L'affermazione, però, non ci sembra esatta: fatto lesivo o fatto dannoso sono espressioni utilizzate dalla legge anche per indicare l'*inadempimento contrattuale per es. all'art. 1700, co. 2, c.c.* Inoltre è pacifico che nell'espressione "fatto dannoso" utilizzato dall'art. 2055 c.c. rientri anche l'*inadempimento di un'obbligazione*. Concorde con il primo autore GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. e impr.*, 2002, 1037; Id., *Direzione*, cit., 123; CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, 290; DI GIOVANNI, *La responsabilità*, cit., 45; A. PATTI, *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. LO CASCIO, IX, Milano, 2003 249 ss.; S. PATTI, "Direzione e coordinamento di società": *brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo*", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 357 ss., a parere del quale, però, la responsabilità *ex art. 2497 c.c.*, "pur configurando una fattispecie di responsabilità extracontrattuale" non ricalcherebbe "lo schema della responsabilità da fatto illecito di cui all'art. 2043 cod. civ.". Nella giurisprudenza di merito, hanno affermato la natura extracontrattuale della responsabilità da eterodirezione abusiva Trib. Napoli 28 maggio 2008, cit., 1960; Trib. Milano 23 aprile 2008, in *Società*, 2009, 78; Trib. Roma 17 luglio, 2007, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, 211; Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Foro it.*, 2011, c. 3184. La disputa circa la natura della responsabilità delle società capogruppo *ex § 317, Abs. 1, AktG* è molto accesa anche in Germania. Parte della giurisprudenza teorica e pratica ritiene che tale responsabilità abbia natura aquiliana; altri autori propendono per una "organschaftliche qualifizierung der Haftung"; altri infine fondano la responsabilità sulla violazione di un "treupflicht als Gesellschafter". Al riguardo la letteratura è vastissima. Per ampie citazioni si rinvia perciò a VOIGT, *Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft § 117, 309, 317*, München, 2004, 305 ss.; WIMMER-LEONHARDT, *Konzernhaftungsrecht die Haftung der Konzernmutter Gesellschaft für die Tochtergesellschaften im deutschen und englischen Recht*, Tübingen, 2004, 138 ss.; VETTER, § 317, in *Aktiengesetz Kommentar*, SCHMIDT-LUTTER (hrsg.), Köln, 2008, 2961-2962.

<sup>(17)</sup> Nel ricostruire il pensiero dei sostenitori della natura aquiliana della responsabilità della capogruppo si coglie lo spunto di PINTO, *La responsabilità degli amministratori per "danno diretto" agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, 2, 2006, 919, il quale propone una costruzione analoga in relazione alla responsabilità prevista dall'art. 2395 c.c. In senso conforme GINEVRA, *Sottoscrizione e aumento del capitale sociale nelle s.p.a.*, Milano, 2001, 430; Cass., 3 novembre 1983, n. 6469, in *Dir. fall.*, 1984, II, 90. L'art. 2497, 1 co., c.c., pur contemplando una responsabilità riconducibile all'art. 2043, c.c., esplicherebbe la funzione di "eterointegrazione", che secondo la dottrina serve a dare contenuto alla clausola generale dell'ingiustizia del danno (SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988 1227; JAEGER, "Direzione unitaria" di gruppo e responsabilità degli amministratori. (Ancora sull'art. 3 ult. cpv. della legge sull'amministrazione straordinaria), in *Riv. soc.*, 1985, 832, il quale nota che "in un sistema come il nostro, che si fonda sull'esistenza di una "clausola generale" dell'illecito civile, la configurazione, da parte del legislatore, di atti o comportamenti illeciti tipici presenta un'indiscutibile utilità"; GALGANO, *Le Società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e dir. pubbl. dell'economia*, VII, Padova, 1988, 188 nt. 55). Il filtro del danno ingiusto, nelle fattispecie di responsabilità previste dall'ordinamento societario, si attiverebbe tramite valori espressi dallo stesso, nel senso che la cernita degli interessi meritevoli di tutela è una valutazione da effettuarsi sulla base di regole legali espresse dall'ordinamento stesso.

generico, ma dalla violazione di regole poste specificamente a carico di un soggetto ed a tutela di altri <sup>(18)</sup>.

Tale ricostruzione, peraltro, dimostra come la responsabilità da direzione e coordinamento si collochi al confine fra contratto e torto. Da ciò, probabilmente, deriva l'estrema difficoltà di pervenire ad una soluzione certa in merito alla sua natura (contrattuale o extracontrattuale).

Al proposito occorre precisare che l'art. 2497, 1 co., c.c. prevede la risarcibilità di un danno meramente patrimoniale <sup>(19)</sup>. Tale è certamente quello patito dai soci della eterodiretta, dato che “la partecipazione sociale si compone di una gamma di situazioni soggettive tra le quali non figura però un diritto agli utili o alla conservazione del valore attuale della partecipazione medesima” <sup>(20)</sup>. Sicché il pregiudizio che incida su tali entità consiste in una mera diminuzione patrimoniale non mediata dalla lesione di una qualche posizione sostanziale. Ma lo stesso deve affermarsi anche in relazione al pregiudizio per i creditori, il quale, sebbene non del tutto avulso dalla lesione di una situazione soggettiva (*id est* il diritto di credito), presenta una “predominante valenza di tipo economicistico” <sup>(21)</sup>.

In una recente riflessione <sup>(22)</sup> si è constatato che la tutela risarcitoria contro tale tipo di danno viene sempre concessa qualora il comportamento del danneggiante sia difforme da un modello di contegno

<sup>(18)</sup> Lo spunto è tratto, ancora, dalla riflessione di PINTO, *La responsabilità*, cit., 920 nt. 55, il quale richiama l'analoga opinione di DE MARTINI, *Legittimazione dei creditori all'esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di società*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944, 554 ss.

<sup>(19)</sup> CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 155; MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 376 ss., ove un'ampia disamina delle caratteristiche del danno rispettivamente dei soci e dei creditori della eterodiretta; MAGGIOLO, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo (art. 2497<sup>3</sup> c.c.)*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 188. Il concetto di danno meramente patrimoniale non ha una definizione compiuta. L'opinione prevalente ritiene che si abbia tale tipo di danno in assenza di una lesione (A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2005, 199; PIETROBON, *Illecito e fatto illecito inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998, 81 ss.). Fra tutti i danni patrimoniali, le pure perdite patrimoniali possono dirsi caratterizzate dal fatto che la diminuzione del valore del patrimonio ha luogo senza che un bene materiale sia stato distrutto o deteriorato e senza che il soggetto danneggiato abbia patito un danno alla persona (cfr. da ultimo, MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, 2; A. DI MAJO, *La tutela*, cit., 198, parla invece di assenza della lesione di un bene giuridicamente tutelato, in quanto oggetto di un diritto). Da ultimo v. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 316.

<sup>(20)</sup> MAZZAMUTO, *Spunti*, cit., 378.

<sup>(21)</sup> MAZZAMUTO, *Spunti*, cit., 378 ss., il quale rispetto al danno dei creditori parla di danno meramente patrimoniale per funzione e non per già per struttura oggettiva (in quanto intacca il diritto di credito).

<sup>(22)</sup> MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., 226.

dovuto. Tale modello può corrispondere sia al contenuto di un'obbligazione, all'inadempimento della quale consegue una responsabilità contrattuale, sia ad un dovere di comportamento, alla violazione del quale corrisponde un fatto illecito <sup>(23)</sup>.

Non fa eccezione la fattispecie in esame, nella quale l'obbligo risarcitorio deriva non dall'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento *tout court* <sup>(24)</sup>, ma dall'inosservanza dello *standard* di contegno prescritto dalla legge (*id est* i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale).

La questione centrale — ai nostri fini — è allora quella di stabilire se tale *standard* debba essere qualificato come semplice dovere, oppure integri gli estremi dell'obbligo <sup>(25)</sup>.

Posto che da ogni norma giuridica “derivano direttive... tematizzabili tutte sotto il termine dovere” <sup>(26)</sup> e che tale categoria giuridica è più ampia di quella dell'obbligo, l'esistenza di quest'ultimo può essere accertata quando la norma si individualizza, ponendo a carico di un soggetto una prestazione a vantaggio di una controparte, anch'essa determinata o determinabile <sup>(27)</sup>.

In altri termini: dalla disposizione in esame viene ricavata una regola di comportamento sia dai sostenitori della tesi contrattuale, sia dai sostenitori della tesi contraria. La diversa qualificazione di tale *standard*, come obbligo o dovere, dipende, quindi, dal fatto che se ne riconosca o meno “l'individualizzazione”, ossia la possibilità di inquadrarlo in una relazione fra soggetti determinati (o determinabili).

La soluzione preferibile pare essere quella che individua nella norma in esame la fonte di un obbligo, in quanto la regola relativa all'attività di eterodirezione ha dei “destinatari immediatamente deter-

<sup>(23)</sup> E. Russo, *Adempimento del dovere e adempimento dell'obbligazione* (art. 1176 e 1218 c.c.), in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 737; MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., 226

<sup>(24)</sup> Attività considerata, anzi, nel nostro ordinamento perfettamente lecita non solo alla luce della disciplina del nuovo capo IX, ma già in base ai dati normativi antecedenti alla riforma.

<sup>(25)</sup> Per la distinzione fra obblighi e doveri come criterio sul quale fondare la ripartizione delle fattispecie di danno tra responsabilità contrattuale e aquiliana, v. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 105; MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1936, 361; CARIELLO, *Sulla c.d. responsabilità da affidamento nella capogruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II 342; Id, *Direzione*, cit., 1245 nt. 44.

<sup>(26)</sup> Ross, *Diritto e giustizia*, Torino, 1990, 28 ss.

<sup>(27)</sup> E. Russo, *Adempimento*, cit., 740-741. In senso analogo anche CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 212; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 140, il quale fonda la distinzione fra obblighi e doveri in base alla considerazione che il comportamento sia o meno imposto nei confronti e a beneficio di un soggetto determinato; REGOLI, *Offerte pubbliche di acquisto e comunicato agli azionisti*, Torino, 1996, 201.

minati *uti singuli* o quanto meno determinabili *ex ante*”<sup>(28)</sup>, sulla base di criteri fissati con chiarezza fin dall’origine.

Infatti, tali debbono essere considerati i soci di minoranza e i creditori, che risultano identificabili (*a priori*) in base alla relazione giuridica (sociale o creditoria)<sup>(29)</sup> con la società eterodiretta<sup>(30)</sup>.

## 2.2. La correttezza come criterio a cui conformare l’eterodirezione.

Un’altra indicazione contraria alla configurazione come aquiliana della responsabilità in esame è fornita dallo stesso contenuto dello *standard* legale, che disciplina l’attività di direzione e coordinamento: la correttezza societaria e imprenditoriale.

La clausola generale di correttezza, infatti, è stata considerata come “concetto coesenziale alla dimensione cooperativa propria dei rapporti obbligatori”<sup>(31)</sup>: “quando una norma giuridica assoggetta lo

<sup>(28)</sup> CARIELLO, *Sulla c.d. responsabilità*, cit., 343, il quale precisa che la determinabilità *ex post* equivale all’indeterminabilità; PINTO, *La responsabilità*, cit., 906 nt. 26.

<sup>(29)</sup> I soggetti contemplati dall’articolo in esame devono senz’altro considerarsi come determinati al momento del verificarsi della condotta dannosa, poiché essa si inquadra necessariamente (cfr. lo stesso tenore letterale del 1 co. ove si parla di agire in modo contrario ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, *esercitando (id est nell’esercizio dell’) attività di direzione e coordinamento*) in una relazione giuridica preesistente, che vale ad isolare gli stessi dalla generalità dei consociati. Con specifico riferimento alla riforma v. in senso conforme GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, 116. Per spunti interessanti in senso analogo, seppure riferiti a contesti diversi da quello in esame, cfr. REGOLI, *Offerte*, cit., 201, il quale afferma come nonostante la loro mobilità, gli azionisti costituiscono “una categoria... di soggetti determinabili: coloro che in un determinato momento figurano essere titolari di una partecipazione alla società in base alle risultanze del libro soci... sono individuabili una volta che si materializzano gli obblighi della società”; BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Torino, 2005, 221.

<sup>(30)</sup> A sostegno della conclusione del testo, pare utile effettuare un rapido parallelo con la riflessione relativa alla responsabilità *ex art.* 2395, c.c., che offre spunti molto utili anche nella materia in esame. In merito alla discussione (anch’essa molto accesa) sulla natura di quella responsabilità si è sostenuto — da parte di quanti la riconducono allo schema dell’illecito — che “perché si possa parlare di obblighi in senso proprio, occorre che ad *essere* regolata sia un’attività destinata a soggetti determinati o determinabili” (corsivo nostro) (PERRONE, *Informazione al mercato e tutela dell’investitore*, Milano, 2003, 79 nt. 46 e 132 nt. 176): “il che, in mancanza di fatti tali da imprimere *a priori* alla regola sociale una specifica direzione verso la tutela di una cerchia di soggetti determinati..., in linea generale sembra mancare con riferimento alla fattispecie *ex art.* 2395 c.c.” (PINTO, *La responsabilità*, cit., 906, nt. 269). Una simile conclusione è valida nella misura in cui l’art. 2395 c.c., sancisce una responsabilità genericamente verso i terzi. L’art. 2497 c.c. al contrario, sembra capace di imprimere alla regola da esso posta una specifica direzione verso la tutela di una cerchia di soggetti determinati (o determinabili).

<sup>(31)</sup> MAZZAMUTO, *Questioni*, cit., 1492; ID., *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 121 ss., il quale esclude che quello discendente dalla violazione della correttezza rilevi come danno aquiliano, salvo che non si aderisca alla “tesi discutibile dell’integrazione... degli artt. 2043 ss. con il precetto di buona fede in senso oggettivo”.

svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare alla stregua di una valutazione di buona fede" (32).

La giurisprudenza, d'altronde, nell'applicare la buona fede e la correttezza come principi volti alla tutela di interessi individuali che entrano in conflitto con un determinato potere privato (in particolare quello dell'imprenditore), ha precisato come il loro richiamo si iscriva nella "tecnica del rapporto", cioè in quella tecnica caratterizzata dall'attribuzione alle parti di situazioni attive e passive pariteticamente contrapposte (33). Ossia, detto in altri termini, dall'attribuzione di un diritto contrapposto ad un obbligo.

(32) Non possono che riportarsi le parole di MENGONI, *Sulla natura della responsabilità*, cit., 364. Conf. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 161; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 129; L. ROVELLI, *Direzione unitaria e responsabilità nel gruppo*, in *Società*, 1989, 1138; SALVI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 3-4, il quale afferma che le regole della buona fede e della correttezza sono applicabili al più "alle ipotesi in cui tra le parti sussiste un vincolo speciale che, se non necessariamente integri un vincolo obbligatorio in senso stretto, ne presenti tuttavia le fondamentali connotazioni strutturali". La tesi di MENGONI è considerata essenziale per affermare la natura contrattuale della responsabilità di cui all'art. 2497, 1 co., c.c. anche da ABBADESSA, *La responsabilità*, cit., 283. Per rispondere ad un'obiezione sollevata dal prof. COLOMBO, è vero che la correttezza è richiamata anche dall'art. 2598 n. 3, c.c., ma ciò non smentisce l'opinione riportata nel testo, in quanto nella previsione da ultimo citata non siamo nel contesto di una relazione fra soggetti determinati o determinabili (e vedi per la connotazione strutturale dei rapporti ai quali può applicarsi la buona fede SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale*, cit., 1227). Ed ancora, si deve forse ammettere che la "correttezza professionale" di cui all'art. 2598 n. 3 c.c., è altra cosa rispetto alla buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. (v. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 509 ss.; M. BARCELLONA, *Struttura della responsabilità e ingiustizia del danno*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, 467-475).

(33) Cass., 19 giugno 1982, n. 3773, in *Giust. civ. mass.*, 1982; Cass., 27 maggio 1983, n. 3675, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2267. Rispetto alla ricostruzione proposta, potrebbe obiettarsi che tanto la nozione di rapporto giuridico quanto lo schema della responsabilità contrattuale non risultano capaci di inquadrare giuridicamente le fattispecie di esercizio di poteri privati (fra i quali viene in considerazione, prima di tutto, il potere privato dell'imprenditore. V. A. DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 375 ss.), "poiché le posizioni soggettive inerenti ad esse non sono paritetiche, né speculari, né definibili contenutisticamente in termini di diritti e obblighi" (GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 229 ss, il quale riprende la riflessione sui poteri privati di A. DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 375 e ss., in part. 377). Al proposito si è tuttavia aggiunto che "se si vuole mantenere la c.d. « ottica del rapporto », come detto in molte pronunce, occorre riconoscere che il rapporto è soltanto il presupposto...di una situazione di responsabilità derivante dalla violazione del principio di correttezza...che vincola colui che, in quel rapporto, gode di un potere discrezionale" (A. DI MAJO, *La tutela civile*, 383 e 391). Ma per la ricostruzione di un rapporto obbligatorio e paritario fra cittadino e p.a. v. MAZZAMUTO, *La responsabilità*, cit., 121 ss. (e la dottrina e la giurisprudenza citt. alle ntt. 14 e 15). Il parallelo fra l'art. 2497, 1 co., c.c. e la disciplina della "responsabilità (contrattuale) da « abuso del potere privato »" ricorre anche in GUERRERA, "Compiti" e responsabilità del socio di controllo, in *RDS*, 2009, 512.

La norma in esame, prevedendo la correttezza come *standard* funzionale al controllo di un potere (imprenditoriale) privato, qual è quello di direzione e coordinamento, e una responsabilità risarcitoria come conseguenza della violazione (abuso) di tale parametro, risulta senz'altro tributaria di tale impostazione.

### 2.3. Segue: la correttezza nei rapporti fra soci.

Il richiamo ai principi di correttezza (societaria e imprenditoriale) nell'art. 2497, 1 co., c.c. pare acquisire rilevanza al fine di affermare la natura obbligatoria della responsabilità ivi disciplinata anche sotto un ulteriore profilo. Il legislatore della riforma mostra di considerare come ipotesi “normale” (nel senso di ricorrente nella normalità dei casi) quella in cui il potere di direzione e coordinamento deriva dalla titolarità di una partecipazione di controllo nella società eterodiretta. Tant'è che l'esistenza di quest'ultima determina l'applicazione della presunzione di esercizio dell'eterodirezione *ex art. 2497-sexies*.

Al ricorrere di tale fattispecie concreta, la capogruppo, lungi dal poter essere considerata — come spesso affermano quegli autori che sostengono la natura extracontrattuale della responsabilità in esame — come “soggetto terzo” rispetto alla eterodiretta ed ai suoi soci esterni e creditori, risulta essere semplicemente socia di maggioranza della prima.

A fronte di tale evenienza, la fattispecie risarcitoria contemplata all'art. 2497, 1 co., c.c. può essere considerata come il riconoscimento a livello normativo dell'esistenza di rapporti intersoggettivi fra i soci sottoposti al vincolo della buona fede e correttezza — non esclusi di per sé dalla qualificazione della società dominata come persona giuridica —, alla cui violazione consegue una responsabilità per *inadempimento* <sup>(34)</sup>.

Si tratta di un fenomeno che è stato ampiamente approfondito in relazione, soprattutto, all'esercizio del diritto di voto del socio in assemblea, posto che esso è stato qualificato come atto di esecuzione del contratto sociale, in quanto tale sottoposto agli artt. 1175 e 1375 c.c. <sup>(35)</sup>.

La medesima argomentazione, tuttavia, sembra suscettibile di essere trasposta anche all'esercizio della direzione e coordinamento. Quest'ultimo — almeno nell'ipotesi ora presa in considerazione — costituisce in fin dei conti un momento di esecuzione del contratto sociale,

<sup>(34)</sup> GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 156, 186 ss.

<sup>(35)</sup> V. per ampi riferimenti, anche giurisprudenziali, GIOVANNINI, *La responsabilità*, cit., 117 ss. nt. 55.

per la semplice ragione che esso si fonda sulla *partecipazione di controllo*, la cui acquisizione è proprio uno degli effetti tipici dell'adesione al contratto sociale: "la fonte del potere di direzione e coordinamento, siccome insita nella titolarità delle azioni, ha inevitabilmente matrice contrattuale" <sup>(36)</sup>.

A conferma di ciò si deve considerare che la dottrina ha ritenuto la responsabilità in esame assoggettata al termine di prescrizione breve contemplato all'art. 2949 c.c. <sup>(37)</sup> applicabile proprio ai diritti (nel nostro caso risarcitori) riconosciuti ai soggetti facenti parte dell'organizzazione sociale *in dipendenza del contratto di società o delle situazioni determinate dallo svolgimento della vita societaria* <sup>(38)</sup>.

Inoltre, gli interessi tutelati dall'art. 2497, 1 co., c.c., paiono coincidere — almeno per quanto riguarda i soci esterni <sup>(39)</sup> — con le componenti che la dottrina più moderna ha ritenuto di ricondurre entro la nozione di *interesse sociale*: l'interesse alla conservazione della quota di redditività dell'investimento e l'interesse alla massimizzazione del valore aggregato delle azioni <sup>(40)</sup>. Poiché l'interesse sociale nasce dalla partecipazione al contratto sociale ed, anzi, il soddisfacimento dello stesso costituisce la causa di quest'ultimo, risulta ulteriormente confermato che l'eterodirezione è un'attività riconducibile allo svolgimento della vita societaria.

Ma allora — deve concludersi — la violazione delle regole di correttezza non infrange il contratto con i consoci? Ed allora la responsabilità non deriva per il socio che ha il controllo da un inadempimento contrattuale <sup>(41)</sup>?

<sup>(36)</sup> GUERRERA, "Compiti", cit., 510.

<sup>(37)</sup> Così BUSSOLETTI, *Le nuove norme del codice civile in tema di processo societario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 313; MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, Milano, 2010, 380; GUERRERA, *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 25.

<sup>(38)</sup> Cass., 1 giugno 1993, n. 6107, in *Giust. civ. mass.*, 1993, 967; App. Milano, 2 dicembre 2003, in *Giur. it.*, 2004, 1213; App. Milano, 22 maggio 2002, in *Gius.*, 2002, 2571.

<sup>(39)</sup> Ma v. per i creditori di seguito in nota.

<sup>(40)</sup> Cfr. per questa ricostruzione della nozione di interesse sociale VICARI, *Gli azionisti nella fusione*, Milano, 2004, 11ss.; BELTRAMI, *Responsabilità per danni da fusione*, Torino, 2008, 136 nt. 105, e gli ulteriori autori lì citati.

<sup>(41)</sup> Così anche WEIGMANN, *I gruppi di società*, in *La riforma del diritto societario. Atti del convegno. Courmayeur, 27-28 settembre 2002*, Milano, 2003, 208, il quale ammette la natura extracontrattuale della responsabilità, in base a tale ragionamento, solo nel caso in cui la capogruppo abbia un controllo indiretto a catena; GIOVANNINI, *La responsabilità*, cit., 119, la quale afferma che in relazione all'eterodirezione come attività di esecuzione del contratto sociale "la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale integra gli estremi della violazione della buona fede quale inadempimento contrattuale idoneo a far sorgere l'obbligo di risarcimento del danno a carico...del socio di maggioranza".



#### 2.4. *La struttura della fattispecie di cui all'art. 2497, 1 co., c.c.*

Il tentativo di attrarre nell'area extracontrattuale la responsabilità da abuso di direzione e coordinamento sembra incontrare un serio impedimento anche nella struttura della relativa fattispecie.

La diversità strutturale fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale si riverbera immediatamente sul diverso ruolo assunto dalla colpa<sup>(42)</sup>. Nella prima il criterio di responsabilità non può che avere una connotazione strettamente *oggettiva*, poiché l'inadempimento deriva dal mancato impiego di “*uno sforzo debitorio-tipico* in relazione alla *natura* del rapporto e alla *prestazione* ivi dedotta”. Nell'illecito extracontrattuale ha luogo esattamente l'inverso: la connotazione sostanzialmente *sogettiva* di un modello di responsabilità fondato sulla colpa<sup>(43)</sup>.

Ciò posto, è agevole constatare come la fattispecie di cui all'art. 2497, 1 co., c.c., stante il mancato inserimento dell'elemento soggettivo fra i suoi elementi costitutivi, si ponga in piena sintonia con il primo tipo e, all'inverso, in evidente distonia con il secondo tipo di responsabilità.

#### 2.5. *L'interesse oggetto di protezione ex art. 2497, 1 co., c.c.*

Il carattere contrattuale della responsabilità della capogruppo risulta confermato anche dalla natura dell'interesse, che la nuova disposizione rende meritevole di tutela risarcitoria.

L'interesse dei soci minoritari (alla redditività e alla valorizzazione della partecipazione sociale) e dei creditori (all'integrità patrimoniale...) sembra assumere la struttura e la forma di una pretesa ad un determinato comportamento altrui, conforme agli specifici obblighi ricavabili dai principi di “corretta gestione societaria e imprenditoriale”. Tale comportamento costituisce l'entità o il bene di per sé idoneo a soddisfare gli interessi tutelati.

In base al principio di effettività — che connota l'intera disciplina del Capo IX — l'esistenza del gruppo coincide con l'esercizio

<sup>(42)</sup> V. ZOPPINI, *Intestazione fiduciaria e responsabilità per atti di “eterogestione”* (art. 2476, comma 7º, c.c.), in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, 582, ove si legge che “la responsabilità che consegue all'inadempimento di un'obbligazione preesistente... non ha alcun bisogno di un criterio che serva a fornirle una giustificazione, e cioè di un criterio di imputazione come la colpa o il dolo, giacché l'obbligazione è già di per sé fonte sufficiente di responsabilità nel momento e dal momento in cui è inadempita”. Conf. MENGONI, *Obbligazioni di “risultato” e obbligazioni di “mezzi”* (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 378; Id., voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, 120; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 124.

<sup>(43)</sup> A: DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 2001, 193 ss.. Conf. Anche F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e extracontrattuale: significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, 124.

concreto dell'attività di direzione e coordinamento, da identificarsi come una "pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale, che attengono alla conduzione degli affari sociali" (44).

In un simile contesto, è evidente come dalle modalità secondo cui la *holding* esercita il proprio potere di determinare la strategia gestoria del gruppo *dipenda* la possibilità di configurare la dominata come autonomo centro di profitto (45); e, di conseguenza, la lesione o, al contrario, la soddisfazione degli interessi tutelati dall'art. 2497, 1 co. c.c. (46).

*Si realizza, dunque, quella interazione fra un comportamento dovuto (cioè conforme ad un modello precostituito) e la soddisfazione di un interesse, costituente il requisito qualificante il rapporto obbligatorio ai sensi dell'art. 1174 c.c.: l'osservanza del contegno prescritto dalla legge è il tramite necessario della realizzazione dell'interesse tutelato* (47).

Ne consegue che gli interessi dei soci minoritari e dei creditori della società eterodiretta assumono la fisionomia di interessi all'adempimento e l'attività della capogruppo conforme al modello di compor-

(44) MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 321; PAVONE LA ROSA, *Le Società controllate-i gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, Torino, 1993, 584, che parla di generale potere di indirizzo; GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 129; TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997, 56, che parla di un programma economico comune (*Planungseinheit*) ed ulteriore rispetto a quello di ciascuna singola unità.

(45) ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2003, 159.

(46) In senso sostanzialmente conforme v. MAUGERI, *Partecipazione*, cit., 360. Si noti che dal mantenimento della società dominata come centro di produzione e imputazione di profitto (profilo cui è collegata anche l'integrità patrimoniale della società, che sarebbe menomata ove questa svolgesse un'attività economica in perdita) dipende la soddisfazione dell'interesse tanto dei soci, quanto dei creditori. Nonostante la distinzione operata dalla lettera della legge fra le due diverse categorie di interessi, esse rappresentano il medesimo bene considerato sotto un diverso angolo visuale. Cfr. M. Rossi, *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 614; più in generale e ante riforma, LIBONATI, *La tutela del creditore a fronte dell'inadempimento del debitore*, in *Fallimento*, 1984, 17, il quale afferma che laddove non sussista lo stato d'insolvenza, anche nella valutazione dell'interesse dei creditori (come in quello dei soci), deve prevalere l'apprezzamento della capacità reddituale dell'impresa sociale, della sua attitudine a far fronte ai costi con i ricavi; NIUTTA, *Il finanziamento infragruppo*, Milano, 2000, 267 nt. 54.

(47) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 2006, 156; ROVELLI, *Responsabilità degli amministratori della controllante*, in *Fallimento*, 1996, 1050. Per una ricostruzione della responsabilità ex art. 2497, 1 co., c.c. che si distacca dallo schema classico della responsabilità contrattuale v. MAZZAMUTO, *La responsabilità*, cit., 121 ss. (lavoro di cui si è potuto tener conto solo quando il presente volume era già in bozze), il quale parla di una responsabilità contrattuale in senso debole, perché posta a tutela dell'interesse alla correttezza procedimentale dell'azione delle capogruppo.

tamento dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale diviene la prestazione atta a determinarne la realizzazione <sup>(48)</sup>.

Inoltre, gli interessi tutelati dall'art. 2497, 1 co., c.c. consistono in una aspettativa alla soddisfazione del debito per i creditori; alla redditività o alla valorizzazione dell'investimento in società, per i soci <sup>(49)</sup>. E l'aspettativa di beni o di concrete utilità di carattere economico costituisce proprio uno dei tratti caratterizzanti la responsabilità contrattuale <sup>(50)</sup>.

Sempre in relazione all'oggetto della tutela risarcitoria, le misure anti-danno predisposte dal diritto privato patrimoniale si differenziano in due modelli fondamentali: uno volto a proteggere il patrimonio in atto, ciò che appartiene; l'altro il patrimonio in potenza, ciò che spetta, secondo l'insegnamento proveniente dal diritto romano, attraverso i precetti dell'*alterum non laedere* e del *suum cuique tribuere*.

Mentre nei confronti dell'*appartenenza* l'unico atteggiamento lecito è il rispetto; nei confronti della *spettanza* la liceità è data dall'ottemperanza a specifici doveri, attraverso la quale soltanto ciò che spetta è suscettibile di diventare ciò che appartiene. Il che corrisponde all'idea,

<sup>(48)</sup> MAUGERI, *Partecipazione*, cit. 360. Non si condivide la ricostruzione proposta da MARCHISIO, I “*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*” delle società per azioni eterodirette, paper presentato al convegno “Le clausole generali nel diritto societario e industriale”, Roma, 9/2/2011, il quale afferma la natura extracontrattuale della responsabilità *ex art. 2497, 1 co., c.c.* in quanto la contrattualizzazione della responsabilità “presuppone che la società esercente l'attività di direzione e coordinamento sia obbligata a perseguire, positivamente, la “*corretta gestione societaria ed imprenditoriale*” delle società eterodirette”. L'impostazione dell'autore in esame sembra presupporre che la capogruppo, optando per la tesi della natura contrattuale della sua responsabilità, sia costretta ad esercitare la stessa, ovvero che l'obbligo che le viene imputato comprenda anche l'esercizio dell'eterodirezione. La ricostruzione che si propone nel testo, al contrario considera che l'obbligo imputabile alla capogruppo (certamente tale pare essere la prescrizione normativa per le ragioni che si adducono nel testo, sebbene MARCHISIO la qualifichi — ma senza approfondire — come dovere) comprenda soltanto l'osservanza della correttezza societaria ed imprenditoriale, e che tale obbligo insorga soltanto qualora la holding eserciti effettivamente l'eterodirezione (la quale attività, quindi rimane nella discrezionalità della società in posizione apicale).

<sup>(49)</sup> ANGELICI, *La riforma*, cit., 150; A. PATTI, *Gruppi, trasformazione*, cit., 252.

<sup>(50)</sup> Così A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 1997; MAZZAMUTO, *La responsabilità*, cit., 121 ss., 113, ove si afferma che il “DANNO CONTRATTUALE è quello che si definisce da ASPETTATIVA NON REALIZZATA” e aggiunge: “Potrebbe domandarsi ... in che misura il danno contrattuale viene a distinguersi da quello AQUILIANO giacché anche quest'ultimo tutela “le aspettative deluse” a seguito del fatto illecito altrui (e così il mancato guadagno del professionista, vittima di un incidente o di una diffamazione). La distinzione è nella diversa natura e composizione del danno aquiliano. Se è vero che anche il danno aquiliano comprende le aspettative irrimediabilmente compromesse dal fatto illecito altrui, è anche vero che tali aspettative si pongono INDIPENDENTEMENTE dalla condotta del soggetto responsabile dell'illecito [TREITEL, *The Law of Contract*, 2007, 706]...Il danno contrattuale, al contrario, è commisurato strettamente all'aspettativa della prestazione...”; ID., voce *Responsabilità contrattuale*, cit., 26 ss.. Conf. MAZZAMUTO, *Spunti*, cit., 395; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, I, München, 1987, 112. La definizione dell'interesse protetto dalla responsabilità contrattuale come “*expectation interest*” è corrente nella letteratura di *Common law*. V. per tutti SMITH, *Atiyah's introduction to the law of contract*, 2006, 309 ss.

insita nel concetto di obbligazione, secondo cui il debitore è tenuto a fare in modo che sia realizzato l'interesse del creditore <sup>(51)</sup>. Lo schema della tutela aquiliana svolge “una funzione propriamente conservativa” di utilità preesistenti e già allocate nel patrimonio del soggetto leso, non quella di surrogare un risultato di tipo acquisitivo e incrementativo di quel patrimonio, in dipendenza di una prestazione altrui <sup>(52)</sup>.

Ciò premesso, occorre rilevare che la redditività e la valorizzazione della partecipazione sociale, come l'integrità patrimoniale della società, funzionale alla capacità della stessa di soddisfare i propri crediti, non sono, in quanto *mere aspettative*, beni che appartengono al patrimonio in atto dei soggetti tutelati dall'art. 2497 c.c., ma a quello in potenza. In particolare, l'eterodirezione “come modo fisiologico di organizzazione policentrica dell'attività d'impresa, non invece come... anomalia del suo svolgimento, pur sempre deve dirsi orientata all'accrescimento quantitativo della ricchezza investita dai soci esterni a ogni livello o fase della complessiva aggregazione” <sup>(53)</sup>; dunque essa determina una relazione che si colloca in un “circuito acquisitivo”, che trova la propria naturale tutela nella responsabilità contrattuale.

Qualche dubbio, invece, potrebbe sorgere in ordine all'inquadramento nel paradigma dell'illecito civile della responsabilità della capogruppo verso i creditori della eterodiretta, “in ragione della preminenza logica che per questi ultimi riveste l'istanza di “conservazione” della garanzia patrimoniale” <sup>(54)</sup>. In realtà, non pare che tale osservazione sia sufficiente a negare che la responsabilità verso i creditori sociali si situi al di fuori di quella logica della spettanza che connota l'inadempimento. L'istanza conservativa dell'integrità patrimoniale confluisce nella tutela dell'“appartenenza” (e dunque nell'ambito della responsabilità aquiliana) solo se riferita alla società eterodiretta. Rispetto ai suoi creditori invece, l'integrità patrimoniale è tutelata in funzione di garantire il soddisfacimento del diritto di credito (dalla mancanza del quale deriva il danno al creditore); dunque oggetto della tutela *ex art. 2497, 1 co., c.c.*, per quanto concerne i creditori, è in ultima istanza l'*aspettativa* dell'adempimento dell'obbligazione, cioè ciò che spetta, senza ancora appartenere, al patrimonio del creditore.

<sup>(51)</sup> Così CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXI, 1990, 3 ss. Conf. anche M. BARCELLONA, *Struttura*, cit., 465, il quale afferma che “(l)a responsabilità contrattuale si situa in un circuito acquisitivo...essa è rivolta, perciò, a realizzare per equivalente ciò che il programma negoziale prometteva e che l'inadempimento aveva fatto mancare...La responsabilità extracontrattuale, per contro, adempie ad una funzione propriamente conservativa...”; A. DI MAJO, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., 27.

<sup>(52)</sup> M. BARCELLONA, *Struttura*, cit., 445 ss e 464 ss.

<sup>(53)</sup> MAUGERI, *Partecipazione*, cit., 361 nt. 161.

<sup>(54)</sup> MAUGERI, *Partecipazione*, cit., 361 nt. 161.

La misura anti-danno prevista dalla disposizione in esame è riconducibile, quindi, (tanto rispetto ai soci, quanto rispetto ai creditori) alla logica della spettanza e dunque all’ambito della responsabilità contrattuale <sup>(55)</sup>.

2.6. *Le indicazioni ricavabili dalla funzione dell’art. 2497, 1 co., c.c.*

I due tipi di responsabilità previsti dal nostro ordinamento possono, poi, essere distinti in base a ragioni di carattere funzionale.

Mentre la responsabilità contrattuale ha la funzione di tutelare il creditore nei confronti di *quel rischio specifico di danno creato dalla particolare, preesistente relazione intersoggettiva instaurata tra le parti* <sup>(56)</sup>; analoga finalità non può essere collegata alla responsabilità aquiliana, quanto meno perché il sorgere della relazione intersoggettiva, coincidente con l’obbligo di risarcimento del danno, è successivo al verificarsi dello stesso <sup>(57)</sup>.

Se si considerano gli interessi dei soci minoritari e dei creditori della società eterodiretta come pretese correlate ad un comportamento specifico — quale bene idoneo a soddisfarle — e non come generici “interessi della vita di relazione” <sup>(58)</sup>, diviene possibile cogliere che il contegno della capogruppo, difforme da quello legislativamente imposto, crea un rischio specifico di danno <sup>(59)</sup>.

L’art. 2497, 1 co., c.c. configura i creditori e i soci minoritari della dominata come portatori di un interesse *specifico* al rispetto dei

<sup>(55)</sup> Nel senso che tali interessi rientrano nella logica della spettanza, e dunque nell’ambito di protezione deputato alla responsabilità contrattuale v. GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 323, ove si afferma che la redditività e la massimizzazione del valore delle partecipazioni attengono al profilo dinamico (quindi della spettanza) dell’interesse lucrativo comune.

<sup>(56)</sup> A. DI MAJO, *La tutela civile*, 2003, 196, il quale ritiene accettabile, alla luce della stretta interazione fra interesse specifico e responsabilità, la tesi secondo la quale la responsabilità contrattuale non avrebbe carattere sanzionatorio, ma riecheggerebbe un meccanismo quasi di garanzia (in quanto circoscritta all’ambito dell’interesse garantito dall’obbligazione); MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., 204.

<sup>(57)</sup> Cfr. SALVI, *Il danno extracontrattuale, modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 16; Id., voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., 10; BIANCA, *Inadempimento dell’obbligazione in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 35; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, 245; MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., 180-181.

<sup>(58)</sup> L’espressione è tratta da BIANCA, *Inadempimento dell’obbligazione*, cit., 35.

<sup>(59)</sup> Il ragionamento che si propone nel testo pare avallato anche da quanto afferma MAZZAMUTO, *Spunti*, cit., 381, secondo il quale l’obbligo di salvaguardia imposto all’art. 2497, 1 co., c.c. si caratterizza per un contenuto assai più specifico e particolareggiato rispetto al generico dovere di *neminem laedere* perché si pone in un quadro di intensa collaborazione che è del tutto estraneo all’ambito aquiliano; e con maggiore enfasi Id., *La responsabilità*, cit., 121 ss.

principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale da parte della capogruppo. Interesse inserito in una determinata *relazione "di contatto sociale"*, in cui si risolve l'esercizio dell'attività di eterodirezione<sup>(60)</sup>. La speciale responsabilità disciplinata nella disposizione in esame, pertanto, è stata introdotta dalla riforma per preservare la sfera giuridica dei soggetti tutelati (soci minoritari e creditori della dominata) da quel *rischio specifico*, che può configurarsi esclusivamente nell'ambito dell'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento: *il rischio specifico inerente alla preesistente relazione*<sup>(61)</sup>.

Il criterio del rischio specifico di danno, inoltre, presenta vari elementi di affinità con la teoria che definisce la responsabilità extracontrattuale come quella intercorrente tra semplici "passanti", per cui il danno consegue ad un contatto fra soggetti, tra i quali, precedentemente, non esiste alcun tipo di rapporto personale. Mentre la responsabilità contrattuale è definita come quella in cui gli individui coinvolti nella vicenda dannosa possono essere isolati dalla generalità dei consociati da una relazione personale, fra costoro intercorrente prima del verificarsi del danno<sup>(62)</sup>.

L'inserimento della responsabilità in una preesistente relazione giuridica tra soggetti determinati (o determinabili) — che, in tal modo, cessa di essere una responsabilità del *quisque de populo* — è una tratto certamente qualificante la fattispecie delineata dal nuovo capo IX.

L'interferenza lesiva ai sensi dell'art. 2497, 1 co., c.c. matura nel contesto di una relazione intersoggettiva preesistente al verificarsi del danno risarcibile, che vale a isolare dalla generalità dei consociati la società capogruppo, da un lato, i soci e i creditori delle società eterodirette, dall'altro. Il rapporto derivante dall'esercizio di tale attività costituisce, infatti, l'elemento qualificante l'esistenza del gruppo e, di conseguenza, il presupposto necessario per l'insorgere della responsabilità speciale prevista in tale contesto. Lo stesso tenore letterale della norma in esame prevede che la capogruppo cagioni il danno ai soci e

<sup>(60)</sup> Lo spunto di tale osservazione è tratto da GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 248 e nt 9, che riferisce il ragionamento alla ricostruzione della natura della responsabilità *ex art.* 2394 e 2395.

<sup>(61)</sup> In riferimento alla responsabilità contrattuale in generale, parla di "rischio specifico...della relazione", CARUSI, voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 715.

<sup>(62)</sup> CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir e priv.*, 1989, 586; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 500 e 735; MAZZAMUTO, *Questioni*, cit., 1492. Per la distinzione fra *Schicksal e Planung* ai fini della individuazione della natura della responsabilità, v. ESSER, *Grundlagen*, cit., 80 ss.; per l'utilizzo dell'espressione *Jedermann Haftung*, v. LARENZ-CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, cit., 359; TUNC, *Introduction*, in *Int. Enc. of Comparative Law*, XI, *Torts*, Tubinga-L'Aia-Parigi, 1973, 27.

ai creditori “esercitando attività di direzione e coordinamento”. Ciò significa che la responsabilità lì disciplinata si configura esclusivamente nel contesto di una preesistente relazione intersoggettiva <sup>(63)</sup>: il danno (e l’obbligo risarcitorio imposto dalla norma in esame) trae origine da una attività, che pone stabilmente <sup>(64)</sup> in contatto sfere di interessi predeterminate (o almeno determinabili) <sup>(65)</sup>.

Ricorre, pertanto, il dato caratteristico del rapporto obbligatorio, ovvero la preesistenza al verificarsi del danno di una relazione sociale giuridicamente rilevante, in contrapposizione all’interferenza fra le rispettive sfere giuridiche del danneggiante e del danneggiato originatasi *ex post* e solo contestualmente all’illecito aquiliano <sup>(66)</sup>. La responsabilità *ex art.* 2497, 1 co., c.c. non può essere ricondotta all’art. 2043 c.c., in quanto da quest’ultimo non possono ricavarsi “reazioni rimediali” all’ipotesi di interferenza stabile e programmata del danneggiante nella sfera del danneggiato qual è certamente l’attività di direzione e coordinamento.

### 2.6.1. Segue: possibili obiezioni. Critica.

In senso contrario, però, si è affermato che se il danno realizzato

<sup>(63)</sup> Cfr., prima della riforma, la motivazione di Trib. Milano, 22 gennaio 2001, in *Fallimento*, 2001, 1155, ove si afferma che “la società controllante quando esercita la direzione unitaria si pone in un rapporto di relazione soggettiva con la società controllata...”; LIBONATI, *Responsabilità*, cit., 1527, il quale parla di partecipazione di controllo capace di instaurare “fra partecipante e partecipata un rapporto (negoziale) di spessore maggiore...”. Cfr., con riferimento specifico alla riforma MAZZAMUTO, *Questioni*, cit., 1491, il quale afferma che “la sussistenza di un rapporto giuridico in senso stretto impedisce di configurare la responsabilità di cui all’art. 2497 c.c., in termini aquiliani alla luce del rilievo — di immediata evidenza — che la responsabilità extracontrattuale sorge con riferimento a soggetti tra cui non corre alcun rapporto giuridico preesistente, giacché un vero e proprio rapporto si instaura solo a seguito del contratto conflittuale sfociato nella produzione di un danno ingiusto nella sfera del danneggiato: la responsabilità del passante o del *quisque de populo*”.

<sup>(64)</sup> Il carattere di stabilità e durevolezza dell’attività di direzione e coordinamento dovrebbe poter essere indotto sia dalla sua natura di attività imprenditoriale (che ha carattere di professionalità intesa come non occasionalità), sia anche dagli specifici adempimenti pubblicitari previsti per essa dal nuovo art. 2497-bis, c.c.

<sup>(65)</sup> Il che esclude l’estraneità fra le sfere giuridiche dell’agente e della vittima, generalmente sottesa all’applicazione del principio dell’*alterum non laedere*. Cfr. (in relazione ad un diverso contesto) A. MAZZONI, *Le lettere di patronage*, Milano, 1986, 157 il quale afferma come la possibilità di tutelare il patrocinato contro i comportamenti lesivi del *patronant* con una responsabilità, appunto, da inadempimento derivi, in assenza di un negozio, dalla violazione di obblighi specifici scaturenti dalla “prossimità” tra il danneggiato e il danneggiante.

<sup>(66)</sup> GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 319, riconosce come sussista una relazione giuridica di contatto fra società dominante e soci minoritari e creditori confr. MAZZAMUTO, *La responsabilità*, cit., 121 ss. Da ultimo v. sull’argomento CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.* 2011, 55 ss.. V. anche quanto affermato oltre nel testo ai §§ 2.3, 3.3, 4.3 di questo capitolo.

all'interno di un rapporto sociale dovesse sempre essere risarcito secondo le regole della responsabilità contrattuale, sarebbe praticamente cancellata la possibilità di configurare un illecito aquiliano. Affinché quest'ultimo si realizzi, infatti, risulta comunque necessario un contatto sociale, "che sottometta la sfera di interessi di un dato soggetto alla concreta possibilità di ingerenza da parte di un altro soggetto" <sup>(67)</sup>.

Si tratta, tuttavia, di un'obiezione non pertinente in riferimento alla fattispecie in esame.

Tra capogruppo, da un lato, e soci minoritari e creditori della società dominata, dall'altro, non si realizza un semplice contatto *casuale e occasionale*, che può essere presupposto di fatto anche di una responsabilità extracontrattuale; bensì un rapporto avente per oggetto un obbligo di comportamento (che riproduce lo schema della prestazione) fra soggetti determinati <sup>(68)</sup>.

D'altronde, si è già notato come l'assoggettamento dell'operato della *holding* al precetto di *correttezza* nella gestione societaria e imprenditoriale delle società eterodirette non lasci margini di dubbio in ordine all'instaurarsi di un rapporto giuridico tra la prima ed i soci e i creditori della seconda.

Si deve, comunque, ammettere come l'obiezione appena riportata contenga una notazione interessante, che induce ad un ulteriore approfondimento.

Il criterio della *jedermann Haftung* può non apparire, di per sé, sufficiente a determinare una netta distinzione fra le due categorie fondamentali di responsabilità.

In particolare, ciò accade quando le circostanze concrete lascino già intravedere le occasioni e i modi possibili di causazione del pregiudizio, ossia nei casi in cui il danneggiante e il danneggiato si trovino variamente implicati in una situazione di contatto, che costituisce la fonte del danno <sup>(69)</sup>. Qualora sussista già una precedente (ed anche informale) situazione di contatto, lo stesso *neminem laedere* si atteggia in modo meno generico.

<sup>(67)</sup> MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., 182 ss.; conf. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 1, 335 ss., ove si utilizza l'espressione "dimensione relazionale della responsabilità aquiliana"; CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa*, Padova, 1996, 156; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, 85 ss.; KREBS, *Sonderverbindung und ausserdeliktische Schutzpflichten*, München, 2000, 174.

<sup>(68)</sup> Per tale ricostruzione della responsabilità contrattuale, anche se riferita alla fattispecie del danno da informazioni inesatte, cfr. A. DI MAJO, *La responsabilità*, cit., 28.

<sup>(69)</sup> La constatazione della difficoltà di addivenire ad una sicura distinzione fra responsabilità, in tali casi, è colta da R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 674; TURCO, *Interesse*, cit., 753.



A fronte di simili circostanze, affinché possa configurarsi una responsabilità di tipo contrattuale, la relazione intersoggettiva preesistente (al danno) deve risultare qualificata dalla circostanza che il diritto disciplina *ex ante* (cioè anteriormente al momento patologico della lesione) *il conflitto di interessi fra le parti* e non intervenga solo *ex post* — in seguito al fatto lesivo ed unicamente sul piano risarcitorio — come accade, invece, nell'illecito extracontrattuale <sup>(70)</sup>.

L'esistenza di una responsabilità da inadempimento dipende dall'esistenza di un “progetto o previsione in termini di dover essere” <sup>(71)</sup>, cioè da un *quid* che consenta di comparare il comportamento dovuto con quello concretamente tenuto. Al contrario si avrà un semplice fatto illecito, laddove il contatto sociale avvenga al di fuori di un preesistente progetto, come incontro “casuale” fra due soggetti.

Così ricostruito il criterio per individuare la responsabilità contrattuale, non può che ricondursi ad essa anche la fattispecie di cui all'art. 2497, 1 co., c.c.

La dottrina afferma, infatti, costantemente che il problema specifico, cui risponde la disciplina della responsabilità nel gruppo, è proprio una situazione di conflitto di interesse sistematico, che permea di sé l'intera attività, derivante dall'esistenza del potere della capogruppo di dirigere e coordinare altre società secondo un progetto unitario (*Planungseinheit*). La disciplina in esame trova, quindi, la propria *ratio* proprio nel regolare *ex ante tale conflitto di interessi*, al fine di pervenire ad un equilibrato temperamento delle posizioni contrapposte <sup>(72)</sup>. E, a tal fine, prescrive uno *standard di comportamento*, al quale la capogruppo deve conformarsi nell'esercizio dell'eterodirezione.

Dunque la responsabilità prevista come sanzione della violazione di tale regola deve essere ricondotta entro lo schema dell'inadempimento.

<sup>(70)</sup> R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità*, cit., 675; SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale*, 1191; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 33; ESSER, *Grundlagen*, cit., 80 ss., dove si trova la distinzione fra *Planung e Schicksal*. In senso sostanzialmente analogo anche CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1267; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, cit., 148 e 160.

<sup>(71)</sup> A. DI MAJO, *La responsabilità*, cit., 31, il quale ritiene sufficiente tale elemento per configurare una prestazione, la cui esistenza viene considerata come discriminare fra l'area della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (pag. 32); ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht*, cit., I, 100 ss.

<sup>(72)</sup> Cfr. art. 10 lett. a), l. 366/2002, che dà un'interpretazione autentica dello scopo della normative delegate.

2.7. *Le indicazioni provenienti dalla disciplina del recesso nel gruppo.*

La soluzione della natura contrattuale della responsabilità della capogruppo, peraltro, è la sola capace di spiegare la *ratio* dell'ipotesi di recesso del socio contemplata dall'art. 2497-*quater*, lett. b), c.c.

Il recesso può assolvere nel nostro ordinamento diverse funzioni, tra le quali quella di reazione di fronte ad un inadempimento contrattuale<sup>(73)</sup>.

Mentre tutte le altre ipotesi di recesso previste dalla norma appena citata rappresentano una tutela contro modificazioni delle condizioni contrattuali (e quindi del rischio dell'investimento) imposte dalla maggioranza<sup>(74)</sup>; il recesso ammesso "quando a favore del socio sia stata pronunciata... condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento" si giustifica come reazione all'inadempimento contrattuale della *holding* ed è, pertanto, accompagnato dall'ulteriore strumento di reazione del risarcimento del danno<sup>(75)</sup>.

2.8. *L'interpretazione orientata alle conseguenze dell'art. 2497, 1 co., c.c.*

Anche l'utilizzo, nell'interpretare la norma in esame, dell'argomentazione orientata alle conseguenze<sup>(76)</sup> porta a propendere per la natura contrattuale della responsabilità di cui al comma 1 dell'art. 2497 c.c.

Infatti, considerando quest'ultima come aquiliana, l'onere della prova a carico dell'attore risulterebbe tanto gravoso da paralizzare, in pratica, l'iniziativa dei legittimati attivi<sup>(77)</sup>.

<sup>(73)</sup> FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del cod. civ.*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 1980, 340 ss.

<sup>(74)</sup> Questa è un'altra possibile funzione assolta dal recesso. V. FRANZONI, *Degli effetti*, cit.

<sup>(75)</sup> FRANZONI, *Degli effetti*, cit., 383, che, coerentemente con quanto si vuol sostenere nel testo, afferma che quando il recesso ha il proprio presupposto nell'inadempimento, il recedente può agire per il risarcimento del danno.

<sup>(76)</sup> MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, I, 1 ss., ove si ricostruisce l'argomento, definendolo come un metodo che consente di scegliere una interpretazione in base alle implicazioni pratiche cui essa conduce.

<sup>(77)</sup> Per il necessario approfondimento in merito alle riflessioni della più moderna dottrina sulla differente disciplina (in materia di prescrizione, onere della prova, danno risarcibile) fra responsabilità aquiliana e contrattuale si rinvia *infra* al Cap. IV in nota. Sul problema v. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, diretto da Galgano, XXIX, Padova, 2004, 189; MARTORANO, *Gruppo di imprese ed amministrazione straordinaria*, in *Dir. Fall.*, 1984, I, 79 ss.; GIOVANNINI, *La responsabilità*, cit., 87 ss.

Al riguardo non sarebbero di ausilio né l'art. 2497-*bis*, 5 comma, c.c., né l'art. 2497-*ter*, c.c.

La prima disposizione impone agli amministratori di indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa. Tuttavia, la norma non richiede agli amministratori di illustrare dettagliatamente ogni singola operazione posta in essere in esecuzione delle direttive della capogruppo, con indicazione delle relative prestazioni e controprestazioni. La norma mira unicamente a fornire una valutazione sulla complessiva economicità della attività delle società figlie, che tenga conto dell'insieme dei rapporti intercorsi con le altre società del gruppo, al fine di verificare l'eventuale compensazione di vantaggi e svantaggi derivanti dall'attività di direzione e coordinamento <sup>(78)</sup>.

Quanto alla seconda disposizione, il legislatore prescrive l'obbligo di motivare analiticamente le ragioni e gli interessi che hanno inciso sulle decisioni delle società dominate, ove influenzate dall'attività di direzione e coordinamento, dandone adeguato conto nella relazione sulla gestione prevista dall'art. 2428 c.c. Tale previsione sembra, dunque, offrire ai soci e ai creditori la possibilità di acquisire le informazioni necessarie per l'esercizio dell'azione risarcitoria <sup>(79)</sup>. Sennonché, l'effettiva e reale conoscibilità delle decisioni risulta preclusa dal fatto che i legittimati attivi non hanno diritto di accedere, *uti singuli*, al libro delle adunanze e deliberazioni del consiglio di amministrazione. La prescrizione dell'art. 2497-*ter*, peraltro, non garantisce un fedele richiamo al contenuto delle delibere consiliari, avendo il legislatore richiesto semplicemente di dare “adeguato conto” di esse nella relazione, lasciando agli amministratori, che la redigono (e che potrebbero essere coinvolti in responsabilità), la discrezionalità in merito al significato da attribuire a tale espressione <sup>(80)</sup>.

<sup>(78)</sup> Così GALGANO, *Il nuovo diritto*, cit., 185.

<sup>(79)</sup> Soprattutto in quanto si è ritenuto che tale norma vada interpretata in conformità al significato attribuito a preesistenti disposizioni in materia di bilancio, secondo le quali è necessario indicare per ciascuna delle controllate, controllanti o collegate le categorie di operazioni di maggior rilievo compiute nell'esercizio, con il relativo ammontare, dichiarando se tali operazioni sono state concluse a normali prezzi di mercato oppure a condizioni particolari, indicando se e in quale misura ciò abbia influito sul risultato dell'esercizio e come sia stato evitato ogni pregiudizio alla società (MURATORE, *sub. art. 2497-bis e 2497-ter*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI, Bologna, 2004, 2185, che riprende la tesi di COLOMBO, *Bilancio di esercizio e consolidato*, in *Trattato delle Società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, VII, Torino, 1994, 157 ss.).

<sup>(80)</sup> ENRIQUES, *Gruppi di società e gruppi d'interesse*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di BENAZZO-PATRIARCA-PRESTI, Milano, 2003, 249.

A ciò si aggiunga l'ovvia considerazione per cui le informazioni che dovrebbero essere ricavate dai documenti menzionati nelle disposizioni in esame provengono dagli amministratori delle società controllate, i quali, in ipotesi di abuso, sono interessati ad occultare i dati relativi alle operazioni sospette, in quanto corresponsabili del loro compimento.

Ne consegue, pertanto, una obiettiva difficoltà per i soci di minoranza e i creditori danneggiati di munirsi dei dati indispensabili per poter assolvere all'onere probatorio che graverebbe su di loro, qualora si qualifichi la responsabilità della capogruppo come extracontrattuale; e quindi la frustrazione della funzione di tutela, per cui l'art. 2497 c.c. è stato introdotto. Considerando la responsabilità in questione come aquiliana si porrebbe, cioè, al risultato, incongruo, di porre a carico dei danneggiati la prova processuale in ordine ad elementi conoscibili soltanto dai danneggianti.

Tali considerazioni dimostrano come sia preferibile riconoscere alla responsabilità *ex art.* 2497, 1 co., c.c. natura contrattuale.

È necessario, infatti, considerare che ai sensi dell'art. 1218 c.c., sull'attore grava l'onere di provare l'inadempimento e il danno. Quindi, nella fattispecie in esame, occorre dimostrare la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale<sup>(81)</sup> e la diminuzione della redditività e del valore della partecipazione sociale (per il socio), o la lesione dell'integrità del patrimonio sociale (per il creditore)<sup>(82)</sup>.

La società capogruppo, invece, qualora voglia sottrarsi alla condanna, deve alternativamente fornire la prova:

— che l'inadempimento non sussiste, in quanto l'operazione posta in essere risponde ai canoni di corretta gestione societaria e imprenditoriale<sup>(83)</sup> oppure in quanto la capogruppo non ha impartito alcuna direttiva pregiudizievole, derivando l'operazione dannosa da un'iniziativa autonoma degli amministratori della dominata<sup>(84)</sup>;

— che il danno non sussiste ai sensi dell'ultima parte dell'art. 2497, 1 co., c.c., per il ricorrere di vantaggi compensativi o di operazioni dirette ad eliderlo.

Ma allora la disciplina della ripartizione dell'onere della prova

<sup>(81)</sup> Per es. che gli amministratori hanno svenduto i prodotti della controllata.

<sup>(82)</sup> Per es. occorre provare che la svendita di cui sopra abbia determinato un mancato guadagno.

<sup>(83)</sup> Ad es. la congruità delle condizioni contrattuali relative all'operazione sospetta.

<sup>(84)</sup> Cioè la capogruppo ha l'onere di provare (art. 1218) che l'inadempimento è dovuto a una causa a lei non imputabile.

propria della responsabilità contrattuale risulta coerente con le prescrizioni di cui agli artt. 2497-*bis* e *ter*, c.c.

Se a tali norme non può attribuirsi — come detto — la funzione di fornire agli attori le analitiche informazioni indispensabili al fine di provare i presupposti di una responsabilità di tipo aquiliano, si può, al contrario, ritenere che la loro *ratio* sia funzionale ad una ripartizione dell'onere della prova conforme alle regole della responsabilità contrattuale <sup>(85)</sup>.

Dalla documentazione predisposta dagli amministratori delle dominate, infatti, la capogruppo può ricavare elementi utili ad assolvere l'onere di provare la mancanza dell'inadempimento o del danno ad esso conseguente, qualora si ammetta che la responsabilità della stessa è soggetta alla disciplina di cui all'art. 1218 c.c. <sup>(86)</sup>.

### 3. *La fonte e l'oggetto dell'obbligo della capogruppo.*

#### 3.1. *L'obbligazione della capogruppo come obbligazione legale.*

Una volta chiarito perché la responsabilità di cui all'art. 2497, 1 co., c.c. possa considerarsi contrattuale sotto il profilo strutturale e funzionale, l'ulteriore svolgimento della presente riflessione deve individuare la fonte e il contenuto del vincolo obbligatorio fra i soggetti coinvolti nell'attività di direzione e coordinamento.

I sostenitori della natura aquiliana rilevano che fra la società o ente capogruppo e i (soci minoritari e creditori) legittimati attivi all'esperimento dell'azione risarcitoria non intercorre alcun rapporto contrattuale, dal cui inadempimento possa conseguire una responsabilità ai sensi dell'art. 1218 c.c. <sup>(87)</sup>.

L'osservazione appare, in verità, abbastanza superficiale: la ricerca di un vincolo negoziale fra i soggetti menzionati dall'art. 2497, 1 co., c.c. sembra riflettere una concezione riduttiva dell'istituto, rigidamente ancorata all'inadempimento di un'obbligazione *ex contractu*. Tale visione restrittiva, tuttavia, deve considerarsi superata, in quanto la giurisprudenza e la dottrina civilistica più recenti ammettono che l'espressione “responsabilità contrattuale” costituisca una *sineddoche* <sup>(88)</sup>, il cui

<sup>(85)</sup> GIOVANNINI, *La responsabilità*, cit., 97.

<sup>(86)</sup> Analoga conclusione è presente in GIOVANNINI, *La responsabilità*, cit., 91 ss.

<sup>(87)</sup> ALPA, *La responsabilità per direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 659.

<sup>(88)</sup> BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICAZATTI, Milano, 1991, 665, per cui “si indica il tutto con l'area più importante di inadempimento di un'obbligazione...”.

ambito di applicazione si estende ad ogni ipotesi di violazione di obblighi preesistenti, qualunque ne sia la fonte <sup>(89)</sup>.

Il fatto costitutivo della responsabilità della capogruppo, lungi dal poter essere rinvenuto nella violazione del precetto generale del *neminem laedere*, deve essere individuata nella *ratio* dell'art. 2497 c.c., cioè nella finalità di contemperare la realizzazione dell'interesse della capogruppo con quello delle società eterodirette, e, di conseguenza, dei loro creditori e soci minoritari. La legge stessa sopperisce all'inesistenza di una relazione "contrattuale" <sup>(90)</sup>. Si configura, pertanto, un'obbligazione avente fonte legale.

Al riguardo, non risulta pertinente l'obiezione secondo cui la costruzione fondata sull'esistenza di obbligazioni *ex lege* farebbe propria una categoria concettuale respinta dal nostro codice civile, il quale vincola la nascita di obbligazioni non già alla legge in sé, ma "a medi giuridici delle fonti", cioè ad atti e a fatti (art. 1173 c.c.) <sup>(91)</sup>. È agevole, infatti, replicare che la legge ricollega la nascita del *vinculum iuris* in esame ad un fatto, ossia all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, in quanto diretta alla gestione di interessi non solo propri, ma anche altrui (della società eterodiretta, dei suoi soci minoritari e dei creditori), attesa la sicura idoneità di una simile vicenda

<sup>(89)</sup> Cfr. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, cit., 1072 ss.; BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 3; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, cit., 161; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del cod. civ.* a cura di SCIALOJA-BRANCA Bologna-Roma, 1988, 207 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità*, cit., 672; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da SCHLESINGER Milano, 1987, 24 ss.; ABRIANI, *Gli amministratori di fatto nelle società di capitali*, Milano, 1998, 206; ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità degli amministratori*, Milano, 1979, 140, il quale fa propria l'indicazione terminologica proposta da NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, IV, Torino, 1919, 390, di sostituire la definizione di responsabilità contrattuale con "responsabilità obbligatoria". In giurisprudenza v. Cass., 6 marzo 1999, in *Giur. comm.*, 2000, 3, 167, ove si afferma che il "discrimine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale va ricercato (non già nella fonte, ma) nella natura della situazione giuridica violata: se si tratta di obbligazioni, anche se non derivanti da contratto, la violazione dà luogo a responsabilità *contrattuale*; se invece essa consiste nel dovere generale di rispetto delle situazioni giuridiche, la responsabilità ha carattere *extracontrattuale*". Anzi parte di questa dottrina ha ritenuto che, considerati i fraintendimenti che il riferimento al contratto continua a creare, sarebbe preferibile parlare di responsabilità da lesione di diritti e da violazione di obblighi (CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., 220).

<sup>(90)</sup> Per analoghi spunti, nel senso che all'assenza di una relazione contrattuale tra soggetti possono supplire le previsioni di legge — sia pur nel quadro di riflessioni riguardanti argomenti diversi da quello in esame — cfr. PERRONE, *Informazione*, cit., 91 ss.; BUTA, *La responsabilità*, cit., 209. In relazione all'art. 2497, 1° co., c.c., v. MAZZAMUTO, *La responsabilità*, cit., 121 ss., ove si parla di "obbligo di correttezza procedimentale che mira a coniugare l'interesse del gruppo con l'interesse sia del socio esterno sia del creditore sociale".

<sup>(91)</sup> GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1999, 32-34; MANES, *Abuso di direzione unitaria e responsabilità degli amministratori della controllante: verso l'affermazione di un principio generale*, in *Contr. e impr.*, 2002, 16.

fattuale — e lo dimostra chiaramente la fattispecie di cui agli artt. 2028 c.c. e ss. <sup>(92)</sup> — a porsi come autonoma fonte di obbligazione ai sensi dell’art. 1173 c.c. <sup>(93)</sup>.

In conclusione deve riconoscersi come la previsione fra le fonti dell’obbligazione di “ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico” (art. 1173 c.c.) ha determinato il superamento di un sistema « rigido » di fonti (tipiche).

Pertanto, è possibile affermare che il rapporto obbligatorio in esame nasce dalla “volontà dell’ordinamento e (dai) valori da esso tutelati” <sup>(94)</sup>, esplicitati dalla nuova disposizione di apertura del capo IX.

### 3.2. La similitudine fra l’art. 2497, 1 co., c.c. e la teoria dell’amministratore di fatto.

Per inquadrare sistematicamente la responsabilità della capogruppo sembra, inoltre, pertinente il richiamo al principio di diritto affermato dalla Suprema Corte in una importante pronuncia sull’amministratore di fatto <sup>(95)</sup>: dallo svolgimento di determinate funzioni gestorie deriva una responsabilità contrattuale per la violazione delle regole, che garantiscono il corretto esercizio delle stesse <sup>(96)</sup>.

<sup>(92)</sup> Non si intende affermare che la fattispecie della responsabilità da direzione e coordinamento abusiva possa essere ricondotta all’istituto della *negotiorum gestio*. Semplicemente il riferimento alle norme che la disciplinano ha il fine di evidenziarne il rilievo sistematico, in quanto rivelatrici della possibilità nel nostro ordinamento di configurare una responsabilità da *mala gestio* fondata sulla violazione di obblighi di fonte legale a carico del gestore di interessi altrui.

<sup>(93)</sup> Così, dopo la riforma del diritto societario, GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2005, 342-343; ante riforma ABADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società*, a cura di Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 144; TOMBARI, *Il gruppo*, cit., 243; ROVELLI, *Direzione unitaria*, cit., 1139.

<sup>(94)</sup> A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, cit., 13, cui si riferiscono entrambe le frasi virgolettate.

<sup>(95)</sup> Si tratta di Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, la quale tuttavia, pur segnando una svolta in giurisprudenza, non fa che aderire a posizioni già esplicitate dalla dottrina. V. ABRIANI, *Gli amministratori*, cit., *passim*.

Lo stesso principio viene utilizzato per la soluzione del problema della responsabilità del gruppo, da Trib. Milano, 22 gennaio 2001, cit.

<sup>(96)</sup> Non si tratta di ricondurre la capogruppo entro la figura dell’amministratore di fatto, avendo la dottrina ripetutamente sottolineato la diversità delle due fattispecie, sia sotto il profilo qualitativo, sia sotto quello quantitativo (v. ABADESSA, *I gruppi*, cit., 126 ss., 142 nt. 86; GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 133 nt. 71), ma di estrapolare dalla motivazione della Cassazione un principio più generale, suscettibile di essere applicato anche alla responsabilità della capogruppo. Cfr. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 269 ss., il quale espressamente propone — come si fa nel testo — di distinguere gli amministratori della controllante da quelli di fatto, ma, al contempo, di applicare ai primi i principi validi per i secondi, in relazione all’art. 3, ult. cpv., l. 95/1979; ABRIANI, *Gli amministratori*, 219 ss., il quale ha ritenuto che la costru-

La capogruppo, partecipando alla gestione delle società dominate <sup>(97)</sup>, può incorrere in una responsabilità da inadempimento degli obblighi legali inerenti alla funzione esercitata <sup>(98)</sup>. L'art. 2497, 1 co., c.c. costituisce, quindi, l'emersione a livello normativo del principio — affermato in relazione all'amministratore di fatto dalla giurisprudenza — secondo il quale “*gli obblighi che disciplinano il corretto svolgimento della gestione della società...si applicano indipendentemente dalla qualifica formale e dalla posizione di chi pone in essere l'attività di gestione, ed indipendentemente dalle « forme » e dalle « modalità » in cui tale gestione si esplica*” <sup>(99)</sup>.

Certamente la responsabilità della *holding* per eterodirezione abusiva presenta dei profili di specialità rispetto alla responsabilità degli amministratori di fatto delle società autonome <sup>(100)</sup>. Tuttavia, il carattere speciale della responsabilità della *holding* concerne la disciplina <sup>(101)</sup>, non il fondamento, posto che la nuova disposizione recepita

zione funzionalistica della responsabilità del primo trovasse un'antecedente nell'art. 3, ult. co., l. 95/1979, che imponeva un obbligo di corretta gestione della società controllata anche agli amministratori della controllante sul presupposto della loro effettiva (ancorché indiretta) partecipazione all'amministrazione di quest'ultima. Per l'accostamento della disciplina *ex art.* 2497, 1 co., c.c. alla ricostruzione dell'amministratore di fatto v. da ultimo anche BUSSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità*, cit., 154.

<sup>(97)</sup> Che l'attività di direzione e coordinamento si risolva in una funzione avente carattere gestorio è convincimento diffuso in dottrina. V. LIBONATI, *Responsabilità*, cit., 1501, che configura la direzione unitaria come “atto di gestione”; PAVONE LA ROSA, *Controllo e gruppo*, in *Dir. fall.*, 1965, 29; GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 847; WEIGMANN, *La rilevanza del gruppo di società nelle procedure minori e in quelle amministrative*, in *Incontri di studio dedicati al diritto fallimentare (crisi dell'impresa e procedure concorsuali)*. Quaderno del C.S.M., Roma 1986, II.

<sup>(98)</sup> Non si può non notare come il criterio funzionale di imputazione della responsabilità gestoria, accolto relativamente alla figura dell'amministratore di fatto e indiretto, presenti significativi elementi di contatto con le caratteristiche che connotano la responsabilità in esame:

— entrambe sono tecniche sanzionatorie che individuano quelle funzioni e quei poteri gestori, il cui effettivo esercizio comporta l'estensione di una parte dei doveri e delle responsabilità imposti agli amministratori anche a chi non è tale;

— entrambe si fondano sull'attribuzione di un rilievo decisivo alla fase esecutiva del rapporto, tanto che l'art. 2497 c.c. condiziona l'applicazione della speciale forma di responsabilità prevista *all'effettivo esercizio della direzione e del coordinamento*;

— entrambe valorizzano non il profilo soggettivo, ma il profilo oggettivo dell'attività esercitata.

<sup>(99)</sup> BONELLI, *La responsabilità dell'amministratore di fatto*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 107 ss., in tema di amministratore di fatto; ABRIANI, *Gli amministratori*, cit., *passim*, ove si parla, in una prospettiva marcatamente funzionale, di passaggio dalla responsabilità “degli amministratori” alla responsabilità per “l'amministrazione”; Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, cit. Conf. MAZZONI, *Le lettere*, cit., 157, con riferimento alla responsabilità del *patronnant* nei confronti del garantito.

<sup>(100)</sup> Per la specialità della responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. cfr. Trib. Milano, 28 gennaio 2008, in *Giustizia a Milano*, 2008, 30.

<sup>(101)</sup> Il carattere speciale della responsabilità disciplinata dall'art. 2497, 1 co., c.c. rispetto a quella ritenuta applicabile dalla Suprema corte all'amministratore di fatto dipende dalla diversità delle funzioni, cui è correlato l'obbligo legale.



sce il criterio funzionale di imputazione della responsabilità gestoria <sup>(102)</sup> secondo il quale l'esercizio effettivo del potere di gestire comporta di per sé e in ogni caso — a prescindere dall'esistenza di un'investitura negoziale — l'obbligo di farlo *correttamente, assoggettato alle regole della responsabilità contrattuale* <sup>(103)</sup>.

D'altronde, il diritto societario è caratterizzato dal principio generale della necessaria correlazione fra potere di gestire e obblighi scaturenti dal concreto esercizio dello stesso <sup>(104)</sup>.

### 3.3. Segue: il rapporto diretto fra capogruppo e soci e creditori della dominata.

Le considerazioni appena svolte in relazione al parallelo fra la disciplina dell'art. 2497, 1 co., c.c. e la teoria dell'amministratore di fatto costituiscono lo spunto per compiere un'ulteriore osservazione relativa alla — qui sostenuta — esistenza di un rapporto obbligatorio fra la capogruppo e i soci e creditori della società eterodiretta.

Per negare l'esistenza di quest'ultimo si afferma che la relazione giuridica che si pretende di far derivare dalla formulazione dell'art. 2497, 1 co., c.c. “non si instaurerebbe affatto con i soci di minoranza e con i creditori delle società del gruppo, bensì, se mai, ...con le so-

Nell'ipotesi di amministratore di fatto, le funzioni esercitate coincidono con quelle dell'amministratore di diritto, nel senso che il primo è tale in quanto svolge (in tutto o in parte), in modo continuativo, la medesima attività gestionale dell'amministratore regolarmente nominato; ed incorre, pertanto nella stessa responsabilità. Nell'ipotesi per noi rilevante, invece, le funzioni concretamente esercitate sono solo quelle rientranti nel concetto di direzione e coordinamento delle dominate; ne consegue la configurazione di una responsabilità per inadempimento di un obbligo diverso da quelli imposti agli amministratori, ma comunque contrattuale.

<sup>(102)</sup> D'altronde, nel gruppo di società si assiste a quel fenomeno di dissociazione tra effettivo potere gestionale e formale investitura nel ruolo di amministratore, che giustifica l'applicazione di tale principio funzionale. Il fenomeno del gruppo, identificato dal legislatore della riforma con l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento delle società che lo compongono, sembra costituire una delle possibili forme, in cui si manifesta negli ordinamenti moderni quella che è stata definita la progressiva “diffusione del potere d'impresa” (MONTALENTI, *La traslazione dei poteri di gestione nei gruppi di società: i “managements contracts*, in *Contr. e impr.*, 1987, 436 ss., ripresa da ABRIANI, *Gli amministratori*, cit., 1, relativamente alla figura proprio dell'amministratore di fatto, che del fenomeno suddetto costituisce un'ulteriore forma di manifestazione) al di fuori dei confini formali segnati dal modello legale delle società di capitali (per l'indicazione del gruppo come forma di manifestazione del fenomeno della “diffusione” del potere di impresa cfr. ABRIANI, *Gli amministratori*, cit., 119). Si assiste, cioè, “ad una dislocazione delle funzioni gestorie (o di parte di esse) dall'organo amministrativo a centri di potere formalmente estranei alla struttura dell'ente, con conseguente alterazione dei moduli fisiologici di svolgimento dell'azione collettiva” (ABRIANI, *Gli amministratori*, cit., 1).

<sup>(103)</sup> Il parallelo fra la teoria dell'amministratore di fatto e la disciplina di cui all'art. 2497, 1 co., c.c. è proposto anche in VALZER, *La responsabilità*, cit., 235 ss.

<sup>(104)</sup> Così quasi alla lettera MAZZONI, *Le lettere*, cit., 159, ove a nt. 198.

cietà coordinate e dirette”<sup>(105)</sup>. Ne conseguirebbe l'impossibilità di affermare l'esistenza di una responsabilità da inadempimento della *holding nei confronti, direttamente, dei soci e dei creditori della dominata*, posto che tale istituto è configurabile solo fra debitore e creditore della prestazione.

Una simile obiezione non sembra decisiva a confutare la costruzione qui proposta. A parte quanto si dirà oltre in merito all'applicazione del diritto dell'impresa al gruppo, si è affermato in dottrina che gli obblighi e i doveri cui il *gestore* deve ottemperare nella sua attività — ossia nell'ambito dell'effettivo esercizio dell'impresa — hanno una valenza e una direzione anche esterna, ossia devono ritenersi imposti anche a beneficio di soggetti terzi rispetto al titolare dell'impresa. In quanto tali, gli obblighi ed i doveri gestori sono capaci di far sorgere in capo a chi gestisce una sua diretta responsabilità “verso terzi, i cui diritti o interessi siano coinvolti e incisi dalla gestione dell'impresa”<sup>(106)</sup>.

In relazione alla fattispecie di responsabilità in esame, i soci esterni ed i creditori della dominata sono certamente soggetti qualificabili, da una parte, come “terzi” rispetto al titolare dell'impresa che è la società con cui intrattengono il rapporto sociale o creditorio; e, dall'altra, come titolari di interessi “coinvolti ed incisi dalla gestione dell'impresa”. Peraltro, l'art. 2497, 1 co., c.c. mostra di considerare la capogruppo come un soggetto che, esercitando effettivamente un *potere gestorio*, non può sottrarsi ai conseguenti obblighi e doveri che l'esercizio di tale potere reca *ex lege* con sé<sup>(107)</sup>. Ma allora, poste queste premesse, non pare che sussista alcun ostacolo giuridico a che il legislatore sancisca l'esistenza di un *rapporto obbligatorio diretto* fra la capogruppo ed i soci e i creditori della eterodiretta.

#### 3.4. Il rapporto obbligatorio scaturente dall'art. 2497, 1 co., c.c.

Passando ad esaminare il contenuto del rapporto obbligatorio, se si adotta una nozione di prestazione di tipo “personalistico”, definendola come “un contegno, un comportamento, un'attività perso-

<sup>(105)</sup> SBISÀ, *Sulla natura della responsabilità*, cit., 817.

<sup>(106)</sup> MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino, 2010, 825 ss. Di una possibile “rilevanza esterna” delle regole di condotta degli amministratori, sia pure in un a prospettiva diversa da quella assunta nel testo, parla anche GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 268.

<sup>(107)</sup> MAZZONI, *La responsabilità gestoria*, cit., 829, il quale aggiunge come la norma in esame attesti che i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale da essa evocati discendono dal sistema e debbono essere osservati nella gestione di qualunque impresa.

nale”<sup>(108)</sup> del debitore, non sembrano sussistere ostacoli a qualificare la regola ex art. 2497, 1 co., c.c. come obbligo di *prestazione* e non come obbligo di *protezione*<sup>(109)</sup>.

Quest’ultimo esplica la funzione<sup>(110)</sup> di soddisfare l’interesse a non veder pregiudicati dal comportamento della controparte l’integrità della propria persona e dei propri beni: il c.d. interesse negativo di protezione<sup>(111)</sup>. In pratica, dunque, una responsabilità strutturalmente assimilabile alla responsabilità da inadempimento è chiamata ad assolvere una funzione di tutela dell’“appartenenza” del tutto analoga a quella propria del principio del *neminem laedere*<sup>(112)</sup>.

Ma una simile figura non può essere considerata pertinente in relazione all’obbligo implicitamente ricavabile dall’art. 2497, 1 co., c.c.

In tale disposizione siamo, infatti, in presenza di un rapporto obbligatorio ordinato alla soddisfazione dell’aspettativa dei titolari degli interessi giuridicamente tutelati; e l’aspettativa consiste nell’acquisizione al loro patrimonio dell’utilità prodotta dall’agire altrui, in quanto conforme al contenuto di un obbligo di comportamento (i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale).

Risulta dunque evidente come la responsabilità da direzione e coordinamento costituisca una misura anti-danno volta a tutelare il patrimonio in potenza non il patrimonio in atto, e retta, pertanto, dalla logica della “spettanza”<sup>(113)</sup>: la capogruppo è tenuta ad osservare un determinato *standard* di comportamento, per consentire che siano realizzati gli interessi protetti dall’art. 2497 c.c.

Non è possibile, quindi, richiamare quegli obblighi di protezione

<sup>(108)</sup> NICOLÒ, *L’adempimento dell’obbligo altrui*, Milano, 1936, 94; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, cit., 184-185; SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, 1279-1280; A. DI MAJO, *La responsabilità*, cit., 20 nt. 19. Anche se in riferimento ad una fattispecie diversa da quella analizzata nel testo, riconosce la configurabilità di obbligazioni di comportamento CARIELLO, *Sulla c.d. responsabilità*, cit., 344.

<sup>(109)</sup> Con la precisazione, però, che la prestazione deve essere intesa nel senso chiarito da MAZZAMUTO, *La responsabilità*, cit., 121 ss. Non pare, dunque, che vi sia necessità di ricorrere alla figura molto discussa dell’obbligo di protezione o dell’obbligazione senza obbligo primario di prestazione. Su tale concetto, v. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 154 ss., il quale parla di *Schutzwirkung* nei confronti dei soci di minoranza, in relazione alla responsabilità disciplinata dal nuovo art. 2497 c.c.

<sup>(110)</sup> Tali doveri vengono definiti in ragione dello scopo cui tendono. V. BENATTI, *Osservazioni in tema di “doveri di protezione”*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 1342 ss.

<sup>(111)</sup> CARUSI, voce *Correttezza*, cit., 712; RAAPE, *Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung*, in *Arch. civ. Prax.*, 1932, 222 ss. Sottolinea come gli obblighi di protezione abbiano lo scopo di conservare integra la sfera giuridica di ciascuna parte di una relazione, tutelandola contro possibili invasioni lesive, che l’esistenza di un rapporto rende più agevoli in ragione del contatto sociale, che con esso si realizza, CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., 3 ss.

<sup>(112)</sup> CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., 3 e 5 ss.

<sup>(113)</sup> CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., 3 e 4.

che determinano una “contrattualizzazione” di danni ricadenti nel perimetro funzionale della responsabilità delittuale <sup>(114)</sup>.

Inoltre, la dottrina civilistica ha avuto modo di rilevare che la natura dinamica e complessiva ed il carattere duraturo delle vicende produttrici dei danni rilevanti ai sensi della disposizione in esame mal si conciliano con il connotato di tendenziale immediatezza dell’inadempimento di obblighi di protezione <sup>(115)</sup>.

#### 4. *Il rapporto obbligatorio fra la capogruppo e i soci minoritari e i creditori delle dominate.*

##### 4.1. *Conseguenza della ricostruzione dell’art. 2497 c.c. come disciplina dell’impresa unitaria di gruppo.*

Qualche ulteriore breve osservazione è utile in merito al rapporto obbligatorio ricavabile dall’art. 2497, 1 co., c.c. che si assume intercorrere *direttamente* fra la capogruppo, da una parte, e i soci minoritari e i creditori della eterodiretta, dall’altra <sup>(116)</sup>.

Le difficoltà concettuali a giustificare la scelta compiuta dal legislatore della riforma derivano dalla erronea prospettiva adottata nell’analizzare la disciplina dei gruppi.

Tale riflessione, infatti, viene impostata nella prospettiva della società quale soggetto che esercita l’impresa <sup>(117)</sup>. Il nuovo capo IX non è analizzato come regolamento dell’esercizio, del finanziamento e della responsabilità d’impresa; non è interpretato secondo schemi con-

<sup>(114)</sup> BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 673 ss.; A. DI MAJO, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., 21 ss. V. anche MAZZONI, *Le lettere*, cit., 157, il quale propone una costruzione della responsabilità da gestione di interessi altrui, in chiave contrattuale, nella quale gli obblighi a cui il gestore è sottoposto possono senz’altro configurarsi come obblighi di prestazione.

<sup>(115)</sup> MAZZAMUTO, *Spunti*, cit., 381.

<sup>(116)</sup> Sebbene non si possa parlare, con riferimento alla fattispecie di responsabilità in esame, di superamento della personalità giuridica nel significato che tale espressione ha assunto, tradizionalmente, nella riflessione della dottrina giuscommercialistica (cioè come possibile responsabilità della controllante per i debiti della controllata), tuttavia tale espressione pare poter essere adottata anche in riferimento alla disciplina dell’art. 2497 c.c., in quanto, in sostanza, esso prevede un superamento della distinta soggettività giuridica delle società del gruppo, da un lato, legittimando il potere di direzione e coordinamento della capogruppo; e dall’altro, conferendo ai soci e ai creditori delle eterodirette la legittimazione ad agire direttamente nei confronti della *holding*. V. M. Rossi, *Responsabilità*, cit., 647; NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 399; *ante riforma*, con riferimento alla responsabilità di cui all’art. 3, X co, l. 95/1979, LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1983, 128.

<sup>(117)</sup> P. FERRO LUZZI, *Riflessioni sulla riforma: la società per azioni come organizzazione del finanziamento d’impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 680.

cettuali congrui a questa prospettiva. Al contrario, si prescinde del tutto dall'impresa o se ne postula un rilievo solo sul piano economico.

Così ragionando, tuttavia, si finisce per omettere la considerazione degli interessi coinvolti nell'attività d'impresa, degli strumenti di tutela di cui abbisognano e delle rispettive posizioni dei loro titolari <sup>(118)</sup>.

La prospettiva più corretta dalla quale analizzare la disciplina del capo IX è, invece, quella che porta a considerare il gruppo come una struttura organizzativa per l'esercizio dell'impresa <sup>(119)</sup>. Pertanto, nell'interpretare l'art. 2497, 1 co., c.c. si deve accedere ad una visuale che assuma l'unicità giuridica dell'impresa, pur se frazionata in diversi centri di imputazione delle relazioni <sup>(120)</sup>.

In quest'ottica, può facilmente giustificarsi la costruzione di una relazione obbligatoria diretta fra capogruppo, da una parte, e soci e creditori della dominata, dall'altra, che invece risulterebbe difficilmente spiegabile nell'ambito di un approccio intersoggettivo (che valorizzi il rapporto fra società come distinti soggetti di diritto) <sup>(121)</sup>.

Per pervenire all'equilibrata composizione del conflitto di interesse istituzionalizzato, che la legge delega ha imposto alla normativa delegata, non rileva tanto il rapporto fra le diverse società costituenti il gruppo, ma quello fra quanti risultano destinatari finali dei risultati dell'attività (del gruppo) e coloro che, invece, partecipano, finanziandole <sup>(122)</sup>, a singole fasi di tale attività.

Guardando all'attività d'impresa e ai suoi risultati, il danno è

<sup>(118)</sup> Così quasi alla lettera, M. Rossi, *Responsabilità*, cit., 628.

<sup>(119)</sup> A fronte della pluralità di prospettive sotto cui il fenomeno di gruppo può essere indagato, occorre fare riferimento ai *profili giuridici* dell'impresa economica di gruppo. Così LIBONATI, *Il gruppo*, cit., 178; ID., *Diritto commerciale*, Milano, 2005, 426; per l'espressa qualificazione della responsabilità della capogruppo come *responsabilità d'impresa*, cfr. GAMBINO, *Limitazione di responsabilità, personalità giuridica e gestione societaria*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, 1, Torino, 2006, 48; conf. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate*, cit., 343 e M. Rossi, *Responsabilità*, cit., 643 i quali, senza riferirsi direttamente alla responsabilità, parlano della direzione unitaria come dell'espressione di un potere sostanzialmente imprenditoriale.

<sup>(120)</sup> ABBADESSA, *La responsabilità*, cit., 284, il quale afferma che “al centro della disciplina risarcitoria... viene posto... non più il gruppo inteso nella sua dimensione pluralistica di società distinte soggette ad una direzione comune, bensì il gruppo nella sua dimensione unitaria di impresa organica”. Conf. M. Rossi, *Responsabilità*, cit., 641; GUIZZI, *Eterodirezione*, cit., 449; ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, 1, Torino, 2006, 23. Ma in tal senso v. anche la riflessione di ZOPPINI, *Profili della mutualità di gruppo*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, 1, Torino, 2006, 1093 ss. che attribuisce rilievo al gruppo come impresa unitaria ai fini dell'applicazione della disciplina di cui all'art. 2513 c.c., che prescrive i requisiti gestionali delle cooperative a mutualità prevalente. Da ultimo, per un'impostazione analoga a quella proposta nel testo VALZER, *La responsabilità*, 31 ss. Per un'impostazione contraria, v. MARCHISIO, *I principi*, cit., 92 ss.

<sup>(121)</sup> Tale approccio non consente di avere piena contezza della reale configurazione degli interessi coinvolti nell'attività di direzione e coordinamento.

<sup>(122)</sup> Finanziamento della società che si realizza nella forma della sottoscrizione,

irrilevante per la dominante <sup>(123)</sup> che può esercitare l'eterodirezione in modo dannoso per la singola dominata, perché consegue un risultato positivo a livello di gruppo nel suo complesso; mentre sussiste la necessità di tutelare coloro che misurano l'esito del loro investimento o finanziamento in relazione alla singola entità <sup>(124)</sup>.

Il rifiuto della prospettiva soggettiva consente di sollevare il "velo" costituito dalla società eterodiretta, che occulta quelli che sono i soggetti realmente interessati ad una direzione conforme ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Sulla società controllata, infatti, non si appunta un interesse comune di tutti i soci, posto che taluni perseguono i loro interessi economici in una singola società del gruppo, mentre altri lo soddisfano al suo esterno, tramite la gestione unitaria <sup>(125)</sup>.

A fronte di una simile circostanza, non ha senso insistere nell'interporre — fra la capogruppo e i legittimati attivi *ex art. 2497 c.c.* — la società dominata come autonomo soggetto interessato dalla condotta gestoria della *holding* e dal danno che, eventualmente, ne consegue; e come soggetto, che dovrebbe essere legittimato, in prima istanza, all'esperimento dell'azione di responsabilità <sup>(126)</sup>.

Adottando la prospettiva dell'impresa unitaria di gruppo, si supera il simbolo linguistico della società dominata come autonomo soggetto di diritto e si giustifica agevolmente l'apparente aporia di una relazione obbligatoria direttamente intercorrente fra i suoi soci minoritari e creditori e la capogruppo.

dell'acquisto di azioni o della concessione di credito. A tali forme di finanziamento dell'attività sociale sono legati gli interessi tutelati previsti dall'art. 2497, 1 co., c.c.

<sup>(123)</sup> Che si assume essere controllante della dominata.

<sup>(124)</sup> ANGELICI, *La riforma*, cit., 2006, 208; vedi anche le ulteriori osservazioni di M. ROSSI, *Responsabilità*, cit., 649, il quale afferma che ammettendo un'azione risarcitoria della dominata verso la capogruppo si avrebbe una sorta di autorisarcimento per quest'ultima (per il danno derivante da una condotta alla stessa imputabile).

<sup>(125)</sup> Cfr. ABBADESSA, *La responsabilità*, cit., 283 il quale nota come la previsione di un rapporto diretto fra capogruppo e soci minoritari e creditori della dominata si ottiene un effetto positivo anche per la capogruppo. Questa, infatti, rimane libera di decidere, nell'autonomia delle proprie scelte imprenditoriali, se rimuovere *in toto* il danno arrecato alla società dominata, o, viceversa, limitare il ristoro al solo pregiudizio arrecato ai soggetti esterni al gruppo di comando. Diversamente, imponendo di risarcire per intero la dominata, si sarebbe introdotto un elemento di ingiustificata rigidità nella gestione finanziaria del gruppo; ANGELICI, *La riforma*, cit., 229 ss.

<sup>(126)</sup> Questo ragionamento deve portare alla conseguenza logica di escludere la configurabilità della legittimazione attiva della dominata nei confronti della capogruppo. È questa la conclusione cui pervengono, proprio in base alla valorizzazione della prospettiva dell'impresa unitaria di gruppo — e alla svalutazione della distinta soggettività della dominata — ABBADESSA, *La responsabilità*, cit., 282; TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 44; MAUGERI, *Partecipazione*, cit., 369 nt. 174; M. ROSSI, *Responsabilità*, cit., 648.

4.2. *Tentativo di spiegare in base alle categorie civilistiche la mancata esplicita previsione della legittimazione ad agire per il risarcimento del danno della società dominata.*

Come emerge da quanto fin'ora rilevato, l'art. 2497, 1 co., c.c. fonda una “relazione giuridica” diretta che viene ad instaurarsi, per effetto della norma, fra la capogruppo e i danneggiati dall'eterodirezione, e che costituisce il titolo della pretesa risarcitoria *individuale* tendente alla riparazione dei danni “riflessi” <sup>(127)</sup>. A siffatta relazione, la società dominata rimane estranea, nonostante la stessa sia “soggetto per definizione pregiudicato da un'attività di direzione e coordinamento censurabile ai sensi dell'art. 2497” <sup>(128)</sup>.

Si tratta di capire se, a fronte del silenzio serbato sul punto dalla legge <sup>(129)</sup>, l'eterodiretta possa o meno essere annoverata fra i legittimati attivi all'esercizio dell'azione contro la capogruppo. In merito a tale questione non si ripeteranno le argomentazioni favorevoli <sup>(130)</sup> o contrarie <sup>(131)</sup> già espresse dalla dottrina commercialistica, né le consi-

<sup>(127)</sup> GUERRERA, “*Compiti*”, cit., 513. La soluzione adottata dalla riforma all'art. 2497, 1 co., c.c., quanto ai legittimati attivi all'esercizio dell'azione risarcitoria contro la capogruppo, è simile — a parte la legittimazione attiva della dominata — alla disciplina del diritto dei gruppi tedesco. Il § 317, Abs. 1, AktG. prevede la legittimazione ad esercitare l'azione risarcitoria ai singoli soci della dominata, chiedendo però una prestazione a favore di quest'ultima (quindi essi fanno valere, come sostituti, il danno alle loro società). I soci, inoltre, possono agire anche per il risarcimento del danno che l'eterodirezione ha cagionato direttamente nel loro patrimonio (§ 317, Abs. 1, S. 2). La differenza evidente fra questa disciplina e l'art. 2487, 1 co., c.c. consiste nella legittimazione ai sensi di quest'ultimo di ogni socio di ottenere il risarcimento diretto di un danno (alla redditività e al valore della partecipazione sociale) che incide direttamente sul patrimonio della dominata. Il § 317, Abs. 4, AktG riconosce, poi, il diritto di esercitare l'azione risarcitoria anche ai creditori della dominata, se questa non è in grado di soddisfarli (stessa condizione si ricava nel nostro ordinamento dall'art. 2497, 3 co., c.c.). In relazione alla disciplina tedesca v. RONDINONE, *I gruppi*, cit., 647; VETTOR, § 317, cit., 2966 ss. ove anche un riferimento al § 147 AktG. che per le società ..... prevede limiti molto stringenti per le azioni individuali di responsabilità dei soci.

<sup>(128)</sup> CARIELLO, *Direzione*, cit., 1256; GUERRERA, “*Compiti*”, cit., 513.

<sup>(129)</sup> Si consideri, però, che un'indicazione nel senso di escludere la legittimazione attiva della dominata può trarsi dal fatto che, mentre lo schema di decreto della fine del settembre 2002, prevedeva che l'azione dei soci e dei creditori “non pregiudica il diritto della società al risarcimento del danno ad essa cagionato”; tale riferimento è stato cancellato nel testo definitivo.

<sup>(130)</sup> Nel senso della sopravvivenza del diritto e della legittimazione della società controllata ad agire contro la capogruppo si è espressa la dottrina maggioritaria per l'elencazione della quale v. GUERRERA, “*Compiti*”, cit., 514 nt. 37, ove a pag. 513 ss. anche una approfondita disamina sulla preferibilità di tale tesi; da ultimo anche BUSO-LETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità*, cit., 146. Tale opinione trova un argomento a favore nella soluzione adottata in Germania. Lì, infatti, l'azione ex § 317 AktG spetta anche alla società dominata (v. VETTER, § 317, cit., 2966; RONDINONE, *I gruppi*, cit., 647).

<sup>(131)</sup> La tesi che nega la legittimazione della società eterodiretta è sostenuta, con numerosi argomenti tratti anche dai lavori preparatori, da ABBADESSA, *La responsabilità*, cit., 282; conf. MAUGERI, *Partecipazione*, cit., 272; M. ROSSI, *Responsabilità*, cit., 648.

derazioni fondate sul diritto dell'impresa già svolte al prgr. 4.1. Ci si limiterà, invece, a fornire qualche spunto di natura civilistica, che dia un contributo originale alla discussione, capace (forse) di completare le argomentazioni fondate sulla concezione dell'impresa unitaria di gruppo e di superare le difficoltà ricostruttive opposte ad essa <sup>(132)</sup>.

La tesi che si vuol sostenere è la seguente: la società dominata, pur essendo incontestabilmente lesa da un'attività di direzione e coordinamento abusiva, non può pretendere di essere risarcita dalla capogruppo per l'applicazione del principio c.d. di autoreponsabilità.

Lo spunto di tale conclusione è tratto da una recente decisione delle Sezioni Unite della Cassazione <sup>(133)</sup>, nella quale è stato escluso che una società (*rectius* il curatore) possa agire nei confronti del *coautore* (una banca) *di un unico fatto dannoso* (nella specie, un contratto fonte di una concessione abusiva di credito) come obbligato in solido, poiché gli atti dei suoi amministratori, qualificabili a loro volta come illeciti, sono imputabili alla stessa danneggiata. Pertanto — si conclude — nessun diritto risarcitorio per la società può nascere “da un fatto illecito prodotto anche da attività infedele dei suoi rappresentanti”.

La Corte muove dal tradizionale assunto secondo cui, in virtù del principio di preposizione *ex art. 2049 c.c.* si “imputa il fatto del preposto all'ente a prescindere da ogni giudizio di dolo o di colpa” <sup>(134)</sup>. Così preposto e preponente divengono verso l'esterno *il medesimo responsabile*, ossia rispondono quali autori dell'illecito dovuto alla colpa o al dolo del primo. Fin qui la motivazione della Cassazione non risulta particolarmente innovativa.

Il passaggio maggiormente interessante è, però, quello ove si afferma che il preponente non ha mai il diritto di pretendere *il risarcimento del danno cagionato dal preposto in concorso con un terzo*, proprio per il meccanismo di imputazione, appena descritto, che dal rappresentante risale all'ente e per la conseguente applicazione del principio di *autoreponsabilità*. Secondo quest'ultimo, l'eziologia e la prevedibilità (come parametro della colpa) <sup>(135)</sup> dell'illecito imputabili al danneggiato non comportano come conseguenza la mera sottrazione

<sup>(132)</sup> Vedile riportate in GUERRERA, “*Compiti*”, cit., 513.

<sup>(133)</sup> Cass., SS.UU., 28 marzo 2006, 7029, in *DeG*, 2006, 16.

<sup>(134)</sup> BIANCA, *La responsabilità*, cit., V, 1994, 632.

<sup>(135)</sup> Nella teoria di cui si dà conto nel testo la colpa e la causalità sono concetti come concetti che tendono ad avvicinarsi: la prima si dimostra criterio limitativo della causalità intesa quale nesso condizionale. Nella retta degli innumerevoli eventi sequenziali possibili, la colpa ritaglia il segmento degli eventi *prevedibili* e ne imputa la responsabilità all'autore. L'imputazione consegue non al semplice rapporto condizionale tra gli eventi ma soltanto ad un *nesso di prevedibilità obiettiva e relativa*. Cfr. ORLANDI, *Volenti non fit iniuria*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 336 ss., sulla scorta del COPPA-ZUCCARI, *La compensazione delle colpe*, Modena, 1909, 146; GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: “fatto dannoso e conseguenze”*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 419 ss.; SALVI, voce



di una porzione, di una quantità dal risarcimento dovuto, ma escludono *a priori* la stessa giuridica rilevanza del fatto pregiudizievole: l'autoresponsabilità si risolve nella esclusione del danno irrilevante, ossia della parte di pregiudizio che, in ragione dell'imputabilità al danneggiato, deve necessariamente essere sottratta dal circuito della rilevanza risarcitoria. Ciò in quanto il pregiudizio a sé stessi è incompatibile con l'idea giuridica di danno <sup>(156)</sup>.

Il ragionamento sotteso alla motivazione della sentenza in esame si risolve in una rilettura del principio di autoresponsabilità, cui viene attribuito un contenuto del tutto differente rispetto a quello ricostruito dalla dottrina, che lo ha ritenuto normativamente sancito dall'art. 1227, 1 co., c.c. Quest'ultimo si riferisce al concorso causale del danneggiante e del danneggiato, prevedendo come risultato una *diminuzione* del risarcimento nella misura del contributo imputabile al soggetto leso <sup>(157)</sup>. In base alla principio applicato dalla Suprema Corte, invece, il giudice deve ricostruire l'area della (pseudo-)auto-responsabilità, ossia il segmento del fatto imputabile al danneggiato; se tale area, sotto il profilo eziologico e della colpa, si estende sino all'“intero novero delle conseguenze risarcibili, ...si tratterà di un fatto dannoso irrilevante, dacché esso si risolve in un pregiudizio a sé medesimi”. In altri termini, laddove risulti impossibile ascrivere almeno parzialmente l'illecito al terzo, in quanto esso è indivisibile, allora il danno “riuscirà per logica necessità *integralmente ed elusivamente imputabile al danneggiato*” <sup>(158)</sup>.

Tali argomenti si prestano — verosimilmente — a fondare, in un'ottica civilistica, la tesi che esclude la legittimazione attiva al risarcimento del danno della dominata. Quando gli amministratori della

*Risarcimento del danno*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, 1089 e voce *Responsabilità extracontrattuale*, cit., 1255 ss.; BIANCA, *La responsabilità*, cit., 137.

<sup>(156)</sup> Si tratta di un assunto pacifico in dottrina, per la quale v. RODOTÀ, *Il problema*, cit., 75; ORLANDI, *Volenti non fit*, cit., 339; CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004, 18 ss.

<sup>(157)</sup> Per la ricostruzione del principio di autoresponsabilità in relazione al concorso causale v. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato, I, il fondamento dell'autoresponsabilità per colpa*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, 460 ss.; CAREDDA, *Autoresponsabilità*, cit., 20 ss.; ORLANDI, *Volenti non fit*, cit., 327 ss. (ma proponendo una diversa lettura del principio in esame), ove a pag. 328 nt. 15 ampi riferimenti alla giurisprudenza.

<sup>(158)</sup> I virgolettati sono ripresi da ORLANDI, *Volenti non fit*, cit., 341, il quale propone la revisione del principio di auto-responsabilità rispetto alla concezione della giurisprudenza teorica e pratica dominante, prendendo spunto sia dalla pronuncia citata delle SS.UU., sia dalle tesi proposte dalla civilistica dell'inizio del '900: v. COPPA-ZUCCHARI, *La compensazione*, cit., in part. 151 ss.; PACCHIONI, *Sulla c.d. compensazione delle colpe*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, 1032 ss., il quale afferma proprio che l'indistinguibilità delle colpe e la conseguente unità e compattezza del danno si risolve nell'autosufficienza del fatto imputabile al danneggiato, che appare tutt'uno con il fatto del terzo. Quindi, qualsiasi separazione tra porzione di danno imputabile a sé medesimi e porzione imputabile al terzo risulterebbe arbitraria.

stessa risultino co-responsabili dell'abuso di eterodirezione<sup>(139)</sup> trova, infatti, applicazione il processo ascendente di imputazione della responsabilità alla società per la quale agiscono come preposti (ma il ragionamento non cambia significativamente applicando la teoria dell'organo).

Inoltre, occorre aggiungere che gli amministratori della eterodiretta sono eventualmente responsabili solidalmente con la capogruppo. Ciò significa che l'evento dannoso loro imputabile — e di conseguenza imputabile anche alla società preponente — è, per definizione, *unico*<sup>(140)</sup>. Risulta dunque ricorrere il presupposto dell'applicazione del principio di autoresponsabilità nei termini appena descritti.

Si tratta, tuttavia, di un'argomentazione contraria alla convinzione della dottrina prevalente, la quale, a prescindere dalla configurabilità di un'azione risarcitoria della dominata nei confronti della capogruppo, ritiene comunque esclusa l'imputabilità alla prima della responsabilità per eterodirezione abusiva<sup>(141)</sup>. Convinzione che potrebbe trovare un fondamento nel principio enunciato dalla dottrina tedesca, ad avviso della quale la condotta lesiva dell'organo sociale non è imputabile alla società ove la norma violata (nel nostro caso l'art. 2497, 1 co., c.c.) sia posta proprio a tutela dell'interesse di quest'ultima<sup>(142)</sup>.

#### 4.3. *Il rapporto obbligatorio fra capogruppo e soci della eterodiretta come applicazione della teorizzazione di un dovere di correttezza e buona fede del socio di controllo.*

L'art. 2497 c.c. costituisce l'emersione, a livello normativo, del

<sup>(139)</sup> V. il prgr. a ciò specificamente dedicato.

<sup>(140)</sup> V. quanto si dirà nel cap. Il circa la fattispecie di cui all'art. 2055 c.c. In senso contrario a quanto si dice nel testo non si può obiettare che l'art. 2055 c.c. consente al 2 co. di distinguere l'incidenza causale delle diverse condotte rispetto alla realizzazione dell'evento. Infatti il c.d. *partagemnt* delle diverse serie causali è previsto soltanto ai fini del regresso nel rapporto *interno fra i coresponsabili*, mentre il principio di autoresponsabilità ha riguardo al profilo esterno dell'obbligazione risarcitoria, ovvero al rapporto fra gli autori del danno e il danneggiato, che dai primi pretende di essere risarcito (con la particolarità che qui danneggiato e uno dei danneggianti sono lo stesso soggetto). In altri termini: se la società eterodiretta è responsabile in solido con la capogruppo in cosanguenza del fatto dei suoi amministratori, l'evento dannoso gli è *integralmente coimputabile* nei confronti del danneggiato che — nel caso di specie — coincide con sé stessa. Pertanto non potrà pretendere nemmeno un risarcimento parziale.

<sup>(141)</sup> V., per tutti, G. SCOGNAMIGLIO, *Danno*, cit., 960 ss. A tale esito, però, a ben vedere non perviene nemmeno la sentenza delle SS.UU. citata, date le differenze qualitative che sussistono fra responsabilità ed autoresponsabilità (CAREDDA, *Autoresponsabilità*, cit., 16 ss.).

<sup>(142)</sup> MERTENS, *Die Geschäftsführerhaftung in der GmbH und das ITT-Urteil*, 1979, 470. In senso contrario a tale principio si è, però, pronunciata la menzionata sentenza delle SS.UU., le quali hanno senz'altro riferito il concorso degli amministratori della società alla concessione abusiva del credito da parte della banca alla loro società.

rilievo del principio di correttezza nei rapporti endo-associativi fra il socio di controllo e gli altri soci <sup>(143)</sup>, quale fonte di obblighi di condotta correlati alla situazione concreta e di una conseguente responsabilità per *inadempimento*. Come tale, la disposizione in esame determina un superamento dell'autonomia patrimoniale dei vari centri di imputazione <sup>(144)</sup> ed il venir meno dell'enfaticizzazione del concetto di persona giuridica, di cui è conseguenza l'esclusiva responsabilità dell'ente per l'operato dei propri organi <sup>(145)</sup>. Nel caso di abuso di eterodirezione, la legge configura una relazione giuridica di responsabilità *direttamente intercorrente fra i soci della dominata*, quanto meno nel caso in cui la direzione e coordinamento si fondi su di una partecipazione sociale di controllo. Si realizza, cioè, uno scenario caratterizzato da una “grande offensiva contrattualistica, alla cui stregua la società non serve più, il diaframma della personalità giuridica è squarciato, e l'agone è un agone fra soci...” <sup>(146)</sup>. In pratica, dunque, la nuova disciplina sancisce legislativamente il superamento dello schermo della società eterodiretta come unico centro di imputazione dei diritti e degli obblighi derivanti dall'esercizio dell'attività sociale — rispetto ai soci, mentre il codice civile consente fin dalla sua entrata in vigore il coinvolgimento in responsabilità dei componenti gli organi sociali (v. art. 2395 c.c.) — non solo — come già visto nel prgr. precedente — sul versante della legittimazione attiva alla richiesta di risarcimento, ma anche su quello dell'imputazione della responsabilità <sup>(147)</sup>. Tale soluzione permette di ovviare all'inconveniente di rendere responsabile nei rapporti esterni con i soci minoritari ed i terzi la società eterodiretta, che al contempo è anche la diretta danneggiata dall'abuso di direzione e coordinamento. Il che consente di concludere — in modo direttamente attinente con l'oggetto della presente riflessione — per l'esclu-

<sup>(143)</sup> V. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, 3, Torino, 2006, 74 ss. e 93 ss. il quale tratta proprio del controllo di buona fede sull'esercizio del potere maggioritario, sia sul piano del sindacato di validità delle delibere assembleari, sia su quello della risarcibilità dei danni; U. PATRONI GRIFFI, *Fiduciary duties e gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1994, 911 ss.; M. STELLA RICHTER JR., *Trasferimento del controllo e rapporti tra soci*, Milano, 1996, 271 ss., 276 ss., 286 ss.; GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 156.

<sup>(144)</sup> Così NIUTTA, *La novella*, cit., 405.

<sup>(145)</sup> Che le “visuali organicistiche della società-persona giuridica” abbiano costituito il fondamento del dogma dell'irresponsabilità risarcitoria del socio è affermato con chiarezza da GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 2 e 49, ove a nt. 6 si cita VON GIRKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche rechtsprechung*, Berlin, 1887, 770.

<sup>(146)</sup> BUSSOLETTI, *Le nuove norme*, cit., 310.

<sup>(147)</sup> Conf. GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 318, il quale afferma che a fronte dell'attribuzione di una legittimazione individuale ai soci tendente alla riparazione dei danni riflessi consegue l'estraneità della società dominata (salvo il possibile coinvolgimento derivante dall'art. 2497, 3 co., c.c. sul quale v. ivi nt. 209) sia dal lato attivo che da quello passivo alla relazione di responsabilità.

sione della dominata dal novero dei legittimati passivi all'azione *ex art.* 2497, 2 co., prima parte, c.c.

4.4. *La funzione estensiva della responsabilità ex art. 2497, 1 e 2 co., c.c. come garanzia del soddisfacimento dei creditori sociali della dominata.*

La scelta normativa di espungere la società eterodiretta dal novero dei legittimati attivi all'esercizio della responsabilità *ex art.* 2497, 1 co., c.c., alla quale si è appena cercato di fornire un fondamento giuridico, risulta essere particolarmente penalizzante per gli interessi dei creditori <sup>(148)</sup>.

Nel sancire la risarcibilità a favore dei singoli soci esterni della dominata di un danno che interessa direttamente il patrimonio della loro società (il danno, cioè, alla redditività e al valore della partecipazione sociale), il legislatore deroga — rispetto alla responsabilità da direzione e coordinamento — la regola che limita il diritto al risarcimento del singolo socio al solo pregiudizio “direttamente” arrecatogli <sup>(149)</sup>. La dottrina occupatasi specificamente della questione ha sottolineato che il principio generale ricavabile dall'art. 2395 c.c. discende dal “*sistema societario*” ed in particolare dalle “regole organizzative tese ad imprimere un vincolo di indisponibilità sul patrimonio in funzione del conseguimento dell'oggetto sociale (*Vermögensbindung*)” <sup>(150)</sup>. Più specificamente, al socio *uti singulus* è precluso appropriarsi del valore derivante dalla riparazione del danno al patrimonio sociale, poiché anche quest'ultimo elemento economico positivo è sottoposto alla *Vermögensbindung*. Pertanto, derogando alla regola generale suddetta in nome dell'effettività della tutela dei soci <sup>(151)</sup> nell'ambito dei gruppi, l'art. 2497, 1 co., c.c. determina un sacrificio “degli interessi esterni all'impresa protetti dalla disciplina d'organizzazione del patrimonio e, in primo luogo, dalle regole *sull'integrità del capitale sociale*” (corsivi aggiunti) <sup>(152)</sup>. Se il meccanismo risarcitorio intro-

<sup>(148)</sup> Pare opportuno, in tale passaggio, accogliere l'istanza di quegli autori che hanno ritenuto proficuo nell'esaminare la disciplina del gruppo distinguere la posizione propria dei soci da quella dei creditori, che apparentemente sono invece state accomunate dalla legge in un trattamento unitario. V. G. SCOGNAMIGLIO, *Danno*, cit., 947 ss.

<sup>(149)</sup> PINTO, *La responsabilità*, cit., 925.

<sup>(150)</sup> PINTO, *La responsabilità*, cit., 921; GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 309 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 152 ss.; LIBERTINI-SCOGNAMIGLIO, *Illecito del terzo e legittimazione del socio all'azione risarcitoria*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 405 ss.

<sup>(151)</sup> In particolare sulle ragioni che giustificano il riconoscimento a favore dei soci esterni del diritto al risarcimento di un danno sociale individuale nel gruppo v. WEIGMANN, *I gruppi di società*, cit., 208; GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 316 ss.

<sup>(152)</sup> PINTO, *La responsabilità*, cit., 936.

dotto dalla riforma per il caso di abuso di eterodirezione risulta particolarmente “garantista” nei confronti dei soci della dominata, non altrettanto può dirsi per i creditori della medesima: essi vedono lesa l’integrità patrimoniale della società debitrice per il fatto che ad essa, pur essendo il soggetto leso dalla diminuzione patrimoniale conseguente alla violazione della correttezza societaria ed imprenditoriale, è sottratta la possibilità di beneficiare dell’eventuale risultato utile dell’azione risarcitoria<sup>(153)</sup>. In sostanza alla luce di tali considerazioni si può affermare che i creditori di una società sottoposta a direzione e coordinamento sono soggetti ad un *duplice rischio*: non soltanto quello di subire una lesione dell’interesse all’integrità del patrimonio sociale della loro debitrice in conseguenza dell’attuazione di una attività di direzione e coordinamento censurabile *ex art. 2497, 1 co., c.c.*; ma anche quello di veder menomato il medesimo interesse dal meccanismo risarcitorio predisposto dalla legge a favore dei soci in caso di eterodirezione abusiva.

Tali considerazioni paiono capaci di giustificare il riconoscimento ai creditori della società eterodiretta del diritto di agire non nei confronti di quest’ultima in base al rapporto obbligatorio, ma nei confronti di un insieme di soggetti *terzi* rispetto ad esso. Infatti, dall’art. 2394 c.c. — il quale certamente ha costituito il modello dell’azione a favore dei creditori della eterodiretta — si ricava che il legislatore non consente ai creditori di aggredire il patrimonio degli amministratori al di fuori di una situazione di “sbilancio negativo” (eccedenza delle passività sulle attività, dunque, insufficienza del patrimonio al soddisfacimento dei creditori); il creditore insoddisfatto di una società sana deve, al contrario, limitare le sue pretese al patrimonio sociale<sup>(154)</sup>. Dunque, la legittimazione dei creditori della dominata a pretendere il risarcimento nei confronti di *soggetti diversi dalla debitrice prevista dai co. 1 e 2 dell’art. 2497 c.c.* può essere spiegata in considerazione della possibile duplice lesione all’integrità del proprio patrimonio cui la società dominata può essere sottoposta nel contesto del gruppo. A fronte di ciò, lo “sbilancio negativo” di quest’ultima risulta essere un’eventualità normalmente ricorrente in caso di abuso di direzione unitaria; pertanto il legislatore, pur disponendo la preventiva escussione del patrimonio sociale della propria debitrice (art. 2497, 3 co., c.c.), aggiunge anche la previsione di azioni risarcitorie nei confronti di sog-

<sup>(153)</sup> Ciò a prescindere dal fatto che si ritenga o meno la società eterodiretta legittimata ad agire nei confronti della capogruppo. Anche qualora si ammetta tale possibilità, comunque la società non potrebbe richiedere il risarcimento di quel danno che sia già stato risarcito a favore del socio, posto che un unico danno non può essere risarcito due volte. Così G. SCOGNAMIGLIO, *Danno*, cit., 947 ss.

<sup>(154)</sup> MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 55.

getti estranei al rapporto obbligatorio, nel presupposto che tale escusione risulti infruttuosa.

4.5. *Qualche ulteriore spunto in merito alla capogruppo come destinataria diretta di precetti normativi e come immediato centro di imputazione della responsabilità risarcitoria conseguente alla loro violazione.*

Un supplemento di riflessione merita la scelta compiuta dal legislatore di imputare in via diretta la responsabilità da eterodirezione abusiva alla capogruppo e non a coloro cui spetta la competenza in merito alla gestione secondo il modello organizzativo adottato, ossia ai suoi amministratori <sup>(155)</sup>.

La singolarità dell'imputazione della responsabilità per l'esercizio di un'attività di eterodirezione in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nell'ipotesi in esame deriva dal fatto che il medesimo comportamento è oggetto di una doppia qualificazione. Infatti l'inosservanza dello *standard* prescritto dall'art. 2497, 1 co., c.c. consiste materialmente in atti compiuti dagli amministratori della *holding*, dato che la funzione principale del loro ufficio è quella di dirigere e coordinare le diverse componenti del gruppo <sup>(156)</sup>. Ciononostante, l'abuso di eterodirezione è al contempo fonte della responsabilità dell'ente in posizione apicale e degli autori materiali dello stesso come concorrenti; dunque di due *diverse obbligazioni risarcitorie, anche nel titolo*. Si realizza dunque una "fattispecie pluriascrittiva" <sup>(157)</sup> in base alla quale la condotta antiggiuridica della capogruppo coincide con quella dei suoi amministratori, ma viene "sdoppiata" a livello normativo in modo da integrare due distinte previsioni legislative.

Ne consegue che dal punto di vista fattuale, nel caso in esame "la condotta reale è una sola ed è quella della persona fisica [amministratore] e abbiamo più imputazioni di questa medesima condotta reale

<sup>(155)</sup> Ciò perché tale modello normativo ha diretta attinenza non solo con la ricostruzione della responsabilità di cui al 1 co. dell'art. 2497 c.c., ma anche con l'oggetto principale del presente lavoro, ossia con la fattispecie della responsabilità di "chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo" (art. 2497, 2 co., prima parte, c.c.), entro la quale inevitabilmente devono essere ricondotti gli amministratori della capogruppo. Essi debbono quindi essere perseguiti come meri *partecipi* ad un *fatto altrui* (fra i molti GUIZZI, *Eterodirezione*, cit., 449; da ultimo BUSSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità*, cit., 145 ss.). Per qualche ulteriore considerazione sul coinvolgimento in responsabilità degli amministratori v. cap. II.

<sup>(156)</sup> Prima della riforma esplicitamente in tal senso TOMBARI, *Il gruppo*, cit., 230; dopo la riforma GUIZZI, *Eterodirezione*, cit., 443.

<sup>(157)</sup> GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 6, sebbene in relazione ad un contesto diverso da quello in esame.

a soggetti diversi, quindi la struttura è esattamente opposta a quella del concorso di persone”<sup>(158)</sup>.

Tuttavia, lo schema adottato a livello normativo per sanzionare la capogruppo ed i componenti del suo organo gestorio è quello del *concorso*: l’ente viene perseguito per la violazione dell’obbligazione *ex lege* ricavabile dall’art. 2497, 1 co., c.c., mentre gli amministratori devono rientrare — dato il tenore letterale di quest’ultima disposizione — nell’ampia fattispecie successiva, qualificabile proprio come concorso all’altrui inadempimento.

Il combinato disposto di cui all’art. 2497, 1 e 2 co., prima parte, c.c. è fondato, quindi, su un dualismo di fondo tra gli amministratori, autori materiali dell’illecito, e l’ente per cui agiscono. Ne consegue un rifiuto della tradizionale identificazione dell’ente con i suoi esponenti, secondo i dettami della teoria dell’organo<sup>(159)</sup>, sotto il profilo sia del titolo in base al quale il primo viene reso responsabile dalla legge, sia del procedimento di imputazione dell’illecito. È vero infatti che, applicando la teoria organica, l’atto compiuto nell’esercizio delle funzioni cui gli amministratori sono preposti è direttamente imputabile alla società che ne risponde a tutti gli effetti<sup>(160)</sup>. Apparentemente quindi la responsabilità di cui all’art. 2497, 1 co., c.c. potrebbe essere spiegata anche come applicazione di tale teoria<sup>(161)</sup>. In realtà, però, in termini civilistici, alla qualificazione della responsabilità come organica dovrebbe seguire *la doppia imputazione principale dell’obbligazione al patrimonio sociale ed al patrimonio degli amministratori*<sup>(162)</sup>. Ma ciò non si realizza affatto nel caso del combinato disposto dell’art. 2497, 1 e 2 co., prima parte, c.c., dove *alla responsabilità principale dell’ente al vertice del gruppo si aggiunge quella accessoria e dipendente dei suoi amministratori per aver concorso (id est preso parte) ad un fatto altrui*. La teoria organica, inoltre, si risolve in un meccanismo di imputazione che dall’organo risale all’ente; quindi un meccanismo di imputazione che potremmo definire “ascendente”<sup>(163)</sup>. Nel caso dell’art.

<sup>(158)</sup> PAGLIARO, *In Societas puniri potest*, a cura di PALAZZO, Padova, 2003, 72; MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. e Giust.*, 2001, 8 ss., sebbene entrambi in riferimento alla disciplina della legge 231/2001.

<sup>(159)</sup> Per uno spunto di quanto si afferma nel testo v., sebbene in riferimento alla responsabilità dell’ente ai sensi della l. 231/2001, ROMANO, *Frammenti*, cit., 409 ss.

<sup>(160)</sup> Vittone, *Reati degli amministratori, responsabilità civile della società e diritto di regresso*, in *Società*, 2003, 805.

<sup>(161)</sup> Ovvero l’illecito degli amministratori della capogruppo sarebbe direttamente imputato a quest’ultima, che ne risponderebbe verso i terzi danneggiati.

<sup>(162)</sup> VICARI, *Gli azionisti*, cit., 354.

<sup>(163)</sup> ZAMPERETTI, *La responsabilità di amministratori e capogruppo per “abuso di direzione unitaria”*, in *Fallimento*, 2001, 1162, con riferimento alla possibilità (considerata prima della riforma del diritto societario) di collocare al centro del discorso della responsabilità nel gruppo proprio la *holding* e non i suoi amministratori.

2497 c.c., invece, l'ente pare rispondere per un fatto che, sebbene naturalisticamente realizzato dall'organo, gli è giuridicamente ascritto in via diretta senza la mediazione del rapporto organico; mentre gli amministratori sono sottoposti ad una responsabilità accessoria rispetto a quella dell'ente a titolo di concorso al fatto altrui: ossia in base ad un meccanismo di imputazione "discendente" <sup>(164)</sup>.

Inoltre, la disposizione in esame non riproduce certamente nemmeno il principio *ex art. 2049 c.c.*, dato che una responsabilità basata su esso trova sì origine in due obbligazioni di identico contenuto, ma distinte; ciononostante l'applicazione di tale principio determina l'inversione dell'imputazione della responsabilità principale e di quella secondaria, rispetto a quanto previsto dall'art. 2497 1 e 2 co., prima parte, c.c. <sup>(165)</sup>.

Per spiegare la soluzione in merito alla responsabilità nel gruppo introdotta dalla riforma del diritto societario pare possibile affermare che "non si può escludere, in realtà, che l'ente collettivo possa figurare...come destinatario "diretto" di precetti e direttive tali da consentire la verifica della conformità delle scelte operate al contenuto normativo proprio di questi ultimi". Perché ciò accada, però, è necessario che l'illecito configurabile venga ad "immedesimarsi" con la stessa dimensione collettiva ed "impersonale" dell'ente in quanto tale. A tal fine non può venire in considerazione qualsiasi tipologia di illecito, "bensì modelli di comportamento tali da rendere poco plausibile il ricorso...ad una responsabilità di tipo individuale, essendo in tali casi rilevante il "risultato" complessivamente ricollegabile all'operato dell'organismo societario, e non già un contegno destinato ad attingere il proprio disvalore in sede di ricostruzione delle iniziative proprie di un singolo soggetto autore dell'illecito (e sia pure con effetti suscettibili di ripercuotersi sull'entità collettiva di riferimento)" (corsivi aggiunti) <sup>(166)</sup>.

Ciò trova applicazione specifica anche nella disciplina dell'art.

<sup>(164)</sup> ZAMPERETTI, *La responsabilità*, cit., 1162. In realtà il meccanismo di imputazione scelto dal legislatore per la costruzione dell'art. 2497 c.c. non pare incontrare alcun ostacolo di ordine teorico, come sembrano ammettere sia la dottrina (v. GIUNTA, *Attività bancaria*, cit., 6, che, in relazione alla responsabilità penale dell'ente, afferma come "nulla avrebbe impedito al legislatore di imputare la responsabilità...direttamente all'ente, scavalcando, per così dire, la persona fisica"; ROVELLI, *La responsabilità della capogruppo*, in *Fallimento*, 2000, 1100; MIOLA, *Il diritto italiano dei gruppi*, in *Giur. comm.*, 1996, 1, 418), sia la giurisprudenza proprio con riguardo al gruppo (v. Trib. Milano, 22 gennaio 2001, cit.).

<sup>(165)</sup> Mentre nella disposizione in esame si è più volte rimarcata l'imputazione di una responsabilità principale all'ente, cui accede la responsabilità dipendente ai sensi dell'art. 2497, 2 co., c.c.; in applicazione dell'art. 2049 c.c. l'illecito degli amministratori è imputato in via principale agli stessi e solo in via secondaria alla società (v. sul punto VICARI, *Gli azionisti*, cit., 354).

<sup>(166)</sup> DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 755 ss.



2497 c.c. “L’abuso di direzione unitaria”, infatti, “non dipende per la massima parte da illegittimi desideri di arricchimento personale di chi detiene il potere nella capogruppo, *ma dalla logica del gruppo che tende a concretizzare ricchezza in talune organizzazioni piuttosto che in altre*”. Ne consegue “l’opportunità di affrontare il problema senza soffermarsi su situazioni patologiche determinate dal comportamento illegittimo di uomini, quasi a voler seguire (solo) istanze sanzionatorie verso costoro”; e “di tener (invece) conto della realtà economica del gruppo, *imputando direttamente alla capogruppo il pregiudizio economico che la politica unitaria di gestione abbia arrecato a singole società operanti...*” (corsivi aggiunti) <sup>(167)</sup>. In altri termini, tali rilievi evidenziano che il fenomeno dell’abuso di direzione e coordinamento è connotato da un’elevata complessità a livello “sistemico” nel quale “conta essenzialmente il profilo “oggettivo” delle dinamiche globalmente attivate [dall’] abus[o] riscontabil[e]” <sup>(168)</sup>: non si va a guardare la “mente” o il “braccio” operativo individualmente imputabili, quanto piuttosto *i risvolti economici dell’operazione* <sup>(169)</sup>. Il che pare essere confermato dall’esimente dei vantaggi compensativi prevista a chiusura dell’art. 2497, 1 co., c.c.

Pertanto risulta giustificata una previsione, quale quella in esame, che rende la *holding* destinataria diretta della prescrizione (*id est* dell’obbligazione) in essa contenuta.

Applicando tale ordine di idee, d’altronde, si supera l’iniquità di soluzioni che, facendo perno sulle norme sanzionatorie dell’illecito degli amministratori, finiscono con il rendere questi ultimi “capri espiatori” di abusi perpetrati nell’interesse altrui <sup>(170)</sup>.

<sup>(167)</sup> LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 200 ss.

<sup>(168)</sup> DE FRANCESCO, *Gli enti*, cit., 756.

<sup>(169)</sup> Per uno spunto in tal senso, istituendo un parallelo fra la fattispecie in esame e quella ex art. 5 d.lgs. 251/2001, GALGANO, *Direzione*, cit., 93, il quale parla di illecito commesso dai membri della capogruppo “uti universi”, cioè avvalendosi dell’organizzazione propria dell’ente. L’autore utilizza tale considerazione, però, per pervenire ad esiti non condivisibili (v. oltre, cap. II, prgr. 7.2).

<sup>(170)</sup> PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, 86 ss.; GALGANO, *Direzione*, cit., 93.

## CAPITOLO II

# LA RESPONSABILITÀ ACCESSORIA DI “CHI ABBA COMUNQUE PRESO PARTE AL FATTO LESIVO” (ART. 2497, 2 CO., PRIMA PARTE, C.C.)

SOMMARIO: 1. L'inquadramento sistematico della fattispecie di responsabilità *ex art.* 2497, 2 co., prima parte, c.c. negli schemi generali della responsabilità civile: premessa. — 2. *Segue:* l'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., come applicazione dei principi di cui all'art. 2055 c.c. — 2.1. L'individuazione del medesimo fatto dannoso. — 2.2. *Segue:* la coimputabilità dell'unico fatto dannoso. — 2.3. L'unicità della situazione soggettiva lesa del danneggiato. — 3. Confronto fra l'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. e l'art. 2055 c.c. — 3.1. L'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., come autonoma fattispecie di illecito e non come mera norma di rinvio. — 3.2. La responsabilità di cui all'art. 2497, comma 2, prima parte, c.c. come concorso all'inadempimento. — 3.3. L'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. come norma che dispone la solidarietà dei legittimati passivi direttamente verso i soci della società eterodiretta. — 4. *Segue:* il significato del concetto di partecipazione al fatto lesivo. — 4.1. Gli argomenti interpretativi ricavabili dal diritto penale. — 4.2. ...e quelli ricavabili dal microsistema della responsabilità nel gruppo. — 4.3. Conclusioni. — 5. La causalità nel concorso all'inadempimento. — 6. I criteri soggettivi di imputazione della responsabilità dei concorrenti. — 6.1. Considerazioni generali. — 6.2. L'imputazione della responsabilità per concorso agli amministratori della società eterodiretta. — 6.2.1. *Segue.* — 7. Lo schema normativo recepito nel combinato disposto di cui al 1 e 2 co. dell'art. 2497 c.c. — 7.1. Osservazioni generali. — 7.2. Conseguenze del carattere accessorio della responsabilità *ex art.* 2497, 2 co., prima parte, c.c. — 7.3. La responsabilità speciale nel contesto del gruppo degli amministratori della capogruppo e della società dominata. — 8. L'azione di regresso. — 8.1. Considerazioni generali. — 8.2. *Segue:* il regresso come strumento di tutela dei soci e dei creditori della capogruppo. — 8.3. I profili di applicazione del regresso. — 9. Confronto fra la fattispecie di responsabilità di cui al 1 e 2 comma, prima parte 2497 c.c., al fine di definire l'ambito di applicazione della seconda fattispecie. — 9.1. *Segue:* il rilievo dell'attività per l'applicazione della responsabilità per abuso di direzione e coordinamento. — 9.2. Il significato dell'espressione “esercitando attività di direzione e coordinamento”. — 9.2.1. Il riferimento alla realtà economico-sociale come criterio interpretativo. Gli spunti ricavabili dalla teoria dell'impresa. — 9.2.2. *Segue:* gli spunti ricavabili dagli artt. 2497-*bis* e *ter*. — 9.3. La ricostruzione delle condotte sanzionabili *ex art.* 2497, 2 co., prima parte, c.c. I contributi in fase di elaborazione dell'eterodirezione abusiva. — 9.4. Conclusioni. — 10. Funzione sistematica della responsabilità *ex art.* 2497, 2 co., prima parte, c.c. — 10.1. Considerazioni generali. — 10.2. L'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. come disposizione idonea a sanzionare i concorrenti negli illeciti compiuti nel contesto di un'attività organizzata. — 10.2.1. *Segue:* la responsabilità *ex art.* 2497, 2 co., prima parte, c.c. degli amministratori della capogruppo. — 10.3. L'ulteriore capacità espansiva dell'art. 2497, 2 co., prima parte c.c. — 10.4. La funzione dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. come applicazione dell'art. 2055 c.c. — 10.5. La funzione della norma

in relazione agli autori dell'illecito. — 11. Alcune esemplificazioni in ordine ai possibili legittimati passivi all'azione di responsabilità contro “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo”. — 11.1. La responsabilità dei soci di controllo della dominante: l'influenza extrassembleare. — 11.2. L'influenza assembleare ex art. 2364, n. 5, c.c. — 11.3. L'influenza assembleare informale. — 11.4. L'influenza del socio nella s.r.l. — 11.5. Il criterio di imputazione soggettiva della responsabilità. — 11.6. Conclusioni. — 11.7. La responsabilità da attività congiunta di direzione e coordinamento. — 11.7.1. *Segue*.

1. *L'inquadramento sistematico della fattispecie di responsabilità ex art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. negli schemi generali della responsabilità civile: premessa.*

La disposizione di cui al comma 2°, prima parte, dell'art. 2497 c.c., prevede una fattispecie di responsabilità che è stata appena tratteggiata dal legislatore. Sta all'interprete, pertanto, chiarirne i presupposti ed i limiti di applicazione. Nel far ciò pare proficuo ricorrere, accanto ai criteri ermeneutici prescritti dall'art. 12 disp. prel. c.c. — ossia al significato fatto proprio dalle parole e alla *ratio legis* della norma — all'argomento sistematico. D'altronde la dottrina che si è occupata della responsabilità di “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo” ha valorizzato il collegamento fra la fattispecie prevista dall'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., e l'art. 2055 c.c., affermando che la prima si limita a riprodurre nel microsistema normativo della responsabilità nel gruppo una disciplina analoga a quella contenuta nella disposizione sul concorso nell'illecito civile <sup>(1)</sup>.

Tuttavia, al fine di evitare di incorrere in una inaccettabile precomprensione del dato normativo, occorre verificare tale conclusione.

2. *Segue: l'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., come applicazione dei principi di cui all'art. 2055 c.c.*

2.1. *L'individuazione del medesimo fatto dannoso.*

Seguendo la premessa metodologica appena enunciata, occorre

<sup>(1)</sup> DAL SOGLIO, *Sub art. 2497*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di MAFFEI ALBERTI, III, 2005, Padova, 2335; GIANNELLI, *Covenants finanziari e finanziamento dell'impresa di gruppo in crisi*, in *RDS*, 2009, 619; ALESS. DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 550; FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Società*, 2003, 1203 la quale rileva che essendo espressione di principi generali in materia di responsabilità risarcitoria non vi sarebbe stata la necessità di una specifica disposizione; GNANI, *La responsabilità solidale*, in *Codice civile, Commentario*, Milano, 2005; GUERRERA, “*Compiti*”, cit., 519.

dunque verificare quali siano gli aspetti capaci di giustificare il parallelo — sopra ricordato — che la dottrina istituisce fra l'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. e l'art. 2055 c.c. L'elemento che ha indotto gli interpreti ad accostare la disposizione in esame a quella sul concorso nell'illecito civile è certamente l'imputazione a "chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo" di una *responsabilità solidale* con la capogruppo. Essa, infatti, introduce nell'ordinamento una *ulteriore fattispecie tipica di obbligazione risarcitoria solidale* (2).

La norma in esame, cioè, collega ad *un'ipotesi di fatto l'effetto* della solidarietà come schema per l'attuazione dell'obbligazione risarcitoria, che trova il proprio titolo nel combinato disposto di cui al 1 e 2 co., prima parte, dell'art. 2497 c.c.: qualora vi siano soggetti che possano dirsi aver preso parte al fatto lesivo, questi rispondono in solido — vale a dire in applicazione delle regole di cui agli artt. 1292 ss. c.c. — con la capogruppo.

L'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., dunque, al pari dell'art. 2055 c.c., è norma nella quale la solidarietà viene prevista quale *modalità di adempimento di un obbligo avente natura risarcitoria* (3).

L'applicazione della responsabilità solidale dipende, nella fattispecie in esame, dal fatto che "chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo" concorre alla realizzazione dell'abuso di eterodirezione, sanzionato al comma 1 dell'art. 2497 c.c. Più esattamente ciò a cui i responsabili ai sensi della disposizione in commento "prendono parte" è *l'evento lesivo* degli interessi alla redditività e al valore della partecipazione sociale dei soci e all'integrità del patrimonio sociale dei creditori (4).

A tale conclusione si perviene in base alle seguenti argomentazioni.

L'espressione "prendere parte" indica che le due fattispecie di responsabilità previste al 1 e al 2 co., prima parte, dell'art. 2497 c.c. devono presentare un aspetto comune, condiviso: il concetto di partecipazione, infatti, rimanda inequivocabilmente ad un'entità, cui una

(2) V. per altre fattispecie tipiche analoghe GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 49.

(3) Come risulta incontestabilmente dal fatto che il dettato legislativo contempla la solidarietà proprio come schema attuativo di un'obbligazione che trova il proprio titolo in un fatto illecito (in senso lato) — nel caso in esame costituito dall'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale — e che ha una funzione risarcitoria, ovvero di riparazione di un danno.

(4) In conformità all'elaborazione della giurisprudenza teorica e pratica, per evento lesivo deve intendersi, appunto, l'evento produttivo di danno, legato dal nesso di causalità materiale alla condotta illecita e costituente con quest'ultima il fatto dannoso. Sul punto v. GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 145 e nt. 39 ove ampi riferimenti alla dottrina.

pluralità di elementi può essere ricondotta ad unità (ogni elemento è, cioè, componente di un insieme più vasto che contribuisce a costituire). D'altro canto, però, nella norma di apertura del capo IX è il legislatore stesso a distinguere due diverse fattispecie di responsabilità: la diversità della responsabilità della capogruppo rispetto a quella dei concorrenti all'abuso di eterodirezione è conseguenza imposta dal fatto che esse sono oggetto di due previsioni normative giustapposte. Ne consegue che le ipotesi di responsabilità di cui al 1 e al 2 co., prima parte, dell'art. 2497 c.c. devono avere oltre che un profilo comune, anche un profilo che le differenzi. Pertanto il “fatto lesivo” sanzionato dalle due disposizioni, considerato nella sua interezza <sup>(5)</sup>, non può essere il medesimo.

L'elemento che accomuna le fattispecie in esame è senz'altro l'evento dannoso determinato dall'eterodirezione abusiva, consistente nell'inadempimento dell'obbligo *ex lege* di esercitare l'attività di direzione e coordinamento in modo conforme ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale <sup>(6)</sup>. *La partecipazione al “fatto lesivo” deve quindi intendersi riferita a quest'ultimo*. Quel che consente di considerare i contributi di chiunque “abbia preso parte al fatto lesivo” non come condotte *autonome* <sup>(7)</sup> (autonomamente sanzionabili) e, dunque, come illeciti indipendenti — fra loro e rispetto a quello tipizzato al 1 co. —, ma come componenti di un unico fatto dannoso è la circostanza per cui essi non producono come risultato un evento ingiusto differente, bensì si cumulano e convergono verso la realizzazione di un unico evento dannoso <sup>(8)</sup>.

Ciò premesso, e posto che per i principi civilistici il “fatto lesivo” comprende tanto la condotta illecita quanto l'evento dannoso, l'elemento in base al quale le due fattispecie possono essere distinte deve necessariamente essere individuato nella prima <sup>(9)</sup>. Se anche la

<sup>(5)</sup> Come composto, cioè, da condotta, nesso di causalità ed evento lesivo.

<sup>(6)</sup> Per l'identificazione dell'evento dannoso con l'inadempimento in caso di responsabilità contrattuale — qual è, ad avviso di chi scrive (ma v. anche in senso conforme, seppur incidentalmente la recente sentenza di Trib. Milano, 25/07/2008, in *RDS*: 2009) quella per abuso di eterodirezione — v. ORLANDI, *La responsabilità solidale profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, 132-133; FRANZONI, *Dei fatti illeciti artt. 2045-2059*, in *Commentario al Codice civile Scialoja Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1993, 104-105.

<sup>(7)</sup> V. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 2006, 90, secondo il quale il fatto illecito deve essere la risultante di una cooperazione causale nella produzione di un medesimo *evento lesivo*: se le azioni sono non solo plurime e distinte, ma anche *autonome*, si avranno illeciti distinti e quindi autonome responsabilità.

<sup>(8)</sup> GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 47, in riferimento allo schema dell'art. 2055 c.c.

<sup>(9)</sup> Infatti, laddove il legislatore prevede — in applicazione dei principi di cui all'art. 2055 c.c. — una responsabilità solidale come conseguenza del concorso ad un fatto lesivo unico sia sotto il profilo della condotta (ossia in presenza di atti collegiali)

condotta dei responsabili ai sensi dell'art. 2497, 1 e 2 co., prima parte, c.c. dovesse considerarsi unica, infatti, le due fattispecie di responsabilità previste da tali norme risulterebbero identiche. Ciò contrasterebbe — come appena rilevato — con il chiaro dettato letterale della legge, che le distingue. Pertanto, l'unicità del fatto dannoso — richiesta dall'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., tramite l'utilizzo dell'espressione giuridicamente atecnica di “prendere parte” — va intesa *in senso non assoluto ma relativo*, sicché essa ricorre, “pur se il fatto dannoso sia derivato da più azioni o omissioni... costituenti fatti illeciti distinti, e anche diversi, sempre che le singole azioni o omissioni, legate da un vincolo di interdipendenza, abbiano concorso in maniera efficiente alla produzione del danno...”<sup>(10)</sup>.

Sotto questo profilo, la fattispecie di cui all'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., conferma di essere un'applicazione specifica nel micro-sistema della responsabilità nel gruppo dei principi del concorso nell'illecito civile. La dottrina civilistica che ha esaminato tale istituto, infatti, interpreta il lemma “fatto dannoso” come evento produttivo di danno. A quest'ultimo deve essere riferito il requisito dell'unicità, essendo, invece, del tutto irrilevante che esso sia il risultato di condotte diverse, le quali possono anche violare norme differenti<sup>(11)</sup>.

## 2.2. Segue: la coimputabilità dell'unico fatto dannoso.

La fattispecie dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., prevede anche la *coimputabilità* dell'evento lesivo unico ai diversi legittimati passivi all'esercizio dell'azione di responsabilità, che — assieme all'*unicità* dell'evento dannoso — costituisce uno degli elementi necessari ad integrare la fattispecie prevista dall'art. 2055 c.c.

La co-imputabilità dell'evento lesivo unitario si ricava, in relazione alla fattispecie di responsabilità in esame, proprio dalla lettera della disposizione, la quale prescrive che il costo del danno cagionato ai

sia sotto il profilo dell'evento lesivo non c'è distinzione a livello normativo fra le responsabilità dei co-responsabili (v. artt. 2392 c.c. in caso di amministrazione congiuntiva e 2407 c.c. per la responsabilità dei sindaci).

<sup>(10)</sup> Si applica alla norma in commento la massima ricorrente nella giurisprudenza di legittimità relativa all'art. 2055 c.c. V., per limitarsi solo alle pronunce più recenti Cass., 12 marzo 2010, n. 6041, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 360; Cass., SS.UU., 15 luglio 2009, n. 16503, in *Guida dir.*, 2009, 36; Cass., 8 agosto 2007, n. 17397, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 6. Per una costruzione parzialmente diversa da quella proposta nel testo differisce — elaborata in maniera del tutto autonoma rispetto alla presente — VALZER, *La responsabilità*, cit., 146 ss.

<sup>(11)</sup> GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 145 ss. per la dimostrazione relativa (e la dottrina citata a nt. 47). Pacifica in tal senso anche la giurisprudenza che ammette che la responsabilità solidale in applicazione dell'art. 2055 c.c., possa conseguire a condotte diverse.

soci ed ai creditori della società eterodiretta debba essere ascritto<sup>(12)</sup> ai (*id est* essere imputato, ossia definitivamente ricadere sui) concorrenti, che pertanto sono resi co-responsabili.

Il fondamento di tale co-imputabilità è costituito dalla partecipazione all'abuso di eterodirezione. Quest'ultima, quindi, acquista rilievo non solo — come detto — al fine di evocare il fenomeno del concorso di più condotte illecite verso la realizzazione di un unico evento lesivo, *ma anche quale elemento che fonda la co-imputabilità dello stesso*. Tramite il lemma normativo “prendere parte” il legislatore richiama, dunque, l'elemento del “medesimo fatto dannoso co-imputabile”<sup>(13)</sup> costituente, ai sensi dell'art. 2055 c.c., l'*eadem causa obligandi*, fonte della solidarietà nell'adempimento dell'obbligazione risarcitoria<sup>(14)</sup>.

Tale osservazione risulterà confermata dalla dimostrazione — che si darà di seguito — che l'espressione “prendere parte” va riferita anche alla efficienza causale delle condotte dei concorrenti rispetto al prodursi del fatto illecito previsto al 1 co. Infatti, il nesso causale assolve nel sistema della responsabilità civile la funzione di imputare, di ascrivere al responsabile l'evento lesivo: il problema del nesso di causalità nella produzione di un fatto lesivo è una questione di riferibilità delle conseguenze di un dato evento alla condotta dell'agente<sup>(15)</sup>. Perciò, laddove si provi che tramite il riferimento alla partecipazione all'illecito la norma in esame richiama il concetto di concausazione dell'evento lesivo, risulta ulteriormente provata la possibilità di istituire un parallelo fra l'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. e l'art. 2055 c.c.: come quest'ultimo eleva ad elemento della relativa fattispecie la *co-imputazione* del fatto dannoso a più soggetti; così il fatto dannoso tipizzato al 1 co. dell'art. 2497, c.c. e richiamato dal 2 co., prima parte, c.c. è *co-imputabile* ai responsabili in solido in quanto ciascuno di essi lo ha causato.

<sup>(12)</sup> MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 189, secondo cui il requisito della computabilità di cui all'art. 2055 c.c. va inteso come ascrivibilità dell'evento lesivo.

<sup>(13)</sup> Cfr. ORLANDI, *La responsabilità solidale*, cit., 127 ove si afferma espressamente che il criterio dell'“imputabilità plurisoggettiva” costituisce (in una relazione di specie a genere) il criterio di conformità della fattispecie di responsabilità solidale.

<sup>(14)</sup> GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 46 ss.

<sup>(15)</sup> CORSARO, *L'imputazione del fatto illecito*, Milano, 1969, 68 ove si afferma: “per l'ordinamento il problema della causalità ha nome diverso, quello di « imputazione »”; FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2010, 60, 66; GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 22. E v. anche GUIZZI, *Partecipazioni qualificate*, cit., 256, proprio in riferimento alla fattispecie di cui all'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. ove si afferma — esattamente — che “l'esistenza di un'obbligazione risarcitoria...presuppone che si possa addebitare ad un soggetto la responsabilità del danno cagionato ad altri. Nel nostro ordinamento l'addebito presuppone che il soggetto tenuto al risarcimento abbia *contribuito causalmente alla produzione del danno*” (*rectius* dell'evento); da ultimo VALZER, *La responsabilità*, cit., 126 ss.

### 2.3. *L'unicità della situazione soggettiva lesa del danneggiato.*

Le fattispecie di responsabilità previste ai co. 1 e 2, prima parte, dell'art. 2497 c.c. sono caratterizzate dall'unicità della situazione soggettiva lesa, che in tal caso è espressamente individuata dalla legge: tanto la condotta della capogruppo quanto quella dei concorrenti convergono verso la medesima lesione dell'interesse alla redditività e al valore della partecipazione sociale (rispetto ai soci) e all'integrità del patrimonio sociale (per i creditori).

Ciò costituisce una ulteriore conferma del fatto che il fondamento della responsabilità solidale *ex art.* 2497, 2 co., prima parte, c.c. è l'evento dannoso complesso disciplinato all'art. 2055 c.c. In quest'ultima disposizione, infatti, i diversi contributi dei co-responsabili trovano il loro "criterio di unicità" nell'unica posizione soggettiva offesa dal verificarsi dell'evento lesivo: se il fatto dannoso cui tale norma fa riferimento è da intendersi come medesimo evento e se il significato di quest'ultimo in termini di ingiustizia postula il richiamo al dato della lesione dell'interesse protetto dall'ordinamento — si afferma — "non paiono esservi ostacoli a che, nel nome della medesimezza di quest'ultimo, i più accadimenti siano da riguardarsi anziché *uti singuli*, quali *componenti* di un evento unico" <sup>(16)</sup>.

### 3. *Confronto fra l'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. e l'art. 2055 c.c.*

#### 3.1. *L'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., come autonoma fattispecie di illecito e non come mera norma di rinvio.*

Una volta chiariti i profili che valgono ad istituire un parallelo fra la prescrizione dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. rispetto a quella contenuta nell'art. 2055 c.c., occorre interrogarsi sul perché il legislatore abbia introdotto una disposizione specifica nel microsistema del capo IX, che prescrive la responsabilità solidale. Laddove ci si arrestasse alla constatazione per cui la norma in esame non è che un'applicazione dei principi del concorso nell'illecito civile, infatti, la co-responsabilità in solido di quanti hanno concorso alla realizzazione del fatto lesivo avrebbe potuto essere ricavata dai principi generali in materia di responsabilità civile <sup>(17)</sup>.

<sup>(16)</sup> GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 123.

<sup>(17)</sup> La ricerca che ci si prefigge nel testo è imposta all'interprete anche dal principio ermeneutico secondo il quale occorre preferire interpretazioni che conducano ad attribuire ad una norma una specifica funzione, rispetto a letture tali da indicarne la superfluità.



In verità, la conclusione della dottrina occupatasi dell'inquadramento sistematico della norma che assoggetta a responsabilità “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo” appare soltanto parzialmente condivisibile: se certamente la disposizione in esame risulta essere — come si è tentato di dimostrare sopra — applicazione dei principi generali desumibili dalla disciplina generale del concorso nell'illecito civile, essa presenta, tuttavia, anche un *contenuto precettivo ulteriore* rispetto all'art. 2055 c.c.

Le due disposizioni sembrano adempiere ad una funzione parzialmente differente, già limitandosi a considerare il rispettivo significato letterale. Risulta infatti evidente *prima facie* che l'art. 2055 c.c., — il quale dispone che “Se il fatto dannoso è imputabile a più persone...” — presuppone risolto il problema dell'ingiustizia del danno — ossia del carattere *contra ius e non iure* <sup>(18)</sup> di quest'ultimo <sup>(19)</sup>- cagionato da ciascun soggetto chiamato a risponderne in solido <sup>(20)</sup>. La norma può, infatti, così tradursi: “se per un unico fatto dannoso sussistono più responsabili, questi sono tenuti in solido”. Risulta quindi evidente come l'art. 2055 c.c. non sia, *di per sé, fonte di responsabilità ma solo e soltanto di solidarietà fra corresponsabili. Essa presuppone risolta a monte la questione dell'attribuzione della responsabilità ai concorrenti*, poiché “l'art. 2055... è estraneo al problema dell'illiceità del concorso nel compimento di un danno ingiusto”; il che “vale ad escludere che la responsabilità del terzo « complice » del debitore nell'inadempimento contrattuale si possa fondare *tout court* sull'art. 2055 c.c.” <sup>(21)</sup>.

La dottrina civilistica rileva, infatti, che la co-imputabilità dell'unico fatto dannoso *ex art. 2055 c.c.*, prevista come elemento costitutivo della fattispecie del concorso nell'illecito civile, rimanda ai criteri di imputazione previsti dalle singole fattispecie di responsabilità mono-

<sup>(18)</sup> Nota recentemente SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2004, 34 che in oltre sessant'anni la giurisprudenza ha ricondotto il requisito dell'ingiustizia del danno ad “un doppio stilema”: è ingiusto il danno provocato *sine iure* (senza giustificazione dell'ordinamento) e *contra ius* (lesivo di posizioni protette dall'ordinamento). V. anche Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487.

<sup>(19)</sup> “Solo i danni ingiusti sono risarcibili, l'art. 2045 c.c. indica chiaramente nell'ingiustizia l'unico vero criterio arbitratore dal quale viene fatta dipendere l'allocatione del danno, se il danno cioè debba restare lì dove si è prodotto o invece viene traslato al danneggiante” (SCALISI, *Ingiustizia del danno*, cit., 49). L'ingiustizia quindi si pone quale discrimine fra responsabilità ed irresponsabilità, determinando l'obbligazione risarcitoria.

<sup>(20)</sup> DI MARTINO, *La responsabilità del terzo “complice” nell'inadempimento contrattuale*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1975, 1383 e la dottrina citata *ivi* a nt. 82.

<sup>(21)</sup> DI MARTINO, *La responsabilità del terzo*, cit., 1383 ss., proprio in relazione alla fattispecie del terzo complice nell'inadempimento contrattuale. V. anche GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 81 nt. 241; ORLANDI, *La responsabilità solidale*, cit., 135.

sogettiva. Tale disposizione, cioè, costituisce una norma di mero rinvio a queste ultime: la responsabilità dei concorrenti è il presupposto di applicazione dell'art. 2055 c.c. “e dipende dalla dinamica dell'imputazione prevista nelle singole norme disciplinatrici” delle diverse fattispecie di responsabilità<sup>(22)</sup>. In altri termini l'applicazione della disciplina del concorso nell'illecito civile non elimina né il problema della causalità della condotta del coautore rispetto al fatto dannoso unitario (che dovrà essere accertata in concreto secondo le regole ordinarie in materia); né l'indagine circa la condotta di ogni corresponsabile, che deve risultare illecita secondo le proprie regole di imputazione; né la necessità di accertare che dalla stessa sia derivata la lesione di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (danno ingiusto)<sup>(23)</sup>.

Ciò, peraltro, risulta evidente dalla proposizione ipotetica presente in apertura della disposizione sul concorso nell'illecito civile. In essa si legge, infatti, che più soggetti rispondono del medesimo evento lesivo, in solido, *a condizione che* (“se”) — in base alle singole norme sulla responsabilità — ognuno di essi possa essere considerato responsabile dello stesso.

Quindi la co-obbligazione risarcitoria risulta definita non già dalla sola disposizione dell'art. 2055 c.c., ma da questa unitamente a tutte le norme che descrivono una determinata fattispecie e vi associano una responsabilità risarcitoria<sup>(24)</sup>.

Sotto questo profilo, l'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., presenta un contenuto precettivo sensibilmente differente. Sembra, infatti, sussistere una notevole differenza fra lo statuire che “se il danno ingiusto è imputabile a più persone, tutte ne rispondono” e il disporre che “il danno derivante dalla cooperazione a un evento illecito è di per sé ingiusto, dunque fonte della co-obbligazione risarcitoria”.

L'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., cioè, lungi dal limitarsi a rinviare all'applicazione delle fattispecie di responsabilità monosoggettiva contemplate dall'ordinamento per farne conseguire la solidarietà fra i co-responsabili, *fonda autonomamente l'antigiuridicità* del fatto da essa previsto. La norma, infatti, prevede che la partecipazione all'evento dannoso previsto dal 1 comma è fonte di responsabilità risarcitoria — per di più solidale — per chiunque l'abbia posta in essere. Essa, quindi, non si limita a presupporre, secondo criteri desunti

<sup>(22)</sup> ORLANDI, *La responsabilità solidale*, cit., 135; GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 19; FRANZONI, *L'illecito*, cit., 127.

<sup>(23)</sup> COSÌ FRANZONI, *L'illecito*, cit., 138.

<sup>(24)</sup> ORLANDI, *La responsabilità solidale*, cit., 126, secondo il quale la formula “fatto dannoso imputabile a più persone” non esprime una qualità del fenomeno, ma riassume in termini ellittici tutti i possibili “fatti” generatori dell'obbligo risarcitorio.

*aliunde*, la responsabilità di più soggetti, facendo conseguire al ricorrere di tale condizione di fatto la solidarietà nell'adempimento dell'obbligazione risarcitoria; *ma individua, autonomamente, una nuova ed autonoma fattispecie di responsabilità*. L'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., non è soltanto fonte di solidarietà fra corresponsabili; al contrario è anche — anzi primariamente — norma che introduce nell'ordinamento una nuova fattispecie di responsabilità, che rende civilmente sanzionabile il fatto in essa sussumibile.

Del resto, il contenuto precettivo così ricostruito dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. risulta coerente con la “funzione estensiva” della responsabilità per abuso di eterodirezione prevista al 1 co., che le viene attribuita dalla dottrina commercialistica<sup>(25)</sup>. In quanto disposizione introdotta per consentire una trasmissione concentrica della responsabilità all'interno e all'esterno del gruppo nell'ipotesi di eterodirezione abusiva, essa non può che contenere un'autonoma previsione di illiceità del fatto descritto nella propria fattispecie astratta<sup>(26)</sup>.

### 3.2. *La responsabilità di cui all'art. 2497, comma 2, prima parte, c.c. come concorso all'inadempimento.*

Ciò premesso si tratta di stabilire quale sia l'illecito che la fattispecie di responsabilità in esame consente di sanzionare. A tal fine — ossia per inquadrare dogmaticamente l'illecito sanzionato — assume fondamentale importanza l'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza civilistica sull'interferenza del terzo nell'attuazione del rapporto obbligatorio. Occorre cioè far riferimento a quella che i sostenitori di tale costruzione hanno definita come una delle “mobili frontiere del danno ingiusto”<sup>(27)</sup>.

Si allude alla variegata fenomenologia del “concorso nell'inadempimento”<sup>(28)</sup>, la quale si caratterizza per il fatto che il terzo interviene

<sup>(25)</sup> CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, 57; GIANNELLI, *Covenants finanziari*, cit., 619 ss.

<sup>(26)</sup> DI MARTINO, *La responsabilità del terzo*, cit., 1383, la quale esplicitamente afferma (in un parallelo fra l'art. 2055 c.c. e l'art. 110 c.p.) che una disposizione che assolve una funzione estensiva, facendo cadere sotto la sanzione fatti che altrimenti non sarebbero punibili, *deve individuare essa stessa il titolo di responsabilità comminata*.

<sup>(27)</sup> Il riferimento è naturalmente a GALGANO, *Le mobili frontiere*, cit., 1 ss.

<sup>(28)</sup> Il riferimento sistematico che si richiama non è invece la fattispecie della “lesione del credito”. Essa, nella configurazione assunta allo stato attuale della riflessione civilistica, postula un impedimento di natura esterna, “frapposto dal terzo all'attuazione del rapporto obbligatorio, ...che non incide direttamente sull'attività solutoria del debitore, ma si configura invece nei confronti di essa come una causa estranea” (CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 117) idonea a causare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione del debitore, alla stessa stregua del caso fortuito MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 136). Come tale, infatti, il comportamento del terzo non solo “impedisce

nel rapporto giuridico altrui ed agisce, per così dire, dall'interno di esso, mediante comportamenti "che provocano... l'inattuazione dell'obbligo assunto da parte del debitore" <sup>(29)</sup>.

Sembra, infatti, evidente come la norma in esame persegua come illecito il fatto di qualunque soggetto, al quale sia imputabile un contributo causalmente efficiente alla realizzazione dell'inadempimento dell'obbligazione cui è assoggettata la capogruppo ai sensi della prescrizione implicitamente ricavabile dall'art. 2497, 1 co., c.c. <sup>(30)</sup>. "Chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo", cioè, è assoggettato a responsabilità per aver posto in essere *una delle cause* dell'inadempimento della *holding* consistente nell'esercizio dell'eterodirezione in violazione dei principi di correttezza societaria e imprenditoriale <sup>(31)</sup>.

In base a quanto appena rilevato, pertanto, la norma in esame può essere annoverata fra quelle ipotesi di complicità del terzo nell'inadempimento contrattuale, nelle quali il requisito dell'illiceità del comportamento del terzo e dell'ingiustizia del danno da costui cagionato viene ancorato ad un'esplicita previsione legislativa <sup>(32)</sup>.

l'adempimento, ma preclude altresì l'inadempimento e la responsabilità del debitore" (CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 118; conf. in giurisprudenza da ultimo Trib. Nola, 24 gennaio 2008) che, al contrario, nel caso dell'art. 2497, 1 co., c.c. è espressamente statuita, in *dejure.it*.

<sup>(29)</sup> GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 282.

<sup>(30)</sup> MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., 78, rileva che la complicità possa configurarsi rispetto all'inadempimento di una qualunque obbligazione, anche non avente — come quella riferibile alla capogruppo — fonte contrattuale. Per la ricostruzione dell'art. 2497, 1 co., c.c., come norma dalla quale risulta implicitamente ricavabile un'obbligazione v. cap. I.

<sup>(31)</sup> La complicità nell'inadempimento è una fattispecie di responsabilità civile da considerarsi ormai saldamente radicata anche nella giurisprudenza della Cassazione. Cfr. da ultimo Cass., 10 ottobre 2008, 25016, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 1475; Cass., 3 dicembre 2002, n. 17110, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 2100 la quale afferma che "è configurabile, secondo i principi della tutela aquiliana del credito, il concorso fra l'illecito contrattuale della società e quello extracontrattuale dell'amministratore, o di qualsiasi altro soggetto estraneo al rapporto obbligatorio, il cui comportamento doloso o colposo abbia cagionato o concorso a cagionare l'inadempimento della società" (corsivo aggiunto); Cass., SS.UU., 8 gennaio 1999, n. 108, in *Corr. giur.*, 1999, 173; Cass., 13 gennaio 1996, n. 251, in *Foro it.*, 1996, I, 1279; Cass., 25 giugno, 1993, n. 7063, in *Giust. civ. mass.*, 1993, 1083. Tale giurisprudenza consente di smentire una delle obiezioni che è stata sollevata contro la tesi — sostenuta nel cap. precedente — della natura contrattuale della responsabilità della capogruppo. Si dice: "la previsione (sempre nel comma 2 dell'art. 2497 c.c.) di una serie indeterminata di potenziali responsabili... per aver "preso parte al fatto lesivo" è tipica di una fattispecie di concorso nel compimento di un fatto illecito (SBISÀ, *Sulla natura*, cit., 816). Ma a ciò viene da replicare: nei casi considerati dalla giurisprudenza citata in materia di concorso all'inadempimento, l'affermazione di una responsabilità solidale da parte dei concorrenti non ha certo determinato come conseguenza che si mettesse in discussione la natura contrattuale della responsabilità del debitore.

<sup>(32)</sup> Cfr. al riguardo le fattispecie prese in esame da GALGANO, *Le mobili frontiere*, cit., 17 ss., il quale considera fra queste ipotesi anche le fattispecie di diritto societario di cui all'art. 2394 c.c. (conf. FRANZONI, *L'illecito*, cit., 880; MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 138 ss.; LIBONATI, *Creditori sociali e responsabilità degli ammini-*

Occorre infatti considerare che, secondo i principi generali del sistema della responsabilità civile, non ogni atto dannoso è per ciò stesso ingiusto, per cui la semplice cooperazione al compimento del danno conseguente all'inadempimento del debitore non può essere sufficiente a determinare la co-responsabilità del compartecipe. Mentre per il primo l'imputazione di un illecito deriva direttamente dalla violazione del vincolo obbligatorio cui è soggetto, altrettanto non può valere per la valutazione dell'ingiustizia del danno nei confronti del concorrente, che è estraneo all'obbligazione. Per accertare il presupposto fondamentale della responsabilità civile dell'ingiustizia del danno occorre, quindi, ricorrere ad una valutazione comparativa degli interessi configgenti del danneggiante e del danneggiato, al fine di accertare se il fatto del primo abbia causato la lesione di un interesse giuridicamente rilevante e tutelato dall'ordinamento giuridico<sup>(35)</sup>.

Nel caso della norma in esame, però, tale valutazione comparativa è effettuata già a livello normativo<sup>(34)</sup>.

L'inquadramento della fattispecie ex art. 2497, 2 co., prima parte c.c., nella figura del concorso all'inadempimento conferma che la responsabilità solidale di chi prende parte al fatto lesivo lì prevista dipende dal realizzarsi di un “unico evento dannoso” (presupposto essenziale per la nascita del con-debito risarcitorio ex art. 2055 c.c.<sup>(35)</sup>) rispetto a quello cagionato dall'abuso di eterodirezione (art. 2497, 1 co., c.c.).

Con riferimento a tale fattispecie, la dottrina civilistica afferma, infatti, che “il comportamento del... complice divent(a) rilevante unicamente in concorso con quello del debitore e comunque non mai senza che il debitore non adempia, perché è solo con l'inadempimento del debitore che *nasce il danno per il creditore*”<sup>(36)</sup>. Ne consegue che

*stratori nelle società di capitali, il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA - PORTALE, 3, Torino, 2007, 628) e dell'art. 3 L. amm. Straord. 1979.

<sup>(35)</sup> Così (ossia come valutazione comparativa d'interessi contrapposti) è ricostruito il concetto di ingiustizia del danno a partire da BUSNELLI, *La lesione del diritto di credito da parte di terzi*, Milano, 1964, 84 ss.; RODOTÀ, *Il problema*, cit., 193 ss.; Cass., sez un., 22 luglio 1999, n. 500, cit.

<sup>(34)</sup> Si riprende la spiegazione fornita da JAEGER, “*Direzione unitaria*”, cit., 832 circa la previsione da parte dell'ordinamento di ipotesi tipiche di illeciti extracontrattuali, al fine di confutare le obiezioni tese ad affermare la superfluità di simili previsioni in un ordinamento quale il nostro, nel quale esiste un sistema di illeciti atipici (fondato dalla clausola generale “danno ingiusto” di cui all'art. 2043 c.c.). L'autore sostiene cioè che la previsione di atti e comportamenti tipici come fonti di responsabilità extracontrattuale presenta l'indiscutibile utilità di segnalare all'interprete l'espressione di un giudizio di valore che, lungi dall'essere incompatibili con il principio dell'art. 2043 c.c., riempiono di contenuto la clausola generale del danno ingiusto in esso contenuto, che in quanto tale, altrimenti, dovrebbe essere ricostruita dall'interprete ai fini della sua applicazione pratica.

<sup>(35)</sup> ORLANDI, *La responsabilità solidale*, 123; GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 127 ss.

<sup>(36)</sup> CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 117.

in tale illecito *unico* è l'evento *lesivo* imputabile al debitore e all'eventuale concorrente: esso consiste proprio nell'inadempimento della prestazione dovuta al creditore <sup>(37)</sup>. Poiché il terzo concorrente nell'inadempimento ed il debitore sono co-responsabili per un *unico evento lesivo*, ricorre uno degli elementi della fattispecie dannosa complessa cui il legislatore collega, in applicazione dei principi fissati nell'art. 2055, c.c., la nascita di un'obbligazione risarcitoria solidale <sup>(38)</sup>.

3.3. *L'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. come norma che dispone la solidarietà dei legittimati passivi direttamente verso i soci della società eterodiretta.*

La funzione specifica dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., rispetto alla semplice applicazione dell'art. 2055 c.c., emerge anche da un diverso punto di vista.

In mancanza della previsione in esame, l'interprete avrebbe incontrato delle difficoltà ad affermare la responsabilità solidale con la capogruppo degli eventuali concorrenti all'abuso di eterodirezione. In tal caso, infatti, si sarebbe determinato un contrasto fra l'applicazione alla fattispecie concreta degli istituti della responsabilità civile, da una parte, e dei principi generali del diritto societario, dall'altra.

Applicando il diritto comune, si può configurare la responsabilità di chi abbia preso parte alla violazione dei principi di corretta gestione *sub specie* di concorso all'inadempimento della capogruppo, ai sensi dell'art. 2043 c.c. e — stante il concorso causale alla realizzazione di un unico evento lesivo — dell'art. 2055 c.c. <sup>(39)</sup>. In particolare, i concorrenti alla violazione dell'obbligazione ricavabile dall'art. 2497, 1 co., c.c. devono risarcire il danno alla redditività e al valore della partecipazione sociale ai soci, i quali — come creditori della prestazione avente

<sup>(37)</sup> In questo senso v. FRANZONI, *L'illecito*, cit., 880.

<sup>(38)</sup> Il *leading case* relativo alla condanna del terzo per aver concorso nell'inadempimento del debitore (riguardante la fattispecie della doppia alienazione immobiliare) afferma esplicitamente che "la partecipazione del terzo, estraneo al rapporto contrattuale, alla violazione degli obblighi negoziali commessa da un contraente, comporta la condanna in *solido* di entrambi al risarcimento del danno" (corsivo aggiunto. Cass., 20 ottobre 1985, n. 6160, *Giur. it.*, 1984, I, 1, 439 che richiama Cass., 16 luglio 1956 n. 2720). E v. per la pacifica affermazione della solidarietà nell'obbligazione risarcitoria fra terzo e contraente, sempre rispetto alla specifica ipotesi di doppia alienazione immobiliare, DORIA, *Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale*, Milano, 1994, 173. Cfr. anche la disciplina della responsabilità degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria (la quale prevede, appunto, una responsabilità solidale), ricondotta da alcuni autori proprio alla figura dell'induzione all'inadempimento, che è *species* del *genus* concorso all'inadempimento.

<sup>(39)</sup> Queste sono le norme giuridiche in materia di illecito civile cui la giurisprudenza e la dottrina riconducono la co-responsabilità dei concorrenti all'inadempimento altrui.

per oggetto la corretta gestione societaria ed imprenditoriale — sono i soggetti lesi dall'inadempimento. Così ragionando, sembrerebbe possibile desumere dai principi civilistici una soluzione analoga a quella espressamente prescritta dall'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c.

In mancanza di quest'ultima, però, tale conclusione incontra un ostacolo nei principi del diritto societario. Infatti, suscita molte perplessità la possibilità di ricostruire *in via interpretativa* un obbligo risarcitorio dei concorrenti *a vantaggio dei soci della dominata* per la lesione della redditività e del valore della partecipazione, a causa dell'applicazione del principio generale secondo il quale il danno cagionato al patrimonio sociale dagli amministratori o dai terzi (c.d. danno riflesso per i soci) <sup>(40)</sup> deve necessariamente essere risarcito a favore della società. Tale principio, infatti, si proietta sui singoli elementi costitutivi della fattispecie del concorso del terzo all'inadempimento (che ricorre nel caso in esame), in modo da integrarne il contenuto al fine di salvaguardare i valori societari che vengono in gioco quando il comportamento *contra legem* è parte dell'azione dell'impresa collettiva <sup>(41)</sup>. Perciò, questo principio sembra impedire che il danno alla redditività e al valore della partecipazione sociale possa essere risarcito a favore dei soci piuttosto che alla società eterodiretta. Da qui il contrasto con la soluzione cui conduce l'applicazione del diritto comune.

D'altro canto, la difficoltà dell'interprete a disattendere la regola della risarcibilità al socio del solo danno diretto, in mancanza di uno specifico appiglio normativo, consegue al suo carattere imperativo, che le deriva dall'essere finalizzata alla tutela di interessi di soggetti terzi, quali i creditori sociali, oltre che dall'essere la stessa espressione di "una scelta di vertice del sistema" <sup>(42)</sup>. Ne consegue che, in mancanza

<sup>(40)</sup> In tal senso G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia*, cit., 153; DI GIOVANNI, *La responsabilità*, cit., 36; PINTO, *La responsabilità*, cit., 938; Cass., 3 aprile 1995, n. 3903, in *Società*, 1995, 1544, la quale si è occupata di una controversia proprio concernente il danno arrecato da un terzo alla consistenza patrimoniale e alla redditività, tale da incidere sul valore delle azioni.

<sup>(41)</sup> La responsabilità aquiliana trova applicazione nel diritto societario compatibile con il limite prescritto dall'art. 2395 c.c. (quello del danno diretto) in modo da conciliare l'operare della stessa con le "regole organizzative tese ad imprimere un vincolo di indisponibilità sul patrimonio in funzione del conseguimento dell'oggetto sociale (c.d. *Vermögensbindung*): i valori espressi dal diritto societario non rimangono indifferenti rispetto alla scelta del beneficiario del risarcimento del danno "sociale"". Così PINTO, *La responsabilità*, cit., 915, 921, 927 e *passim*. V. in senso analogo anche ABRIANI, *Gli amministratori*, cit., 118 e GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1991, 450 nt. 257, che sottolineano come il carattere mediato del danno subito dalla dominata ne precluderebbe la risarcibilità ai sensi dell'art. 2395 c.c., espressione in ambito societario della clausola generale di responsabilità extracontrattuale.

<sup>(42)</sup> PINTO, *La responsabilità*, cit., 923 e 928. La dottrina afferma, inequivocabilmente, che "il riferimento ai principi generali... rappresenta un *limite ai poteri interpretativi del giudice*" (corsivi aggiunti) (SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Diritto e società*, 1987,

della specifica statuizione dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., il danno previsto all'art. 2497, 1 co., c.c. sarebbe risultato risarcibile direttamente a favore dei soci da parte della capogruppo<sup>(43)</sup>; e a favore della società dominata da parte dei concorrenti.

Inoltre, stante la diversità del creditore della prestazione risarcitoria nell'uno e nell'altro caso, non si sarebbe potuto ravvisare un vincolo solidale fra i legittimati passivi. L'istituto della solidarietà ricorre, infatti, quando più debitori sono obbligati ad eseguire la medesima prestazione nei confronti di uno stesso creditore, il quale può agire, a propria discrezione, verso ciascuno dei co-obbligati. Ma nell'ipotesi in esame i soci avrebbero potuto esperire l'azione risarcitoria solo verso la *holding*; mentre verso i concorrenti avrebbe potuto agire solo la loro società.

Questa riflessione *per absurdum* consente di concludere, dunque, che la previsione dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. *trova la propria ragion d'essere* (oltre che in quanto già rilevato sopra, anche) *nella necessità di sancire in via normativa la deroga al principio generale ex art. 2395 c.c., così da imporre anche a "chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo" la risarcibilità del danno sociale previsto dall'art. 2497, 1 co., c.c. a favore direttamente dei soci della dominata*. Tale prescrizione determina, inoltre, l'esistenza di più condebitori della medesima prestazione nei confronti di uno stesso creditore (il socio, che abbia subito la lesione *ex art. 2497, 1 co, c.c.*), necessaria a configurare una responsabilità *in solido*.

#### 4. Segue: *il significato del concetto di partecipazione al fatto lesivo.*

##### 4.1. *Gli argomenti interpretativi ricavabili dal diritto penale.*

Il sintagma "prendere parte" costituisce l'elemento costitutivo della fattispecie in esame<sup>(44)</sup>, ossia la fonte della corresponsabilità dei

182). Che i principi generali, fra i quali deve essere annoverata la regola del danno diretto, non possano semplicemente essere disattesi dall'interprete in mancanza di una specifica deroga legislativa pare confermato, inoltre, dal fatto che la riforma ha dovuto sancire in una norma espressa (art. 2497, 1 co., c.c.) la risarcibilità del danno al valore ed alla redditività della partecipazione (che è un danno diretto al patrimonio sociale).

<sup>(43)</sup> Rispetto alla capogruppo, infatti, tale soluzione (derogatoria rispetto al principio ricavabile dagli artt. 2392 e 2395 c.c.) è legittimata proprio dall'esplicita previsione dell'art. 2497, 1 co, c.c.

<sup>(44)</sup> Si può affermare che l'espressione "prendere parte" utilizzata dal legislatore della riforma costituisca il "criterio di conformità" della fattispecie di responsabilità solidale di cui all'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., intendendo per tale l'"elemento essenziale della fattispecie" ovvero il criterio valutativo logicamente necessario per com-



concorrenti accanto alla capogruppo. Si impone, pertanto, di chiarire quale significato debba essere attribuito a tale lemma normativo, definito atecnico da autorevole dottrina civilistica <sup>(45)</sup>.

Come dimostrano gli studi penalistici, il problema della tipizzazione (ossia dell'individuazione) del contributo di *partecipazione* si pone ogniqualvolta il legislatore preveda una responsabilità da concorso, dato che essa, normalmente, è prevista in una fattispecie dai contorni indefiniti, in quanto chiamata ad assolvere una funzione estensiva della punibilità <sup>(46)</sup>. A tale regola non fa eccezione la previsione in esame, che risulta essere stata formulata in termini estremamente ampi e generici, tali da conferire alla norma un'ampia portata applicativa.

Il concetto di illecito civile è scomposto dalla giurisprudenza teorica e pratica negli elementi della condotta e dell'evento dannoso, fra loro legati dal nesso causale (c.d. causalità materiale). Laddove l'evento lesivo previsto dalla norma sia unico, come nel caso della disposizione in esame (v. sopra), le plurime, differenti condotte ad esso collegate danno origine a serie causali convergenti verso lo stesso.

Questo fenomeno della realtà fattuale è stato tipizzato, a livello di costruzione della fattispecie normativa astratta dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., con l'espressione “prendere parte”. I co-reponsabili *partecipano* al fatto lesivo tramite la realizzazione di una con-causa, di una condotta eziologicamente concorrente alla lesione degli interessi dei soci minoritari e dei creditori della società eterodiretta. A livello intuitivo, non si vede, infatti, in quale altro modo debba intendersi il significato del lemma normativo utilizzato dal legislatore, se non come realizzazione di un contributo causalmente efficiente alla produzione dell'evento, che per espressa previsione normativa è unitario <sup>(47)</sup>. Per-

piere il giudizio di conformità o difformità del fatto alla fattispecie. Il criterio di conformità è modo di selezione e combinazione di eventi nell'unico fatto giuridicamente rilevante e quindi di costruzione della realtà normativa. Così in relazione all'art. 2055 c.c. ORLANDI, *La responsabilità solidale*, cit., 127.

<sup>(45)</sup> CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 190.

<sup>(46)</sup> V., per limitarsi ai contributi più recenti PELISSERO, *Il contributo concorsuale fra tipicità del fatto ed esigenze di commisurazione della pena. Paradigmi teorici e modelli normativi*, in *Studi in onore di Marinucci*, a cura di DOLCINI-PALIERO, II, 2006, 1642 ss.

<sup>(47)</sup> Sulla base di quanto fin qui rilevato è possibile affermare che il 2 co. dell'art. 2497 c.c., costituisce una fattispecie nella quale la configurabilità di un evento lesivo unitario, a prescindere dalle diverse teorizzazioni proposte al riguardo dalla dottrina e dalla giurisprudenza civilistica, risulta pacifica, discendendo ciò dall'espressa previsione legislativa. Non mi sembra che l'espressione utilizzata dal legislatore per individuare l'elemento costitutivo della fattispecie di cui al 2 comma (“abbia preso parte al fatto lesivo”) si attagli ai casi che la dottrina civilistica ha considerato problematici al fine di determinare l'esistenza dell'unico fatto dannoso e, quindi, di applicare la responsabilità solidale, cioè quelli in cui si abbiano condotte che danno origine a sequenze causali diverse che si concludono in accadimenti diversi (V. GNANI, *La responsabilità*

tanto, la co-imputazione del medesimo evento di danno e del conseguente onere risarcitorio prevista dalla norma in esame è, in prima istanza, conseguenza della *sua co-determinazione causale*.

Occorre, peraltro, rilevare che l'utilizzo del concetto di partecipazione in funzione della co-imputazione di un determinato evento lesivo unico ad una pluralità di soggetti, se certamente può dirsi atecnico rispetto alla disciplina civilistica, non deve considerarsi tale in relazione al diritto penale, nel quale la figura della *partecipazione concorsuale* è stata oggetto di un approfondito dibattito. Dunque, dal diritto penale è possibile trarre qualche ulteriore indicazione capace di orientare l'interprete nella ricostruzione del lemma normativo utilizzato nell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c.

Nel fare riferimento alla riflessione della dottrina penalistica in merito al concetto di partecipazione<sup>(48)</sup>, si nota come a partire dagli anni '60 del novecento siano state elaborate teorie che propongono delle soluzioni non eziologiche al fine di individuare le condotte atipiche penalmente perseguibili ai sensi dell'art. 110 c.p.: la concorsualità viene ricostruita come fenomeno non necessariamente avente fondamento causale. Più precisamente, sotto l'influenza delle riflessioni svolte dalla dottrina tedesca, numerosi autori sono giunti — sebbene seguendo percorsi argomentativi differenti — alla conclusione secondo la quale le condotte partecipative penalmente rilevanti *non necessariamente debbono aver costituito un antecedente eziologicamente indispensabile al fatto di reato realizzato in concorso*<sup>(49)</sup>.

La dottrina più recente, tuttavia, ha recuperato e riaffermato il concetto di partecipazione come *concorso di cause*<sup>(50)</sup>. Intanto in considerazione del dato normativo recepito nel codice penale: a differenza che

*solidale*, cit., 157). In tale caso, infatti, dove sarebbe la partecipazione al fatto lesivo di cui parla la legge?

<sup>(48)</sup> V. per un'ampia rassegna Coco, *L'imputazione del contributo causale atipico*, Napoli, 2008, 55 ss.

<sup>(49)</sup> Si sta trattando della funzione c.d. di produzione di tipicità svolta dal criterio condizionalistico, vale a dire la funzione di tipizzazione delle condotte penalmente perseguibili a titolo di concorso. V. INSOLERA, *Problemi di struttura nel concorso di persone nel reato*, Milano, 1986, 23 ss.

<sup>(50)</sup> Coco, *L'imputazione*, cit., *passim* e 204 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2003, 553; PELISSERO, *Il contributo*, cit., 1643, il quale afferma che la tipicità del contributo concorsuale non può prescindere dall'utilizzo del parametro causale, il quale è l'unico in grado di assicurare un'imputazione del fatto proprio nel contesto della realizzazione plurisoggettiva, che è il minimo richiesto ai fini del rispetto dell'art. 27, comma 1 Cost. nell'ambito della realizzazione monosoggettiva del fatto. La tipizzazione del contributo concorsuale richiede sempre, cioè, l'individuazione del nesso di collegamento con il fatto; AZZALI, *Concorso di persone. La prospettiva causale*, in *Studi in onore di Marinucci*, II, Milano, 2006, 1351 ss.; più risalenti nel tempo i contributi di DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, 311 ss.; FROSALI, *L'elemento oggettivo del concorso di persone nel reato*, in *Arch. pen.*, 1945, I, 631.

in Germania — ordinamento nel quale le ricostruzioni a-causali della partecipazione hanno avuto origine — in Italia la teoria della *condicio sine qua non* per spiegare la causalità è legge, in forza degli artt. 40 e 41 c.p. D'altro canto, nell'art. 110 c.p., che detta la normativa generale del concorso, “non si aggiunge alcunché di *specializzante* [e dunque di derogatorio] rispetto alle regole dettate per l'esecuzione monosoggettiva”<sup>(51)</sup>. In secondo luogo, poi, la definizione della partecipazione come concorso di cause deve essere preferita in base ad una ricostruzione costituzionalmente orientata del medesimo concetto, che, se inteso in senso a-causale per i partecipi, ma non per l'autore — la cui condotta deve necessariamente essere causale nel senso dell'art. 40 c.p. —, pone seri dubbi di violazione dell'art. 3 della Cost., per il trattamento sanzionatorio più severo, cui i primi vengono ad essere sottoposti<sup>(52)</sup>.

Inoltre, tale tesi ha recente ricevuto l'avallo anche delle SS.UU. della Cassazione<sup>(53)</sup>, le quali hanno confermato proprio l'utilizzo del criterio condizionalistico nell'accertamento e spiegazione del concorso di persone nel reato, così respingendo le teorie — precedentemente recepite anche in giurisprudenza — che propongono delle soluzioni non eziologiche al fine di individuare le condotte atipiche penalmente perseguibili ai sensi dell'art. 110 c.p.

Infine, gli stessi compilatori del codice penale sembrano aver concepito il fenomeno concorsuale alla stregua di un concorso di cause.

In particolare, nella relazione al progetto di codice penale si legge che “il criterio di un'eguale responsabilità per tutte le persone che sono concorse nel reato è in diretta dipendenza del principio (del) concorso di cause nella produzione dell'evento: ...anche nell'ipotesi che il fatto sia stato oggetto di attività di più persone, l'evento deve essere messo a carico di tutti i concorrenti che, *con la propria azione, contribuiscono a determinarlo*”<sup>(54)</sup>. Per concludere che “traducendo in norma giuridica questa realtà di fatto, è dato affermare che le azioni... che sboccano tutte al medesimo risultato, costituito dall'evento debbono essere, per ciò stesso, legate tra loro da un vincolo di solidarietà, per cui non soltanto tutti coloro che le hanno poste in essere debbono

<sup>(51)</sup> Coco, *L'imputazione*, cit., 88, ove a pag. 135 ss. ove un'ampia confutazione degli argomenti che la dottrina contraria ha addotto a favore delle tesi non-causali; AZZALI, *Concorso di persone*, cit., 1350, il quale, ugualmente correla gli artt. citati nel testo con l'art. 110 c.p. per quanto concerne la struttura oggettiva del concorso di persone nel reato.

<sup>(52)</sup> V. Coco, *L'imputazione*, cit., 250-251.

<sup>(53)</sup> Cass., SS.UU., 12 luglio 2005, *Foro it.*, 2005, 86 ss.

<sup>(54)</sup> Rocco, *Relazione al progetto definitivo del Codice penale in Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, vol. V, Roma, 1929, 165.

rispondere dello stesso delitto, ma a ciascuno di essi deve essere attribuita... la responsabilità dell'intero" <sup>(55)</sup>.

In sostanza, dunque, la dottrina penalistica più recente ritiene che la responsabilità a titolo di concorso presuppone:

— che ciascun concorrente “arrechi un contributo personale alla realizzazione del fatto delittuoso”;

— e che dal punto di vista del contributo arrecato, questo debba consistere in una “forma di influsso, pur sempre causale...” <sup>(56)</sup>.

È evidente, dunque, che la riflessione svolta in ambito penalistico induce a ritenere che l'espressione “prendere parte” di cui all'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., si riferisca alle condotte costituenti *un antecedente causale della violazione dei principi di corretta gestione societari e imprenditoriale* <sup>(57)</sup>.

#### 4.2. ...e quelli ricavabili dal microsistema della responsabilità nel gruppo.

Il riferimento dell'espressione “prendere parte” al nesso causale fra le condotte dei concorrenti e l'evento lesivo descritto al 1 co. dell'art. 2497, c.c. sembra confermato anche da un raffronto fra la fattispecie di responsabilità in esame e quella che sanziona i beneficiari consapevoli dell'abuso di eterodirezione. L'elemento che le differenzia <sup>(58)</sup> pare dover essere individuato nel diverso rapporto in cui i rispettivi responsabili si pongono rispetto al compimento dell'abuso di direzione e coordinamento. La responsabilità dei beneficiari deve applicarsi a quanti, limitandosi ad avvantaggiarsi dell'attività di direzione e coordinamento *contra legem* nella consapevolezza del suo carattere abusivo, abbiano tuttavia mantenuto un atteggiamento “in un certo

<sup>(55)</sup> APPIANI, *Relazione al progetto definitivo del Codice penale*, in *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, vol. IV, Roma, 1929, 92.

<sup>(56)</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 461.

<sup>(57)</sup> L'utilizzo della riflessione compiuta dalla scienza penalistica per ricostruire il concetto di partecipazione, cui il legislatore ha attribuito rilievo normativo anche nella fattispecie di cui all'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., non deve essere considerato inappropriato. Intanto perché l'estendibilità di norme di diritto penale per la disciplina dell'illecito civile è pacificamente ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza sotto molteplici profili, fra i quali, il più importante è certamente quello del nesso di causalità con riferimento agli artt. 40 e 41 c.p., che — si è detto — ha un'importanza determinante ai fini della ricostruzione del concetto di partecipazione (fra i molti riferimenti giurisprudenziali v. Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Cass. pen.*, 2009, 1, 69). D'altro canto autorevole dottrina ha riconosciuto che la nozione di concorso di più persone nel medesimo illecito è comune al diritto penale e al diritto civile (CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano-Varese, 1953, 128; CORRADO, *La somministrazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da VASSALLI, VII, Torino, 1954, 241 ss.).

<sup>(58)</sup> Si consideri che le due fattispecie di responsabilità sono distinte dallo stesso legislatore, rendendole oggetto di due previsioni diverse.

senso passivo”<sup>(59)</sup>. Nella fattispecie di chiusura del microsistema della responsabilità nel gruppo manca infatti la previsione, quale elemento costitutivo della fattispecie, di un contributo causalmente efficiente alla produzione del danno da parte del soggetto responsabile<sup>(60)</sup>. È logico allora affermare che tale elemento deve essere compreso nella fattispecie di responsabilità di “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo”, in modo da fondare sullo stesso la distinzione — sancita espressamente dalla formulazione letterale della disposizione — fra le due fattispecie di responsabilità previste dal comma 2 dell’art. 2497 c.c.

D’altronde, in relazione ad un fatto illecito, qual è indubbiamente quello fonte della responsabilità di “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo”, “l’esigenza di uno specifico nesso di causalità tra il fatto e il danno assume un chiaro significato normativo, poiché si deduce da univoche indicazioni del sistema (artt. 40 e 41 del c.p., 1227, I co., 2043 e 2056 c.c.)”<sup>(61)</sup>. È, quindi, naturale che tale elemento valga a caratterizzare tale fattispecie, differenziandola da quella, diversa, prevista dall’ultima parte della medesima proposizione normativa.

Alla luce di ciò risulta confermato quanto già indotto dalla ricostruzione del concetto di partecipazione proposto nel diritto penale: l’espressione “prendere parte”<sup>(62)</sup> *allude ad un contributo causalmente rilevante rispetto alla realizzazione dell’evento lesivo per i soci minoritari e i creditori della società eterodiretta.*

#### 4.3. Conclusioni.

La ricostruzione che si è proposta del lemma normativo “prendere parte” costituisce un’ulteriore conferma della possibilità di considerare la previsione di cui all’art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., come

<sup>(59)</sup> LIBONATI, *L’impresa e le società*, Milano, 2004, 286; GUIZZI, *Partecipazioni qualificate*, cit., 256; ANEGELICI, *La riforma*, cit., 146-147.

<sup>(60)</sup> Si vedrà nel capitolo successivo che la responsabilità di cui all’art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c. è inquadrabile, sistematicamente, entro la figura dell’arricchimento ingiustificato. Ebbene, nel caso dell’arricchimento ingiustificato si afferma che non può riproporsi il requisito del nesso causale, proprio della figura dell’illecito, “perché qui non v’è un fatto che è fonte di obbligazione siccome produttivo di un danno, ma c’è un fatto, l’arricchimento ingiusto, che indipendentemente dal comportamento tenuto dall’agente è fonte di obbligazione” (ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, 379 ove a nt. 34; CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989, 91; da ultimo Cass. SS.UU., 25 novembre 2008, 28042, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 1716 ove si afferma che “impoverimento ed arricchimento non sono in rapporto di causa ed effetto, ma sono entrambi due effetti”).

<sup>(61)</sup> BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit.

<sup>(62)</sup> La necessità di verificare l’esistenza del nesso di causalità fra la condotta del terzo e l’inadempimento è rilevata in varie sentenze che hanno accertato la responsabilità del terzo quale concorrente all’inadempimento fra cui Cass., 3 dicembre 2002, n. 17110, cit.; Cass., 8 gennaio 1999, n. 108, cit.

applicazione specifica, nel contesto della responsabilità nel gruppo, dell'istituto del concorso nell'illecito civile. Interpretando tale espressione nel modo appena suggerito, infatti, si istituisce un perfetto parallelo fra la disposizione in esame e l'art. 2055 c.c., ai fini della cui applicazione — ossia della nascita del condebito risarcitorio — viene riconosciuto un rilievo determinante all'esistenza di condotte che possano definirsi come *con-cause* di un medesimo evento <sup>(63)</sup>.

La Suprema Corte ha, infatti, ripetutamente affermato che qualora l'evento dannoso si ricolleggi a più azioni o omissioni, il problema del concorso delle cause trova soluzione nell'art. 41, c.p. — norma di carattere generale, applicabile nei giudizi civili di responsabilità — in virtù del quale il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute, non esclude il rapporto di causalità fra dette cause e l'evento, essendo quest'ultimo riconducibile a tutte, tranne che si accerti l'esclusiva efficienza causale di una di esse <sup>(64)</sup>. Ne consegue che l'unicità del fatto dannoso richiesta dall'art. 2055 c.c. per l'applicazione di una responsabilità solidale tra gli autori dell'illecito ricorre anche se il fatto dannoso sia derivato da più azioni o omissioni, dolose o colpose, costituenti fatti illeciti distinti, ed anche diversi, *semperché le singole azioni o omissioni abbiano concorso in maniera efficiente alla produzione del danno* <sup>(65)</sup>. La giurisprudenza cioè fa riferimento alla teoria della causalità materiale (cioè a quella che lega condotta ed evento, contrapposta alla causalità giuridica, che collega evento e conseguenze dannose, onde selezionare quelle risarcibili <sup>(66)</sup>), al fine di accertare la computabilità dell'evento lesivo unitario necessaria ad integrare gli estremi del concorso nell'illecito civile <sup>(67)</sup>.

Per quanto si è cercato di dimostrare, un contenuto precettivo analogo è oggetto dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c.

<sup>(63)</sup> Per la dottrina v. GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 153 ss., secondo il quale l'applicazione dell'art. 2055 c.c., non è da discutere nei casi in cui più condotte siano state parimenti efficienti nella produzione dell'evento; TASSONE, *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile*, Napoli, 2007, 413 ss.; ORLANDI, *La responsabilità solidale*, cit., 108-109.

<sup>(64)</sup> Per limitarsi solo alle pronunce più recenti v. Cass. SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576, cit.; Cass., 3 marzo 2010, n. 5057, in *Dir. e giust.*, 2010; Cass., 2 febbraio 2010, n. 2360, in *Dir. e giust.*, 2010.

<sup>(65)</sup> Da ultimo, Cass., SS.UU., 15 luglio 2009, n. 16503, cit.

<sup>(66)</sup> Sulla distinzione v. GORLA, *Sulla cosiddetta*, cit., 406 ss.; BUSNELLI, *La lesione*, cit., 126 ss.; SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da IUDICA-ZATTI, 2005, 169 ss.

<sup>(67)</sup> Così esattamente anche GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 25, il quale a nt. 68 cita Cass., 4 febbraio 1992, n. 1147, in *Foro it.*, I, 2127; Cass., 10 luglio 1991, n. 7680, in *Giust. civ. mass.*, 1991 secondo la quale l'art. 2055, c.c. presuppone che più azioni od omissioni abbiano concorso a cagionare l'evento; in mancanza della dimostrazione di ciò, ossia nel caso di azioni plurime e distinte non può, al contrario, nemmeno sostenersi la presenza di un evento imputabile a più persone.

### 5. *La causalità nel concorso all'inadempimento.*

A fronte della rilevanza che si è ritenuto di dover attribuire al nesso di causalità nell'interpretare la previsione della responsabilità di “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo”, qualche osservazione deve essere dedicata al modo di intendere tale elemento dell'illecito, anche in considerazione del fatto che lo stesso è stato recentemente oggetto di una specifica pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione<sup>(68)</sup>. In tale sentenza si è rilevato che “nel macrosistema civilistico l'unico profilo dedicato al nesso eziologico, è previsto dall'art. 2043 c.c., dove l'imputazione del “fatto doloso o colposo” è addebitata a chi “cagiona ad altri un danno ingiusto”, mentre un'analogia disposizione non è richiesta in tema di responsabilità cd. contrattuale o da inadempimento, perché in tal caso il soggetto responsabile è, per lo più, il contraente rimasto inadempiente, o il debitore che non ha effettuato la prestazione dovuta. Questo — prosegue la Cassazione — è uno dei motivi per cui la stessa giurisprudenza di legittimità, partendo dall'ovvio presupposto di non dover identificare il soggetto responsabile del fatto dannoso tramite il criterio di imputazione oggettivo del nesso eziologico, si è limitata a dettare, in caso di applicazione dell'art. 1218 c.c., una serie di soluzioni pratiche, caso per caso, senza dover optare per una precisa scelta di campo, tesa a coniugare il “risarcimento del danno”, cui è dedicato l'art. 1223 c.c., con il rapporto di causalità”.

Tuttavia, le Sezioni Unite hanno anche notato che in alcune ipotesi particolari in cui l'inadempimento dell'obbligazione è imputabile al fatto illecito del terzo — così come si ritiene anche in relazione all'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. —, il problema della causalità è stato affrontato dalla giurisprudenza, sia sotto il profilo del rapporto tra comportamento ed evento dannoso, sia sotto quello tra evento dannoso e conseguenze risarcibili.

Tale rilievo rende utile il tentativo di individuare come debba essere ricostruito il nesso causale fra la condotta di “chi abbia comunque preso parte” all'evento lesivo per i soci e i creditori della dominata e l'inadempimento imputabile alla capogruppo.

Le sentenze pronunciate in relazione ad ipotesi di concorso nell'inadempimento — richiamate nella citata pronuncia delle Sezioni Unite — hanno affermato che l'apprezzamento della sussistenza della partecipazione del terzo richiede un esame rigoroso del nesso di *causalità adeguata* tra il danno al creditore ed il comportamento del terzo stesso<sup>(69)</sup>.

<sup>(68)</sup> Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576, cit.

<sup>(69)</sup> Cass., 8 gennaio 1999, n. 108, cit.; Cass., 3 dicembre 2002, n. 17110; Cass., 23 febbraio 1978, n. 909, *Resp. Civ. e prev.*, 1978, 869.

Si tratta, peraltro, di un orientamento che trova una conferma a livello generale — ossia a prescindere dalla considerazione della fattispecie del concorso all'inadempimento — nella già citata decisione delle Sezioni Unite. In essa si è rilevato che, per accertare la causalità materiale nell'ambito della responsabilità aquiliana, non è sufficiente accertare che un evento non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della *condicio sine qua non*), essendo inoltre necessario, all'interno delle serie causali così determinate, dare rilievo a quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l'evento causante non appaiano del tutto inverosimili, ma che si presentino come effetto non del tutto imprevedibile (principio della c.d. causalità adeguata o della c.d. regolarità causale) <sup>(70)</sup>.

Pertanto, applicando tale principio di diritto alla fattispecie che ci riguarda, il terzo complice deve essere considerato co-responsabile con la capogruppo inadempiente soltanto delle conseguenze della sua condotta, che appaiono sufficientemente prevedibili al momento nel quale ha agito, escludendosi in tal modo la responsabilità per tutte le conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili <sup>(71)</sup>.

Il principio di diritto enunciato dalle SS.UU. sembra suggerire, inoltre, la necessità di ricorrere, a quello che è stato definito un “precedimento a più stadi, di cui il primo è il momento naturalistico della *condicio sine qua non*, e il secondo quello della probabilità generica con esclusione del fortuito, mentre il terzo momento...è quello in cui i criteri [causali] si diversificano, secondo la natura dell'illecito” e le circostanze concrete del caso, ovverosia il tipo di condotta e degli eventi dannosi <sup>(72)</sup>.

<sup>(70)</sup> Conf., fra le molte, Cass., 30 ottobre 2009, n. 23059, in *Dir. e giur.* 2009; Cass., 11 giugno 2009, n. 13530, *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1779. Oltre ad essere la tesi dominante anche in dottrina circa la ricostruzione del nesso causale in ambito civilistico (cfr. ampiamente TARUFFO, voce *Prova scientifica* (*Dir. Proc. Civ.*), *Enc. Dir. Annali*, II, 1, Milano, 2008, 965 ss.) tale concezione della causalità è stata accolta in relazione all'illecito dell'induzione all'inadempimento (che si è detto essere una specie della fattispecie della complicità all'inadempimento del debitore e quindi certamente riconducibile entro la previsione di cui all'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c.) in ZICCARDI, *L'induzione*, cit., 229 ss.

<sup>(71)</sup> In merito alle modalità con le quali si deve compiere il giudizio di adeguatezza, se cioè con valutazione *ex ante*, al momento della condotta, o *ex post*, al momento del verificarsi delle conseguenze dannose, si ritiene che la prevedibilità obiettiva debba essere accertata *ex ante*, nel momento in cui la condotta è stata posta in essere. Deve, cioè, essere applicata una “prognosi postuma”, nel senso che si deve accertare se, al momento in cui è avvenuta l'azione, fosse del tutto imprevedibile il verificarsi di una data conseguenza. V. Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576 cit. Ciò che rileva è che l'evento sia prevedibile non da parte dell'agente, ma (per così dire) da parte delle regole statistiche e/o scientifiche, dalla quale prevedibilità discende da parte delle stesse un giudizio di non improbabilità dell'evento.

<sup>(72)</sup> Conf. ZICCARDI, *L'induzione*, cit., 224 e 229 ss. con specifico riferimento all'illecito d'induzione all'inadempimento. Peraltro l'impossibilità di ricostruire una teoria unitaria del nesso causale a fronte di categorie di illeciti (penali, civili, dolosi, colposi,



Ciò è plausibile in relazione alla fattispecie della complicità nell'inadempimento, che, lungi dall'identificare un'autonoma figura di illecito dai contorni sufficientemente definiti, rappresenta una locuzione riassuntiva di diverse fattispecie, espressione di problemi ben diversificati fra loro <sup>(73)</sup>.

È pertanto necessario distinguere all'interno della fattispecie di illecito appena menzionata due ipotesi.

In relazione a quella nella quale la condotta del concorrente consiste in un contributo alla produzione dell'inadempimento in fase di *elaborazione* dell'attività di direzione e coordinamento pregiudizievole, si può individuare — in quello che le SS.UU. definiscono il terzo stadio del giudizio di causalità — un criterio più idoneo ad assolvere la funzione di guida nel giudizio sull'esistenza del nesso di causalità rispetto al generico riferimento alla probabilità <sup>(74)</sup>. Al fine di accertare se il contributo del concorrente alla formazione dei processi decisionali all'interno del gruppo rilevi quale con-causa dell'inadempimento dell'obbligazione *ex lege* ricavabile dall'art. 2497, 1 co., c.c., oppure se si debba riconoscere valore interuttivo del nesso causale alla volontà autonoma della capogruppo di non conformarsi allo *standard* di comportamento costituito dai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, il criterio da utilizzare potrebbe consistere nel valutare la diversa incidenza della condotta del terzo sul “*rischio*” cui sono esposti i creditori e i soci della dominata <sup>(75)</sup>. Più specificamente, si deve tener presente che questi ultimi — così come qualunque creditore a fronte di una qualsiasi obbligazione — sono comunque esposti al rischio della mancata attuazione della prestazione oggetto dell'obbligazione *ex lege* imposta alla capogruppo. Tuttavia, il concorrente, a seconda dell'influenza esercitata sulle determinazioni della *holding* —

oggettivi) che presuppongono criteri di attribuzione della responsabilità affatto differenti è già da tempo stata rilevata da TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 39 ss.

<sup>(73)</sup> A. DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 2003.

<sup>(74)</sup> Nota TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 41 nt. 58, che il criterio della probabilità trova il suo grave limite nel fatto che esso è in realtà null'altro che una veste formale la quale “si presta ad essere elasticamente adattat(a) a giustificare soluzioni già raggiunte per intuizione”, incapace quindi di fornire un parametro di giudizio che serva da guida all'interprete.

<sup>(75)</sup> Si tratta di un criterio che la dottrina ha proposto proprio al fine dell'accertamento del nesso causale nei casi di complicità all'inadempimento e in particolare in quelli d'induzione: in entrambi i casi si tratta di accertare se la scelta del debitore inadempiente costituisca una causa da sola sufficiente a determinare l'evento lesivo, così escludendo l'efficienza eziologica del contributo del concorrente. V. DI MARTINO, *La responsabilità del terzo*, cit., 1402, ss.; VERDE, *Note in tema di responsabilità del terzo per induzione all'inadempimento*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 440 ss., entrambi sulla base dell'elaborazione di TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 39 ss. Per maggior precisione, si deve anche aggiungere che si tratta di un criterio di spiegazione del nesso di causalità proposto come correttivo della teoria della *condicio* anche dalla dottrina penalistica (Coco, *L'imputazione*, cit., 13 ss.).

ossia degli amministratori, che agiscono per essa —, può determinare un corrispondente aumento della probabilità che si verifichi l'inadempimento e quindi un aggravamento del rischio cui è esposto il creditore <sup>(76)</sup>. Ricorrendo tale evenienza, *può dirsi esistente il nesso di causalità fra il contributo del concorrente e l'inadempimento* <sup>(77)</sup>.

Nelle ipotesi, invece, in cui sia posto in essere un contributo in fase di *attuazione* della direttiva pregiudizievole, la condotta del concorrente rileva come fonte di responsabilità risarcitoria qualora essa possa essere considerata condizione indispensabile per la realizzazione dell'evento lesivo, unitamente alla direttiva abusiva della capogruppo; cosicché l'accertamento del nesso di causalità dipende semplicemente dall'applicazione del criterio naturalistico della *condicio sine qua non* (o meglio della teoria, che costituisce la versione corretta di quest'ultima, della causalità adeguata).

## 6. *I criteri soggettivi di imputazione della responsabilità dei concorrenti.*

### 6.1. *Considerazioni generali.*

L'ulteriore problema che l'esegesi della formula assolutamente generica utilizzata dall'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., ("prendere parte") pone consiste nello stabilire se la semplice partecipazione sia di per sé sufficiente quale fonte di responsabilità dei concorrenti, co-obbligati in solido con la capogruppo.

Tale problema non può essere risolto valorizzando l'inquadramento sistematico della fattispecie di responsabilità di "chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo" entro lo schema del concorso del terzo all'inadempimento, a causa dell'incertezza che sussiste circa la sua qualificazione giuridica come responsabilità contrattuale o extracontrattuale; ed inoltre, a causa del fatto che — come già rilevato —

<sup>(76)</sup> Risulta evidente da quanto affermato nel testo che il criterio del rischio vietato (v. nt. precedente) opera una concretizzazione del criterio generico della probabilità in relazione alle singole ipotesi di illecito (TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 47). Inoltre, tale criterio appare particolarmente proficuo nei casi, quali quelli in esame, in cui l'illecito sia connesso all'inadempimento di un'obbligazione, nelle quali è estremamente agevole l'individuazione del rischio vietato.

<sup>(77)</sup> Tale criterio sembra essere respinto da VALZER, *La responsabilità*, cit., 151, il quale individua il coefficiente minimo della compartecipazione nella semplice *condicio sine qua non*. La conclusione dell'autore non pare però condivisibile per quanto si dice nel testo con riferimento alle ipotesi di partecipazione sotto forma di elaborazione dell'attività di etero-direzione abusiva. Ciò perché proprio il criterio del "rischio" è stato specificamente adottato in relazione alla fattispecie dell'induzione all'inadempimento, di cui il concorso, quale quello ex art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. costituisce una *species*, (ed in generale v. la pronuncia della Cassazione a SS.UU. più volte citata).

l'espressione complicità nell'inadempimento, più che un'autonoma figura di illecito dai contorni sufficientemente definiti, rappresenta una locuzione riassuntiva di diverse fattispecie, espressione di problemi ben diversificati fra loro. Occorre pertanto prestare attenzione a non generalizzare regole valide solo in relazione ad ipotesi specifiche.

Limitandoci, per il momento, a considerare il concorso del terzo come fonte di una responsabilità extracontrattuale <sup>(78)</sup>, occorre ripetere che nell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., la partecipazione intesa come convergenza dei contributi causali di terzi alla realizzazione dell'inadempimento dell'obbligazione *ex lege* implicitamente ricavabile dall'art. 2497, 1 co., c.c. costituisce l'elemento normativamente utilizzato per fondare, sotto il profilo oggettivo, la co-imputazione di tale evento lesivo.

Ciò, tuttavia, non è sufficiente a determinare la co-responsabilità dei concorrenti. Infatti, nel sistema della responsabilità extracontrattuale, l'imputazione del danno non si risolve mai nella sola esistenza del rapporto di causalità (che è elemento oggettivo di ascrizione del fatto lesivo all'agente), ma presuppone sempre la presenza di un criterio *soggettivo* di imputazione, oltre che la lesione di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (danno ingiusto) <sup>(79)</sup>. In particolare, a fronte di un illecito, il criterio di imputazione soggettiva assolve la funzione di stabilire quale segmento di una certa catena causale debba ritenersi rilevante ai fini della responsabilità, consentendo di individuare il soggetto tenuto a sopportare il costo del danno ingiusto <sup>(80)</sup>.

Rispetto all'individuazione di tale elemento, non pare che si possano trarre indicazioni dal tenore letterale della disposizione in esame, in quanto:

— o si ritiene che essa si limiti a disciplinare esclusivamente il profilo oggettivo dell'illecito del terzo concorrente, ossia la condotta, che può essere omissiva o commissiva purché causalmente efficiente alla realizzazione dell'evento lesivo. La disposizione, infatti, non contiene nessuna indicazione esplicita relativa al profilo soggettivo della fattispecie;

<sup>(78)</sup> Che è la conclusione cui perviene unanimemente la giurisprudenza ed anche parte della dottrina (GALGANO, *Le mobili frontiere*, cit., 14 ss.; ZICCARDI, *L'induzione*, cit., 374; FRANZONI, *L'illecito*, cit., 882; MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 140).

<sup>(79)</sup> FRANZONI, *L'illecito*, cit., 127; A. DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 189, il quale esplicitamente afferma che “in pressoché tutti gli ordinamenti vige la regola *responsabile* di esso, ma occorre che ricorrano *particolari presupposti* o *circostanze* che servono a “individualizzare” il giudizio di responsabilità.

<sup>(80)</sup> Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576, cit.; e già GORLA, *Sulla cosiddetta*, cit., 412 ss.

— oppure si interpreta il sintagma normativo “comunque preso parte” come riferito non soltanto alla condotta concausa della violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, ma anche all’elemento soggettivo dell’illecito. In altri termini si può ritenere che l’avverbio “comunque” utilizzato dalla lettera dell’art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. si riferisca non solo alla configurazione oggettiva della partecipazione del terzo (ossia debba essere inteso nel significato di “qualsivoglia comportamento”), ma anche alla sua qualificazione soggettiva (colpa o dolo) <sup>(81)</sup>.

In base ad un’interpretazione letterale dell’espressione utilizzata dal legislatore, sembra da preferire la prima opzione, posto che di per sé l’avverbio “comunque” è posto in relazione all’espressione “abbia preso parte”, in modo tale da riguardare solo il possibile atteggiarsi della condotta dei corresponsabili.

Comunque, a prescindere da quale sia l’opzione interpretativa preferita, la determinazione in concreto degli elementi costitutivi della fattispecie in esame è lasciata all’interprete, che dovrà individuare non solo quale sia la condotta suscettibile di costituire una partecipazione all’abuso di eterodirezione, ma anche il criterio *soggettivo* di imputazione della stessa all’autore materiale.

Per determinare quest’ultimo elemento, a fronte del silenzio dell’art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., la soluzione più opportuna sembra essere quella del rinvio *alle regole sull’elemento soggettivo prescritte dalle fattispecie risarcitorie generali applicabili ad ogni singolo soggetto che materialmente abbia concorso all’inadempimento della capogruppo*.

In sostanza, per quanto concerne la determinazione del criterio di *imputazione soggettiva* della responsabilità da concorso all’inadempimento *ex art. 2497, 2 co., c.c.*, dovrebbe valere lo stesso principio che la dottrina ha avuto modo di affermare in relazione alla fattispecie di cui all’art. 2055 c.c.: quello dell’*equivalenza dei criteri di imputazione*. Ciò significa che l’art. 2497, 2 co., c.c. deve essere considerato, sotto questo profilo, come norma di mero rinvio, la quale, non indicando un preciso criterio di imputazione soggettiva dell’evento, si limita a richiamare quelli contemplati *aliunde* (artt. 2043 ss. e 1218 c.c.) <sup>(82)</sup>.

<sup>(81)</sup> La formula dell’art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. potrebbe quindi risciversi così: “chi abbia preso parte al fatto lesivo, con un’azione o con un’omissione sia essa colposa o dolosa”.

<sup>(82)</sup> Così la più recente dottrina civilistica: ORLANDI, *La responsabilità solidale*, cit., 158 e 266; GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 19; *contra* BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, II, 1948, 561-562, secondo il quale la solidarietà è prevista solo nei casi di imputazione colposa dell’illecito, escluse quindi le ipotesi di responsabilità oggettiva.

Una simile considerazione, peraltro, consente di ricondurre entro la previsione dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., anche ipotesi di responsabilità oggettiva, nonostante alcuni autori abbiano escluso tale possibilità <sup>(85)</sup>.

Posto quindi che in relazione alla previsione dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. vale il principio dell'equivalenza dei criteri di imputazione <sup>(84)</sup>, è interessante precisare — nell'intento di fornire all'interprete dei criteri funzionali all'applicazione della disposizione — che

<sup>(85)</sup> CARIELLO, *Direzione*, cit., 1250 nt. 59; FAVA, *I gruppi*, cit., 1203. Al riguardo estremamente rilevante risulta essere, ancora una volta, il recentissimo arresto delle Sezioni Unite più volte citato. Queste ultime hanno affermato, infatti, che nella fattispecie di responsabilità oggettiva il nesso causale non s'identifica col rapporto eziologico tra evento e condotta di un agente candidato alla responsabilità, bensì o si riferisce alla condotta di altri rispetto al soggetto chiamato a rispondere in base al criterio oggettivo di imputazione oppure addirittura non si riferisce ad una condotta, ma consiste in una concatenazione tra fatti di altra natura. Senonché — proseguono le Sezioni Unite — ai fini dell'individuazione del soggetto responsabile in base al criterio oggettivo di imputazione, un *nesso causale è pur sempre necessario* tra l'evento dannoso e, o la condotta di altri rispetto al soggetto responsabile (ad es. art. 2049 c.c.) o i fatti di altra natura considerati dalla specifica norma (v. ad es. artt. 2051, 2052 c.c., e art. 2054 c.c., comma 4) posti all'inizio della serie causale. E al riguardo si devono comunque applicare i principi generali della teoria della causalità nell'illecito, comuni anche al caso di responsabilità per colpa. Con l'unica particolarità che in caso di responsabilità oggettiva il nesso eziologico andrà valutato non rispetto alla condotta del soggetto chiamato a risponderne, ma tra l'elemento individuato dal criterio di imputazione e l'evento dannoso. Da tale ricostruzione, sembra possibile concludere che, a fronte della rilevanza che si è ritenuto di dover attribuire al nesso di causalità ai fini della configurazione del concorso nell'inadempimento dell'obbligo altrui, la fattispecie di responsabilità di cui all'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. risulta teoricamente capace di comprendere entro il proprio ambito di applicazione anche fattispecie di responsabilità oggettiva, *rispetto alle quali le regole giuridico-logiche che presidono all'esistenza della causalità non subiscono alcuna modifica*. La prima ipotesi di responsabilità oggettiva che può acquistare rilievo ai fini dell'applicazione della fattispecie di responsabilità in esame è quella di cui all'art. 2049 c.c., suscettibile di trovare applicazione, secondo la dottrina commercialistica nei confronti delle società chiamate a rispondere degli illeciti compiuti dai loro amministratori nell'esercizio delle loro funzioni. Mi pare che qualora si riesca a coinvolgere in responsabilità per aver preso parte al fatto lesivo, per es., gli amministratori di una società sorella rispetto alla società eterodiretta danneggiata, anche la società da costoro amministrata potrebbe essere perseguita dai legittimati attivi all'azione di responsabilità come ente che ha concorso alla realizzazione dell'evento lesivo applicando il criterio di imputazione dell'art. 2409 c.c.

<sup>(84)</sup> La posizione che si assume nel testo in merito all'elemento soggettivo di imputazione della responsabilità per aver preso parte al fatto lesivo è decisamente differente da quella proposta da VALZER, *La responsabilità*, cit., 154 ss., la quale assume un orientamento molto più restrittivo in merito alla possibilità di estendere la responsabilità in oggetto, affermando che “l'elemento psicologico di imputazione della responsabilità in capo al terzo non possa scendere al di sotto del dolo”. Se ben si è inteso il ragionamento dell'autore cit., il dolo costituirebbe elemento costitutivo necessario della fattispecie di responsabilità in esame in quanto essa costituirebbe un'ipotesi sanzionatoria espressa di condotte di induzione o di compartecipazione da parte di soggetti terzi all'inadempimento consumato dalla capogruppo. Ma tale argomento mi pare superato dai rilievi in merito all'elemento soggettivo in questa ipotesi di illecito — cui è certamente riconducibile l'illecito di cui al 2 co., prima parte, dell'art. 2497 c.c. — di seguito proposti nel testo.

tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, proprio in relazione all'imputazione della responsabilità da concorso all'inadempimento, ravvisano l'elemento soggettivo dell'illecito nel criterio generale della colpa; salvo nei casi in cui, per la specificità del contesto normativo<sup>(85)</sup> o per le peculiari caratteristiche che assume la condotta partecipativa, si pretende che il terzo abbia agito con dolo<sup>(86)</sup>.

Ciò, peraltro, corrisponde ad un principio di carattere generale in materia di illecito civile: appurato un evento di danno (ingiusto) e il rapporto di causalità con una condotta, nel caso in cui non possa applicarsi uno dei criteri di imputazione alternativi alla colpa, occorre procedere all'applicazione di quest'ultima. Essa, infatti, mantiene nell'ordinamento vigente il ruolo di regola generale avente carattere residuale in ordine all'imputazione della responsabilità<sup>(87)</sup>.

Qualora invece — contrariamente a quanto si è finora dato come presupposto — si scelga di aderire alla tesi della natura contrattuale della responsabilità del terzo concorrente all'inadempimento<sup>(88)</sup>, il problema dell'imputazione risulta complicato a causa del contrasto esistente in dottrina circa il fatto se tale tipo di responsabilità operi o meno come responsabilità oggettiva.

Non potendo qui esaminare un problema così complesso, ci si

<sup>(85)</sup> Caso emblematico di quanto si afferma nel testo è la fattispecie della doppia alienazione immobiliare, ove la necessità di perseguire il concorso del terzo soltanto in caso di dolo dipende dal fatto che il concorso si realizza anche con la trascrizione regolata dall'art. 2644 c.c., la quale costituisce l'esercizio di un diritto (per le ragioni che giustificano la necessità di un elemento soggettivo qualificato v. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 134 ss.); oppure quello dell'induzione all'inadempimento (nella realtà l'attività di induzione difficilmente può essere considerata colposa (ZICCARDI, *L'individuazione*, cit., 134).

<sup>(86)</sup> Cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 134 ss.; POLETTI, *Doppia alienazione immobiliare e responsabilità extracontrattuale da contratto*, in *Contr. e impr.*, 1991, 764 ss.; VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004, 213, la quale esplicitamente afferma che "non sempre la responsabilità del terzo per lesione del credito presuppone il dolo"; FRANZONI, *La tutela Aquiliana del contratto nella casistica giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 52 con riferimento alla fattispecie dell'art. 3 ult. co., l. amm. str.; ed inoltre gli autori che riconducono alla fattispecie del concorso del terzo all'inadempimento la fattispecie di cui all'art. 2394 c.c. (fra i quali GALGANO, *Le mobili frontiere*, cit., 21, FRANZONI, *L'illecito*, cit., 880 per limitarsi a coloro che ne sostengono la natura contrattuale), rispetto alla quale — per quanto mi consta — nessuno ha mai ipotizzato la perseguibilità degli amministratori solo in caso di dolo (v. DI GIOVANNI, *Responsabilità civile e organi delle società: appunti sulla responsabilità degli amministratori e sindaci delle società di capitali verso i terzi estranei alla società*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, 542-543).

<sup>(87)</sup> FRANZONI, *La tutela*, cit., 345, il quale afferma che se non trova applicazione nessun criterio di imputazione della responsabilità, si applica quello fondato sulla colpa; BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 649.

<sup>(88)</sup> CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 117 ss.; A. DI MAJO, *Responsabilità*, cit., 52 ss.; GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 382; NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano, 1998, 676; LIBONATI, *Creditori*, cit., 628-629.

deve limitare ad affermare che se si ritiene anche la responsabilità contrattuale fondata sulla colpa, ricostruita a partire dall'art. 1176 c.c., le valutazioni da compiere ai fini del coinvolgimento del terzo in responsabilità non sono differenti da quelle effettuate presupponendo che essa abbia natura extracontrattuale <sup>(89)</sup>.

Qualora, al contrario, si ritenga di aderire all'opinione secondo la quale “nel nostro ordinamento la responsabilità per inadempimento non è responsabilità per colpa” <sup>(90)</sup>, non si deve perciò solo concludere che dall'inadempimento del debitore si debba automaticamente inferire la rilevanza della cooperazione del terzo ai fini di un suo coinvolgimento in responsabilità. L'autore cui si deve la più compiuta teorizzazione della natura contrattuale della responsabilità del concorrente, infatti, rileva che “l'ordinamento... potrebbe scindere le sorti dei terzi e quelle del debitore con il quale i primi concorrono all'inattuazione del rapporto, in forza di una valutazione di opportunità che tenga conto di altri interessi” <sup>(91)</sup>.

## 6.2. *L'imputazione della responsabilità per concorso agli amministratori della società eterodiretta.*

Per concretizzare quanto siamo venuti dicendo in merito ai criteri *soggettivi* di imputazione della responsabilità per concorso all'inadempimento può essere utile fare riferimento all'ipotesi che ha suscitato maggiormente l'interesse della dottrina: la responsabilità degli amministratori della società eterodiretta, danneggiata dall'attività di eterodirezione abusiva.

Gli autori che hanno approfondito la questione sono pervenuti a conclusioni che limitano sensibilmente o addirittura escludono la responsabilità di tali soggetti <sup>(92)</sup>. Di seguito si cercherà di giustificare

<sup>(89)</sup> Per una sostanziale equiparazione della responsabilità *ex art.* 2043 e 1218 c.c. anche sotto il profilo dell'elemento della colpa, cfr. F. GIARDINA, *Responsabilità*, 143-144, ove *passim* ampi riferimenti alle diverse opinioni susseguite sul punto. Conf. parrebbe anche VALZER, *La responsabilità*, cit., 157, il quale, nell'aderire alla tesi della natura contrattuale della responsabilità anche del terzo complice, afferma che “il dolo si presenta come elemento strutturale dell'illecito da sanzionare...”.

<sup>(90)</sup> CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 124; GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 376.

<sup>(91)</sup> CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 143, in relazione alla doppia alienazione immobiliare, per la quale l'autore richiede non solo — come afferma la dottrina tradizionale — il dolo, ma l'intenzione prava di nuocere.

<sup>(92)</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, 199 ss.; M. ROSSI, *Responsabilità*, cit., 649, che addirittura esclude la responsabilità; MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 243.

tale soluzione in base ai rilievi — di carattere generale — esposti nel paragrafo precedente.

La dottrina afferma l'esistenza di un "potere supplementare" della capogruppo rispetto a quello degli amministratori di una qualsiasi società monade. In particolare la capogruppo sarebbe legittimata ad esercitare un potere gestorio (l'attività di eterodirezione) che, purché conforme ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, potrebbe non essere "necessariamente ispirat(o) e uniformat(o) all'esclusivo interesse sociale e imprenditoriale della società diretta..."<sup>(93)</sup>. Ne consegue una nuova posizione degli amministratori della dominata rispetto alla gestione sociale: questi non possono più essere considerati "sovrani" della gestione della società di cui sono organi, ma — come emerge da numerosi indici normativi introdotti dalla riforma — essi abdicano ad almeno alcune di quelle competenze che spettano loro nella società monade e, corrispondentemente, parte del loro potere decisionale viene attribuito alla capogruppo, "le cui direttive, purché lecite, sono vincolanti per le controllate e come tali diventano idonee a condizionare la gestione di queste ultime"<sup>(94)</sup>. Gli amministratori della società eterodiretta, pertanto, non adempiono la tradizionale funzione di "filtro" rispetto alle direttive della capogruppo, garantendo, sotto la propria responsabilità, il rispetto dell'interesse della società di cui sono organi, poiché tali istruzioni possono *legittimamente* perseguire un interesse "di gruppo", e perché gli amministratori della società monade non hanno gli strumenti giuridici per valutare quest'ultimo.

Essi si trovano in una posizione (giuridica) che non gli consente di sindacare quale sia la migliore politica per la gestione della società, ispirata — in base ai dati ricavabili dalla nuova disciplina del capo IX — ad un interesse imprenditoriale che eccede quello della singola società, proprio in quanto estranei al flusso informativo infragruppo (necessario per dirigerlo e coordinarlo), di cui è destinataria solo la *holding*. Quindi non possono svolgere un controllo *di merito* in relazione alle istruzioni relative alla direzione del gruppo<sup>(95)</sup>.

Alla luce del sistema normativo introdotto dalla riforma, dunque, i gestori della società eterodiretta continuerebbero ad esercitare una funzione di filtro rispetto alle direttive provenienti dalla capogruppo

<sup>(93)</sup> CARIELLO, *Direzione*, cit., 1246; MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 210 ss.

<sup>(94)</sup> MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 215, il quale trae tale conclusione dagli artt. 2497 bis, 2497-ter, 2497 quater comma 1, lett. c.

<sup>(95)</sup> MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 225 e 231, il quale rileva che gli amministratori della dominata assumono una posizione periferica rispetto al gruppo nel suo complesso, quindi hanno ben chiara la situazione della loro società, ma dipendono dalla controllante per le notizie relative al gruppo. Ad essi non può essere pertanto chiesto un sindacato sulla congruenza delle direttive rispetto all'interesse del gruppo, che può ispirare l'attività di eterodirezione.



solo *limitatamente alla loro legittimità*: ad essi non spetta più di decidere sulla loro compatibilità con l'interesse della società amministrata, ma “in sostanza... [di] attestare <sup>(96)</sup>... la conformità delle direttive alle “condizioni di legittimità/liceità dell'asservimento della società controllata all'interesse di gruppo” <sup>(97)</sup>, stabilite dalla legge attraverso il richiamo ai principi di corretta gestione e al criterio del risultato complessivo e dell'eliminazione del danno <sup>(98)</sup>.”

Occorre, tuttavia, rilevare che non necessariamente gli amministratori sono in condizione di adempiere tale funzione. Essi hanno come unica fonte di informazione la capogruppo, “da cui provengono quelle ragioni e quegli interessi di cui l'organo amministrativo della società figlia deve riportare puntuale indicazione ai sensi dell'art. 2497-ter c.c.” <sup>(99)</sup>. Quindi gli amministratori delle dominate possono vagliare la legittimità della direzione unitaria solo dalla coerenza interna della motivazione che devono redigere, utilizzando le indicazioni provenienti dalla *holding* <sup>(100)</sup>.

Se si accettano tali considerazioni, sorge la necessità di delimitare la possibilità di imputare ai componenti l'organo amministrativo della eterodiretta la responsabilità per aver preso parte al fatto lesivo. Come rilevato nel paragrafo precedente, il criterio di imputazione della responsabilità *ex art. 2497, 2 co., prima parte, c.c.*, agli amministratori deve essere determinato facendo riferimento *alle regole che disciplinano le fattispecie risarcitorie generali ad essi applicabili*. Utilizzando questo principio, si deve concludere che, poiché le disposizioni generali dell'ordinamento in materia di responsabilità dell'organo gestorio (artt. 2392 e 2476, c.c.) prevedono il criterio di imputazione della colpa, ad essi non può essere imputata — in mancanza di un'espressa previsione normativa — una responsabilità oggettiva per concorso all'eterodirezione abusiva <sup>(101)</sup>. Ciò posto, gli amministratori della dominata andranno esenti dalla responsabilità ai sensi dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., qualora abbiano eseguito direttive debitamente motivate —

<sup>(96)</sup> E ciò si ricava da una lettura sinottica dell'art. 2497-ter e 2391. V. MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 219 ss.

<sup>(97)</sup> CARIELLO, *Amministrazione delegata di società per azioni e disciplina degli interessi degli amministratori nell'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 394; GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 149 nt. 113; MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 206 ss., il quale sottolinea il carattere vincolante per gli amministratori della eterodiretta delle direttive della capogruppo, anche contrastanti con l'interesse della società monade, *ma a condizione che le stesse siano legittime, in base allo standard fissato all'art. 2497, 1 co., c.c.*

<sup>(98)</sup> GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 149.

<sup>(99)</sup> MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 228 ss.

<sup>(100)</sup> Si veda l'esempio proposto da MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 213 nt. 131 e nt. 150. La ricostruzione che si riporta nel testo è accolta anche da MARCHISIO, il quale vi giunge però attraverso un percorso argomentativo parzialmente differente.

<sup>(101)</sup> MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 243.

sotto il profilo della loro legittimità, ossia della conformità ai principi di correttezza societaria ed imprenditoriale — sulla base delle informazioni disponibili nella *Planung* di gruppo, poiché in tal caso, *pur partecipando materialmente, ovvero causalmente*, alla realizzazione dell'evento lesivo, quest'ultimo *non può essere loro imputato a titolo di colpa* <sup>(102)</sup>. Essi, infatti, adempiendo all'obbligo di motivazione in base alle informazioni provenienti dal piano strategico, assolvono *diligentemente* la funzione che risulta loro attribuibile rispetto alle direttive della capogruppo in base ai dati normativi ricavabili dalla nuova disciplina del gruppo.

Inoltre, agli amministratori non può imputarsi la responsabilità per la lesione al valore ed alla redditività della partecipazione ed all'integrità del patrimonio sociale che sia stata cagionata da fattori dagli stessi non prevedibili — come ad esempio accade quando le operazioni compensative previste a fronte di una singola operazione pregiudizievole non si realizzino o il piano strategico di gruppo, sulla base del quale erano state motivate le decisioni riguardanti la dominata, non venga volontariamente o negligenzatamente mantenuto — perché proprio la prevedibilità “(dell'evento) è criterio di responsabilità per colpa, criterio, cioè, per giudicare se rispetto ad un dato evento v'è colpa” (corsivi aggiunti) <sup>(103)</sup>.

Semmai la responsabilità da concorso dei gestori della dominata può ricorrere nel caso in cui omettano di redigere la motivazione prescritta dall'art. 2497-ter c.c., o comunque l'abbiano redatta senza l'osservanza delle prescrizioni imposte dalla norma (che richiede l'*analiticità* della motivazione e la *puntuale* indicazione degli interessi), essendo in tal caso imputabile l'evento lesivo contemplato all'art. 2497, 1 co., c.c., alla loro negligenza nel valutare la legittimità delle direttive.

<sup>(102)</sup> MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 243; VALZER, *Il potere*, cit., 865. Si pensi alla controllata di un gruppo di grandi dimensioni che venga richiesta, in base al piano industriale di gruppo, di vendere a prezzo ridotto il suo prodotto principale ad una società sorella (ma gli esempi potrebbero essere innumerevoli: prestazione di garanzie per debito altrui; stipula di un contratto oneroso di finanziamento da riversare gratuitamente alla sorella o alla capogruppo), per beneficiare poi di vantaggi compensativi indicati nella *Planung* stessa (es. economie di scala derivanti dall'aumento della domanda da parte di tale società sorella). Qui gli amministratori della società dominata non hanno gli strumenti per valutare nel merito l'operazione; possono soltanto valutarne la coerenza in base alla *Planung* (dandone motivazione ex art. 2497-ter c.c.) e quindi eseguire le direttive. Laddove l'operazione sconti un errore di valutazione compiuto dagli amministratori della capogruppo e quindi arrechi danno alla dominata, gli amministratori di quest'ultima non possono essere assoggettati a responsabilità pur avendo concorso materialmente al realizzarsi dell'evento lesivo, poiché non è loro imputabile alcuna colpa. Così MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 22 nt. 165.

<sup>(103)</sup> GORLA, *Sulla cosiddetta*, cit., 419 ss., il quale aggiunge che “la prevedibilità, criterio del giudizio di colpa, è la possibilità di prevedere un evento nel momento in cui il soggetto agisce”; SALVI, voce *Risarcimento del danno*, cit., 1089.

Naturalmente gli amministratori potranno essere coinvolti in responsabilità anche in caso di concorso doloso alla violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale <sup>(104)</sup>.

#### 6.2.1. Segue.

Anche laddove si volesse sostenere che il terzo complice risponde a titolo di responsabilità contrattuale, agli amministratori della dominata non potrà applicarsi automaticamente l'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., in quanto, a fronte di direttive vincolanti tali da escludere ogni sindacato sul merito delle stesse, essi normalmente saranno nella condizione non solo di non poter evitare, ma nemmeno di prevedere il pregiudizio alla cui causazione hanno materialmente concorso. Una soluzione contraria entrerebbe in contraddizione con la (almeno parziale) abdicazione alle competenze gestorie spettanti agli amministratori di una società monade che caratterizza l'organo amministrativo della dominata, conseguente alla traslazione alla *holding* del potere decisionale relativo alle materie oggetto di direzione e coordinamento <sup>(105)</sup>. Rispetto agli amministratori della società eterodiretta occorre, pertanto, procedere — come già rilevato sopra in generale (v. prgr. 6.1., in fine) — ad un'estensione “ponderata” della responsabilità del debitore. Sembra possibile cioè sostenere che, valorizzando opportunamente le peculiari caratteristiche che assume la condotta partecipativa e la specificità del contesto normativo in cui si colloca nel caso in esame “l'ordinamento... potrebbe scindere le sorti dei terzi e quelle del debitore con il quale i primi concorrono alla inattuazione del rapporto, in forza di una valutazione di opportunità che tenga conto di altri interessi” <sup>(106)</sup>.

<sup>(104)</sup> V. MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 243 nt. 193 ove si parla di collusione nell'attuazione di direttive contrarie alla corretta gestione. Non si ritiene di accogliere nel testo quanto sostenuto da G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri*, cit., 200, la quale perviene ad una conclusione ancora più radicale affermando “una (tendenziale) irresponsabilità dell'amministratore per il suo atteggiamento (eventualmente) supino e non vigilantemente critico di fronte alle direttive del soggetto da cui promana tale attività”. La delimitazione della responsabilità degli amministratori può essere conseguita operando sull'elemento soggettivo del concorso imputabile al terzo (in senso analogo sembra anche, seppur in termini non chiarissimi, MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 243 nt. 193), non invece, come fa l'autrice distinguendo le diverse possibili condotte degli amministratori, ossia espungendo dal concetto di partecipazione il comportamento meramente esecutivo. L'esecuzione, l'attuazione mi sembrano senz'altro capaci di essere annoverate fra i comportamenti che integrano una partecipazione all'abuso della capogruppo.

<sup>(105)</sup> La riforma appare infatti ispirata (sia in generale, sia) nella disciplina del gruppo al principio che vuole collegati potere e responsabilità (G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri*, cit., 200; MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 243 nt. 192)

<sup>(106)</sup> CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 173.

7. *Lo schema normativo recepito nel combinato disposto di cui al 1 e 2 co. dell'art. 2497.*

7.1. *Osservazioni generali.*

Occorre a questo punto della riflessione soffermarsi sui connotati peculiari che caratterizzano lo schema normativo costituito dal combinato disposto dei commi 1 e 2, prima parte, dell'art. 2497 c.c.

Fra le possibili situazioni contingenti suscettibili di integrare la fattispecie — estremamente duttile e generica — della responsabilità solidale di cui all'art. 2055 c.c. — che risulta configurabile, nella sua struttura essenziale, a prescindere dalla posizione del compartecipe (predominante, paritaria o subordinata, purché autoreponsabile; interna o esterna ad una data organizzazione), dal ruolo da costui svolto, dal rilievo della sua compartecipazione <sup>(107)</sup> —, il legislatore riconduce al 2 co., prima parte, dell'art. 2497 c.c., i contributi causali che si pongono in rapporto di *accessorietà* rispetto all'illecito tipizzato al 1 comma della medesima disposizione <sup>(108)</sup>.

Fra i modelli normativi astrattamente riconducibili alla nozione di concorso, cioè, quello adottato dal legislatore della riforma indica chiaramente che il verificarsi del fatto della capogruppo costituisce presupposto indispensabile per poter configurare (e, di conseguenza, perseguire) la responsabilità di “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo”.

L'elemento della fattispecie su cui tale conclusione può essere fondata è proprio l'utilizzo dell'espressione “prendere parte”, al fine di descrivere il contributo fonte di (co)-responsabilità risarcitoria.

A conferma di tale affermazione occorre ancora una volta fare riferimento alla riflessione sulla fattispecie del concorso di persone nel reato svolta dalla dottrina penalistica. Da quest'ultima emerge, infatti, come la partecipazione sia un *concetto di relazione*, che può *logicamente concepirsi soltanto in rapporto con un fatto dato per presupposto* <sup>(109)</sup>. La nozione di partecipazione ha natura innegabilmente accessoria “nel senso che la condotta concorsuale non ha rilevanza giuridica autonoma ma... *dipende* dal reato cui si è partecipato. È invero concepibile — ci si è chiesto — partecipazione senza la condotta esecutiva

<sup>(107)</sup> GUERRERA, *Illecito*, cit., 422.

<sup>(108)</sup> Si tratta di quella che la giurisprudenza ha qualificato come solidarietà dipendente: Cass. 15 febbraio 2005, n. 3028, *Giust. civ. mass.*, 2005, 2; Cass. 23 settembre 2005, n. 18674, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 6.

<sup>(109)</sup> V. in tal senso BUSSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità*, cit., 129, affermano che “« prendere parte » al fatto lesivo indica una partecipazione ad un fatto *che rimane altrui*” (corsivi aggiunti), che quindi deve necessariamente darsi per presupposto.

di un altro? E se essa non lo è, ciò dimostra che, nella sua esistenza, essa dipende dalla condotta dell'autore, in assenza della quale è come se ...non esistesse, non avesse significato. Questo è ciò che si indica come natura accessoria della partecipazione.”<sup>(110)</sup> In altre parole “la partecipazione...dipende dall'esistenza di un fatto principale. Questa accessorietà non è un “prodotto della legge. Essa poggia sulla natura delle cose”<sup>(111)</sup>.

Dal tenore letterale dell'art. 2497, 2 co., c.c., pertanto, deve desumersi che la fattispecie imputabile alla capogruppo assume il carattere di illecito principale, dalla quale dipende l'esistenza di quello sanzionato dal capoverso successivo. La fattispecie di cui al 1 comma prevede, pertanto, una responsabilità “in sé completa” ed autonoma: condizione necessaria e sufficiente per la sua esistenza è l'integrazione degli elementi costitutivi lì previsti. Al contrario il capoverso, prima parte, dell'art. 2497 c.c. prevede una responsabilità *accessoria, secondaria ed eventuale*: rispetto alla sua configurabilità costituisce presupposto necessario non soltanto la sussistenza della condotta partecipativa, ma in aggiunta — anzi preliminarmente — la realizzazione dell'abuso tipizzato al comma precedente<sup>(112)</sup>.

L'individuazione di un rapporto di accessorietà fra le fattispecie di responsabilità previste rispettivamente al 1 e al 2 comma, prima

<sup>(110)</sup> BIRKMEYER, *Teilnahme am Verbrechen, in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrecht*, A.T., Berlin, 1908, II, 3 ss.; conf. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, 280 ss.

<sup>(111)</sup> BOCKELMANN, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, Göttingen, 1949, 1; MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, A.T. Karlsruhe, 1958, 509, il quale afferma che “non si dà partecipazione semplicemente, ma solo una partecipazione ad un fatto altrui”.

<sup>(112)</sup> Una simile ricostruzione del rapporto intercorrente fra le responsabilità di cui al 1 e al 2 co, prima parte, c.c. è accolta da CARIELLO, *Sub art. 2497*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di NICCOLINI-STAGNO-D'ALCONTRES, III, NAPOLI, 2004, 1868, IL QUALE PARLA DI RESPONSABILITÀ NECESSARIAMENTE COINVOLGENTE LA CAPOGRUPPO ex art. 2497, 1 co., c.c.; BADINI CONFALONIERI-VENTURA, *Sub art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI, Bologna, \*\*\*, 2005, 2168; JORIO, *I gruppi*, in *La riforma delle società*, a cura di AMBROSINI, Torino, 2003, 196-197; MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 187 e nt. 74 e 229; DAL SOGLIO, *Sub art. 2497*, cit., 2310; FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di ANGELICI-FERRI G.B., Torino, 2006, 502, ove si osserva che l'art. 2497 c.c., “consente ai soci e ai creditori sociali della controllata... di agire direttamente innanzitutto nei confronti della società controllante, e solo eventualmente... nei confronti dei suoi amministratori e di quelli della controllata”; Trib. Roma, 27 agosto/13 settembre 2007, ord., in *Riv. dir. comm.*, 2008, 2, 225 ove si legge che “l'affermazione della responsabilità solidale deve presupporre la responsabilità di quella principale consistente nella condotta antiggiuridica di abuso del potere di direzione e coordinamento da parte della capogruppo, *unica fattispecie idonea ad attivare la disciplina di cui all'art. 2497 c.c.*” (corsivo aggiunto); BRIZZI, *Responsabilità gestorie*, cit., 1080, il quale afferma che mentre la responsabilità degli amministratori della dominata è “meramente eventuale e dipende dalla loro partecipazione all'evento lesivo... quella della società controllante è, invece, responsabilità *necessaria*” (corsivo aggiunto); VALZER, *La responsabilità*, cit., 146.

parte, c.c. dell'art. 2497 c.c. conferma, peraltro, la ricostruzione in termini causali del lemma normativo "prendere parte", che si è ritenuta di proporre in precedenza. La nozione di "accessorietà" implica, infatti, un rapporto da secondario a principale il cui contenuto — per l'aspetto concernente la produzione dell'evento lesivo — "si coglie, come in ogni caso di convergenza di più antecedenti nel medesimo risultato, sul piano di una comune convergenza causale" <sup>(113)</sup>.

Da un diverso angolo di osservazione <sup>(114)</sup> il 1 co., dell'art. 2497 c.c. — se letto in "controluce", cioè volgondone la formulazione letterale in positivo — sottopone l'ente titolare del potere di eterodirezione ad un obbligo avente fonte legale, volto a regolarne l'effettivo esercizio a garanzia degli interessi dei soci minoritari e dei creditori delle società dominate. Se, quindi, l'illecito imputabile alla capogruppo è l'inadempimento di tale obbligo, risulta evidente il carattere secondario e dipendente della responsabilità di coloro che vi abbiano preso parte. La trasmissione della responsabilità a costoro è fondata sul concorso all'inadempimento dell'obbligo di conformarsi ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. I concorrenti non sono considerati dalla legge come autori di illeciti autonomi, ma è il preesistente rapporto obbligatorio a segnare la logica secondo cui costoro rispondono. Poiché, dunque, l'inadempimento è categoria riferibile soltanto al soggetto destinatario dell'obbligo ed è presupposto indispensabile affinché si realizzi un danno per il creditore, la responsabilità dei terzi concorrenti non può che risultare accessoria rispetto alla condotta *contra legem* del soggetto direttamente obbligato <sup>(115)</sup>.

### 7.2. *Conseguenze del carattere accessorio della responsabilità ex art. 2497, 2 co., prima parte, c.c.*

Dal carattere accessorio della responsabilità prevista al comma 2, prima parte, dell'art. 2497, c.c., deriva un'importante conseguenza sul piano della imputazione della responsabilità risarcitoria a quanti abbiano preso parte all'eterodirezione abusiva.

L'art. 2497, 1 co, c.c. introduce un illecito nuovo, che presenta connotati particolari rispetto alle fattispecie di responsabilità già previste dall'ordinamento sia sotto il profilo del criterio di valutazione dell'antigiuridicità della condotta (lo *standard* di comportamento dei "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale"), sia sotto

<sup>(113)</sup> Così AZZALI, *Concorso di persone*, cit., 1355.

<sup>(114)</sup> Che dà rilievo alla natura contrattuale della responsabilità imputabile alla capogruppo.

<sup>(115)</sup> Sul punto cfr. la ricostruzione di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 140 della figura del concorso all'inadempimento.

il profilo del danno ingiusto e, corrispondentemente, dei legittimati attivi all'utilizzo del rimedio risarcitorio. Ciò determina, come conseguenza, non solo la definizione di un'area di responsabilità nuova per la capogruppo, *ma anche per ogni altro soggetto che possa dirsi aver partecipato all'abuso di eterodirezione*. Infatti, data l'esistenza di un nesso di *dipendenza* tra la responsabilità di questi ultimi e quella della capogruppo, la valutazione di anti giuridicità del fatto dei concorrenti risulta influenzata dagli elementi costitutivi dell'illecito imputato alla capogruppo. “Chi abbia comunque preso parte” all'abuso di eterodirezione, pertanto, risulta assoggettato ad un “rischio” risarcitorio che non graverebbe su di lui al di fuori dell'esistenza di un gruppo, ossia al di fuori del suo coinvolgimento nella responsabilità per violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale<sup>(116)</sup>. In altri termini, i criteri di valutazione dell'anti giuridicità della condotta dei concorrenti e dell'ingiustizia del danno cagionato non sono quelli previsti dalle figure generali di responsabilità monosoggettiva, ma quelli, inediti, introdotti dalla fattispecie di cui all'art. 2497, 1 co., c.c., in quanto i responsabili *ex art. 2497, 2 co., prima parte, c.c.* vengono perseguiti non per aver commesso un illecito autonomo, ma in quanto *abbiano preso parte* alla nuova figura di illecito tipizzato nella disposizione di apertura del capo IX.

Nel linguaggio giuridico, infatti, *accessorietà significa dipendenza di regime giuridico*. Non si tratta cioè di una pura correlazione logica: alla subordinazione concettuale fa riscontro una *subordinazione normativa*, ossia, il regime dell'accessorio si modella sul regime del principale: “l'accessorietà... è il mezzo tecnico di un processo di qualificazione indiretta, poiché l'accessorio viene illuminato di rilievo giuridico non direttamente, ma di riflesso, attraverso il principale.”<sup>(117)</sup>.

### 7.3. La responsabilità speciale nel contesto del gruppo degli amministratori della capogruppo e della società dominata.

Per chiarire quanto appena affermato è sufficiente accennare alla responsabilità degli amministratori tanto della capogruppo quanto della eterodiretta. È evidente la differenza sussistente fra l'azione di responsabilità prevista dall'art. 2395, c.c. e la responsabilità imputabile agli amministratori a titolo di concorso con la capogruppo, almeno sotto il profilo del danno risarcibile. Quello relativo alla prima fattispecie deve

<sup>(116)</sup> Se, come abbiamo già rilevato, la responsabilità di chi abbia preso comunque parte all'abuso di eterodirezione dipende dall'illecito della capogruppo, ne consegue, logicamente, che i caratteri peculiari della prima si riflettono anche sulla responsabilità accessoria di cui al 2 comma, prima parte dell'art. 2497 c.c.

<sup>(117)</sup> PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 22 ss.

essere un danno direttamente arrecato al patrimonio del danneggiato, nell'indifferenza del patrimonio sociale; al contrario il pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione non è che il riflesso del danno alla consistenza patrimoniale e alla redditività della società. Ma un elemento di differenziazione rispetto alla responsabilità imputabile agli amministratori per aver comunque preso parte al fatto lesivo di cui all'art. 2497, 1 co, c.c. è ravvisabile anche rispetto alla previsione dell'art. 2394, c.c. In quest'ultima "il metro di valutazione dell'antigiuridicità della condotta lesiva è rappresentato dagli « obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale »" <sup>(118)</sup>. Quando, invece, viene in considerazione la responsabilità della società capogruppo, da cui dipende quella per concorso all'abuso di eterodirezione, l'obbligo di risarcire il danno discende dalla violazione di *altri speciali precetti di governo delle società del gruppo*, prescritti dallo stesso art. 2497, 1 co., c.c.: i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale <sup>(119)</sup>. È possibile quindi affermare che "la conformazione della responsabilità della controllante finisce col permeare di sé anche l'atteggiamento della responsabilità degli amministratori di società facenti parte di un gruppo" <sup>(120)</sup>.

Ciò premesso, l'esistenza di una responsabilità per abuso di direzione e coordinamento finisce per mutare la posizione degli amministratori delle società del gruppo ed il rischio risarcitorio loro addossato, in conseguenza del fatto che costoro sono perseguiti come *concorrenti* all'inadempimento — con le peculiarità che lo contraddistinguono — dell'obbligazione *ex lege* di cui all'art. 2497, comma 1, c.c.

## 8. L'azione di regresso.

### 8.1. Considerazioni generali.

Qualche breve osservazione merita l'esercizio del regresso che il nostro ordinamento prevede come "frammento" della disciplina delle obbligazioni risarcitorie solidali.

A fronte della responsabilità in esame, in dottrina è stata avanzata la tesi secondo la quale il regime del regresso dovrebbe essere differenziato a seconda che esso venga esercitato nei confronti dei con-

<sup>(118)</sup> DI GIOVANNI, *La responsabilità*, cit., 35.

<sup>(119)</sup> Per uno spunto cfr. DI GIOVANNI, *La responsabilità*, cit., 36. A tutto concedere si può ammettere che lo *standard* prescritto all'art. 2497, 1 co., c.c. comprenda anche gli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità patrimoniale della società eterodiretta, ma inevitabilmente esso costituisce un paradigma più ampio e comunque non coincidente con questi ultimi.

<sup>(120)</sup> VISCUSI, *Profili*, cit., 162 ss.; DI GIOVANNI, *La responsabilità*, cit., 35.



debitori “che partecipano in modo necessario o normale al fatto illecito della capogruppo” ovvero di quelli la cui partecipazione è solo eventuale. Secondo tale tesi, infatti, nel primo caso l’obbligazione solidale rientra nella fattispecie della solidarietà ad interesse esclusivo (1298 c.c.), con la conseguenza che il costo del danno risarcito dovrebbe essere sopportato per intero dalla capogruppo, eventualmente attraverso il meccanismo del regresso del concorrente che è stato costretto a risarcire il danneggiato <sup>(121)</sup>. Nel secondo, invece, il condebito è ricondotto alla fattispecie della solidarietà ad interesse comune, cosicché il costo del danno da risarcire dovrebbe essere suddiviso tra tutti i compartecipi in proporzione alla gravità della rispettiva colpa e all’entità delle conseguenze che sono derivate dal fatto di ciascuno (art. 2055, 2 co., c.c.).

Questa soluzione non sembra da condividere. L’art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., prevede una fattispecie nella quale “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo” viene assoggettato ad una obbligazione risarcitoria solidale con la capogruppo, in quanto co-responsabile dell’attività di eterodirezione abusiva: l’evento lesivo degli interessi dei soci e dei creditori della dominata è coimputato oltre che alla *holding* anche ai concorrenti. Si versa quindi in un’ipotesi (definita dalla dottrina) di rispondenza solidale per responsabilità <sup>(122)</sup>, che integra la previsione generale dell’art. 2055 c.c. Ne consegue che il regresso fra i co-responsabili della violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale deve essere comunque regolato dal secondo comma di tale disposizione.

Non si comprende, d’altro canto, per quale motivo l’opinione poco sopra riportata escluda che il regresso, nel caso di applicazione dell’art. 2497, 1 e 2 co., possa “andare soggetto al principio dell’art. 2055, comma 2, c.c.”. A tal fine, infatti, non è assolutamente di ostacolo la circostanza che, potendo gli enti collettivi agire solo tramite i propri organi, alla moltiplicazione dei soggetti — società (o ente) capogruppo o dominata da un lato e organi delle stesse dall’altro — tutti egualmente e solidalmente responsabili, non corrisponderebbe una uguale moltiplicazione né di colpe, né di nessi causali tra azioni e conseguenze <sup>(123)</sup>.

<sup>(121)</sup> MAGGIOLO, *Responsabilità solidale e regressi nei gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 579 ss.

<sup>(122)</sup> ORLANDI, *La responsabilità solidale*, cit., 182; GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 19 e 52 ss., il quale al fine di verificare se la fattispecie di solidarietà sia riconducibile all’art. 2055, c.c. o meno valorizza proprio il fatto che il coobbligato assuma la veste di coresponsabile dell’unico evento dannoso.

<sup>(123)</sup> MAGGIOLO, *Responsabilità*, cit., 580, il quale aggiunge: “posto il rapporto organico, colpa e causalità sono evidentemente uniche”.

Infatti, è assunto ormai pacifico <sup>(124)</sup> che l'organizzazione collettiva possa agire in regresso nei confronti dei propri organi <sup>(125)</sup>.

## 8.2. Segue: *il regresso come strumento di tutela dei soci e dei creditori della capogruppo.*

In caso di applicazione della responsabilità nel gruppo il regresso, come strumento atto a determinare la giusta ripartizione dell'*idem debitum* nei rapporti interni fra i consorti, può adempiere una funzione di *tutela dei soci e dei creditori della holding*, di cui la disciplina del capo IX si è totalmente disinteressata <sup>(126)</sup>.

Laddove la capogruppo sia costretta, in applicazione dell'art. 2497, 1 co., c.c. a risarcire il danno cagionato ai soci e ai creditori della eterodiretta, si produce come conseguenza una riduzione del suo patrimonio, cui corrisponde la riduzione del valore delle partecipazioni o quote dei propri soci e il possibile pregiudizio dei suoi creditori a causa della menomazione dell'integrità patrimoniale <sup>(127)</sup>.

Del resto, proprio questa constatazione aveva condotto autorevole dottrina a negare, *ante* riforma, la possibilità di estendere la re-

<sup>(124)</sup> V. GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 270; GUERRERA, *Illecito*, cit., 394.

<sup>(125)</sup> Incidentalmente, occorre rilevare come si sia giunti a tale conclusione senza specificare il criterio di imputazione dell'illecito materialmente commesso dall'agente persona fisica all'ente (GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 270 nt. 294; GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 394, nt. 166). Due sono le opzioni che si prospettano al riguardo: il ricorso all'immedesimazione organica tra la persona fisica e l'ente oppure l'applicazione dell'art. 2049 c.c. La dottrina più recente occupatasi dell'argomento ha rilevato come tale atteggiamento acritico non possa essere considerato corretto, in quanto il distinguo fra il criterio di imputazione "organica" e quello di imputazione per preposizione risulta rilevante proprio ai fini dell'art. 2055, comma 2, c.c. In quest'ultimo caso, infatti non necessariamente vi sarebbe regresso per intero dell'ente nei confronti dei soggetti per il tramite dei quali esso ha agito, perché, mancando l'immedesimazione, alla colpa di questi ultimi può ben aggiungersi quella dell'ente (GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 271, il quale fa l'esempio della *culpa in eligendo* dell'ente (per. es. nel nostro caso la capogruppo) che affidò l'attività fonte di danno ingiusto a soggetto (per es. nel nostro caso amministratore unico) sfornito della necessaria preparazione tecnica). Al contrario, se l'ente agisce in regresso nei confronti dell'organo, esso deve essere esercitato sempre per l'intero, non essendo configurabile nei rapporti interni una colpa dell'ente. La colpa dell'agente è *ex se* colpa dell'ente solo nei rapporti esterni col danneggiato, in forza del principio d'immedesimazione organica; ma nei rapporti interni si ha colpa esclusivamente in capo alla persona fisica, autore della condotta.

<sup>(126)</sup> Segnala tale lacuna PORTALE, *Osservazioni sullo Schema di decreto delegato (approvato dal governo in data 29-30 settembre 2002)*, in *Tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 716 ss.; SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 675-677; G. SCOGNAMIGLIO, *La nuova s.r.l. e i gruppi di società*, in *AA.VV.*, *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004, 333; da ultimo VALZER, *Il potere*, cit., 869 ss.

<sup>(127)</sup> V., per l'indicazione del pregiudizio subito dai soci, ma in un'ottica del tutto diversa da quella adottata nel testo, GALGANO, *Direzione*, cit., 93.

sponsabilità ex art. 3, ult. comma, legge amm. str. degli amministratori della controllante anche a quest’ultima: tale soluzione non sarebbe risultata congrua a contemperare le situazioni di conflitto di interesse interne al gruppo. Infatti, una responsabilità della capogruppo per i danni sofferti dalla eterodiretta avrebbe finito col coinvolgere “negli effetti negativi dell’ipotizzata “sanzione” non solo il gruppo di “comando” della controllante, ma anche i soci di minoranza ed i creditori della stessa. Il pregiudizio sofferto dalla controllata sarebbe quindi stato eliminato a “spese” di soggetti (azionisti “esterni” e creditori della società di controllo) ai quali il pregiudizio stesso non è in alcun modo imputabile” (128).

A seguito della riforma del diritto societario, l’imputazione alla capogruppo della responsabilità risarcitoria per l’abuso di direzione unitaria è normativamente imposta. Anzi l’esperibilità dell’azione ai sensi del 1 co. dell’art. 2497 c.c. condiziona la possibilità di esercitare gli altri rimedi previsti al capoverso successivo; ne consegue che l’adempimento dell’obbligo risarcitorio da parte della capogruppo costituisce il rimedio principale (129) oltre che “normale” al danno cagionato dall’eterodirezione abusiva.

Tuttavia, l’esercizio dell’azione di regresso consente di ovviare all’incogrità cui tale soluzione può dar luogo rispetto ai soci della capogruppo, trasferendo l’onere economico del risarcimento eventualmente corrisposto dalla stessa sugli effettivi autori dell’illecito (130). In definitiva, tramite il meccanismo del regresso risulta possibile conciliare la responsabilità diretta della *holding*, che assolve nei rapporti esterni con i soci e i creditori della eterodiretta una funzione di garanzia dell’effettività del risarcimento ai danneggiati, essendo il suo patrimonio normalmente quello dotato di maggiore capienza (131); con la sopportazione finale del costo del risarcimento da parte di coloro che sono i reali autori dell’evento lesivo. In particolare, l’azione di rivalsa consente di addossare l’onere economico del risarcimento — secondo i principi dell’art. 2055, 2 co., c.c. — al socio di maggioranza della capogruppo perseguibile per aver preso parte al fatto lesivo (v. infra prgr.), ma non a quelli minoritari e ai creditori, cui l’illecito non è in alcun modo riferibile e i cui interessi, dunque — nella valutazione

(128) PAVONE LA ROSA, *La responsabilità da “controllo” nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1984, 435.

(129) MAUGERI, *Partecipazione*, cit., 382.

(130) Fra i quali, lo si vedrà oltre, possono rientrare anche i soci di maggioranza della *holding*.

(131) PAVONE LA ROSA, *La responsabilità*, cit., 435; ed in generale GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 339, in relazione alla imputazione della responsabilità agli enti.

comparativa con gli interessi dei soci e creditori della dominata, che è sempre connaturata all'imputazione di una responsabilità risarcitoria — non risultano meritevoli di essere sacrificati da una sanzione, che colpisce l'ente cui partecipano o con cui hanno contratto. Ed al medesimo risultato si perviene esercitando il regresso (nei limiti che saranno chiariti nel prgr. successivo), anche nei confronti degli organi sociali della capogruppo.

Analogamente, l'esercizio del regresso può assolvere anche la funzione di tutelare l'integrità patrimoniale della capogruppo, messa a repentaglio dalla possibilità per i soci e i creditori della eterodiretta di pretendere il risarcimento "direttamente" (v. la lettera dell'art. 2497, 1 co., c.c.) dalla prima. L'integrità del patrimonio sociale è certamente un bene riconosciuto meritevole di autonoma protezione da parte del vigente ordinamento (v. artt. 2394, 2497, 2485-2486 c.c.) a favore dei creditori sociali <sup>(132)</sup>, tanto di quelli che abbiano contratto con la *holding*, quanto di coloro che abbiano contratto con la società dominata. Pertanto, "nei gruppi di società si riscontra un conflitto immanente tra due categorie di creditori, quelli della capogruppo e quelli delle controllate, posto che ogni misura volta ad accrescere la misura di questi ultimi di fronte all'influenza pregiudizievole della capogruppo finisce per ridurre le garanzie di soddisfacimento dei creditori della capogruppo stessa, e viceversa" <sup>(133)</sup>.

Già prima della riforma del diritto societario quest'obiezione è stata liquidata, osservando che esiste "sempre un potenziale conflitto di interessi fra i creditori di chi ha subito un danno patrimoniale e quelli di colui che è chiamato a risponderne" <sup>(134)</sup>, e malgrado ciò "non si è mai dubitato che in simili casi debba soccombere l'interesse dei creditori del soggetto al quale l'ordinamento addossa, in base a scelte altrimenti motivate, la responsabilità del fatto dannoso" <sup>(135)</sup>. Perdipiù — si è affermato — il sistema di pubblicità previsto dall'art. 2497-*bis* (obbligo di iscrizione delle società eterodirette in una sezione speciale del registro delle imprese) — sebbene tale forma di pubblicità sia adempimento imposto solo alle società dominate — dovrebbe escludere affidamenti incolpevoli — come tali meritevoli di protezione — per i creditori della controllante <sup>(136)</sup>.

<sup>(132)</sup> Cfr. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 1, 1047 ss.; MAZZONI, *La responsabilità gestoria*, cit., 825 ss.

<sup>(133)</sup> MIOLA, *Il diritto italiano*, cit., 409 ss.

<sup>(134)</sup> RORDORF, *La protezione dei creditori nel fenomeno di gruppo*, in *Società*, 1987, 1276.

<sup>(135)</sup> Così prima della riforma G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia*, cit., 133; LIBONATI, *Responsabilità*, cit., II, 1519.

<sup>(136)</sup> Lo rileva DAL SOGLIO, *Sub art. 2497*, cit., 2324.

Comunque, a prescindere dalla divisibilità di queste argomentazioni, il regresso della capogruppo nei confronti di coloro che sono i reali autori dell'evento lesivo risulta capace di contemperare adeguatamente la tutela dell'interesse all'integrità patrimoniale dei creditori della dominata danneggiata (consentendogli di agire direttamente verso la capogruppo), con quello dei creditori della *holding*.

### 8.3. I profili di applicazione del regresso.

Laddove dal piano meramente teorico si passi ad esaminare il profilo applicativo dell'istituto, occorre però considerare come non sempre la soluzione — sostenuta dalla dottrina tradizionale — della rivalsa per intero della persona giuridica nei confronti dei componenti i propri organi risulti soluzione divisibile<sup>(137)</sup>. Si può affermare ciò in quanto, nell'imputare in via diretta e principale la responsabilità da eterodirezione abusiva alla capogruppo e non a coloro cui spetta la competenza in merito alla gestione secondo il modello organizzativo adottato, il legislatore della riforma pare aver accolto le osservazioni di quella dottrina secondo la quale “l'abuso di direzione unitaria non dipende per la massima parte da illegittimi desideri di arricchimento personale di chi detiene il potere nella capogruppo, ma dalla logica del gruppo che tende a concentrare ricchezza in talune organizzazioni piuttosto che in altre”. Ne consegue “l'opportunità di affrontare il problema senza soffermarsi su situazioni patologiche determinate dal comportamento illegittimo di uomini, quasi a voler seguire (solo) istanze sanzionatorie verso costoro; “e di tener (invece) conto della realtà economica del gruppo, imputando direttamente alla capogruppo il pregiudizio economico che la politica unitaria di gestione abbia arrecato a singole società operanti, quanto meno nell'ipotesi in cui coinvolga determinate coercizioni dell'iniziativa di tali società”<sup>(138)</sup>. Se questo è il motivo sotteso alla scelta normativa di prevedere nel nuovo art. 2497 c.c. una responsabilità per abuso di direzione unitaria imputata direttamente alla capogruppo e non ai suoi amministratori, esso risulterebbe palesemente tradito ove si consentisse in modo indifferenziato il regresso integrale della capogruppo nei confronti dei co-obbligati, che materialmente abbiano concorso alla realizzazione dell'illecito e, quindi, in primo luogo nei confronti dei suoi stessi amministratori. In tal modo, si reintrodurrebbe una soluzione iniqua in ordine alla re-

<sup>(137)</sup> Lo nota GUERRERA, *Illecito*, cit., 394.

<sup>(138)</sup> LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 200 ss.; conf. Trib. Orvieto, 4 novembre 1987, in *Giur. italiana*, 1988, II, 501, e Trib. Milano, 22 gennaio 2001, i quali imputano direttamente l'obbligazione risarcitoria alla capogruppo.

sponsabilità nel gruppo, perché si finirebbe col rendere questi ultimi “capri espiatori” di abusi perpetrati nell’interesse altrui<sup>(139)</sup>.

Per evitare un simile risultato è possibile ricorrere all’applicazione della tesi elaborata in materia di illeciti imputati alle organizzazioni collettive da una recente dottrina. Quest’ultima ha proposto di conciliare i criteri sul regresso previsti rispettivamente dagli artt. 1298-9, e 2055 c.c. Nel senso che “l’interesse passivo sottostante l’obbligazione extra-contrattuale... può configurarsi in termini... analoghi a quelli propri dell’“interesse” che sottende l’obbligazione di fonte negoziale”. Con la conseguenza che l’aspetto interno della corresponsabilità può risultare “virtualmente separato in diverse e complementari frazioni di cointeressenza obiettiva dell’illecito”. Simile premessa porta a concludere che in caso di *un’appropriazione collettiva* del profitto dell’attività svolta in violazione di interessi giuridicamente tutelati di terzi, il costo dell’adempimento dell’obbligazione risarcitoria non può essere riversato in *toto* sull’agente, ma deve, invece, gravare anche sull’ente in misura proporzionale all’entità della locupletazione che ne abbia ricavato<sup>(140)</sup>.

Questa tesi consente, nella fattispecie disciplinata dall’art. 2497 c.c., di evitare di traslare sugli organi della capogruppo l’onere economico di illeciti, di cui si avvantaggia esclusivamente quest’ultima.

Tale conclusione risulta confermata da quanto recentemente affermato in merito alla possibilità di esperire l’azione sociale di responsabilità *ex art.* 2392 ss. da parte della capogruppo nei confronti dei propri amministratori, laddove oggetto della domanda giudiziale sia il danno che la *holding* ha subito in conseguenza della condanna patita ai sensi dell’art. 2497, 1 co., c.c.<sup>(141)</sup>. Nell’ipotesi in cui la capogruppo si sia avvantaggiata direttamente (mediante, per es., l’imposizione di transazioni non remunerative per la eterodiretta) della lesione patrimoniale della dominata, conseguenza di un’eterodirezione abusiva, si è ritenuto che essa non possa invocare la violazione dell’art. 2497 c.c. a supporto di una condanna dei propri amministratori ai sensi dell’art. 2393 c.c., in quanto l’accoglimento della sua pretesa la reintegrerebbe di un arricchimento derivante da una condotta illegittima e perciò privo di una valida causa di attribuzione patrimoniale<sup>(142)</sup>.

D’altro canto, tale soluzione non risulta in contrasto con l’esigenza — sopra esposta — di tutela dei soci della capogruppo, ai quali

<sup>(139)</sup> PORTALE, *Capitale sociale*, cit., 86 ss. Riguardo al regresso dell’ente verso gli organi, secondo la ricostruzione della dottrina maggioritaria, v. sopra nt. 125.

<sup>(140)</sup> GUERRERA, *Illecito*, cit., 395 ss., cui appartengono anche i virgolettati.

<sup>(141)</sup> L’assimilabilità sotto il profilo funzionale dell’azione di regresso (di cui si tratta nel testo) e dell’azione *ex art.* 2332 c.c. contro gli amministratori sociali è evidenziata da VITTONI, *Reati*, cit., 805 ss.

<sup>(142)</sup> VALZER, *La responsabilità*, cit., 113 ss.

non possa imputarsi il concorso nell’abuso di eterodirezione, in quanto l’arricchimento della società cui essi partecipano si traduce in un corrispondente incremento del valore delle loro partecipazioni <sup>(143)</sup>; quindi non è iniquo che l’onere del risarcimento dell’abuso di eterodirezione rimanga addossato, in parte, sulla *holding* e, in ultima istanza, su loro stessi, beneficiari di un incremento patrimoniale derivante da un’attività illecita. Lo stesso discorso, peraltro, pare poter essere replicato anche per i creditori sociali, in relazione alla conservazione dell’integrità patrimoniale della capogruppo.

Ciononostante, l’idoneità del regresso a tutelare i soci e i creditori della capogruppo rimane ferma, nella misura in cui tale azione vale a riversare sugli autori materiali dell’illecito *non il danno costituito dalla doverosa restituzione dell’indebito vantaggio che la holding abbia tratto dall’abuso di eterodirezione, bensì l’onere economico consistente nelle ulteriori eventuali conseguenze pregiudizievoli di cui essa sia stata comunque chiamata a rispondere verso i danneggiati ex art. 2497, 1 co., c.c.* <sup>(144)</sup>. Infatti, non può negarsi l’illiceità della condotta degli organi della capogruppo, qualora, agendo nell’esercizio delle loro funzioni, la esponano ad una responsabilità per abuso di eterodirezione; né che l’onere risarcitorio connesso a tale illecito possa, magari, superare il vantaggio conseguito dalla *holding*. In tal caso si realizza “un negligente perseguimento dell’interesse imprenditoriale” di quest’ultima <sup>(145)</sup> e, dunque, la configurabilità della colpa dei componenti degli organi sociali concorrenti al realizzarsi del fatto lesivo (v. art. 2055, 2 co., c.c.). Pertanto, il regresso consente di sollevare l’ente — e con esso i suoi soci ed i suoi creditori —, dall’onere economico dell’obbligo risarcitorio per la parte che *eccede* il vantaggio indebitamente conseguito a seguito dell’eterodirezione contraria alla correttezza societaria ed imprenditoriale.

<sup>(143)</sup> Pertanto gli stessi potrebbero anche essere chiamati in responsabilità come beneficiari ex art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c., qualora si dimostri il carattere consapevole del loro arricchimento.

<sup>(144)</sup> BUSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità*, cit., 130, secondo i quali “la capogruppo [può essere] esposta a responsabilità che magari possono anche superare il vantaggio conseguito”.

<sup>(145)</sup> BUSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità*, cit., 130, secondo i quali non “può non darsi atto che l’interesse imprenditoriale proprio della capogruppo non è perseguito nel migliore dei modi quando la capogruppo medesima è esposta a responsabilità”; SALAFIA, *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2004, 8.

9. *Confronto fra la fattispecie di responsabilità di cui al 1 e 2 comma, prima parte 2497, c.c., al fine di definire l'ambito di applicazione della seconda fattispecie.*

La responsabilità dei soggetti che concorrono alla realizzazione dell'abuso di eterodirezione è oggetto di due fattispecie normative distinte. Il legislatore della riforma, cioè — come già rilevato — non si è limitato a riprodurre una norma modellata sulla falsariga dell'art. 2055 c.c., nella cui previsione può essere ricondotto qualunque contributo causalmente convergente verso la produzione di un evento lesivo unitario <sup>(146)</sup>. Al contrario, pur applicando i principi del concorso nell'illecito civile, la riforma ha adottato uno schema normativo nel quale la condotta di uno dei concorrenti, la capogruppo, è distinta rispetto a quelle che invece ricadono entro l'ambito di applicazione della clausola generale di cui al 2 co., dell'art. 2497 c.c., come è reso evidente dal fatto che l'obbligo risarcitorio per abuso di eterodirezione viene giustapposto a quello di “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo” <sup>(147)</sup>. Il discrimine fra le due diverse fattispecie di responsabilità è costituito — come già osservato — dalla differente condotta tenuta dagli obbligati in solido rispetto all'esercizio dell'attività di eterodirezione contraria ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale <sup>(148)</sup>.

Poiché la disposizione *ex art.* 2497, 2 co., prima parte, c.c. presenta una formulazione estremamente generica e ampia, risulta proficuo — al fine di determinarne l'ambito di applicazione — cercare di precisare i connotati della condotta capace di integrare gli estremi della fattispecie di responsabilità del 1 co. dell'art. 2497 c.c. Così facendo, i contributi suscettibili di determinare l'applicazione della responsabilità dei concorrenti possono essere individuati attraverso un procedimento *per esclusione*.

Tale modo di procedere pare coerente con la funzione che la disposizione relativa a “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo” esplica nel contesto del microsistema della responsabilità del gruppo. I termini generici e — probabilmente volutamente — ampi della previsione paiono idonei ad attribuirle un carattere *residuale* ri-

<sup>(146)</sup> V. sopra.

<sup>(147)</sup> In sostanza potremmo dire che fra le molteplici situazioni contingenti di concorso suscettibili di essere comprese entro la previsione dell'art. 2055 c.c., il combinato disposto dell'art. 2497, 1 e 2 co., prima parte, c.c. può essere applicato soltanto ad una di esse: quella in cui ad un contributo principale si aggiungano altre condotte accessorie.

<sup>(148)</sup> V. CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 54, che riconosce come i due commi diano luogo pur sempre a responsabilità, ma differenziate per titolo. V. sopra per la ricostruzione della fattispecie.



petto ai vari contributi causalmente efficienti rispetto alla realizzazione dell'evento dannoso (*id est* la violazione dell'obbligo di esercitare l'eterodirezione in conformità ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale) <sup>(149)</sup>: tutte le condotte eziologicamente convergenti verso il realizzarsi dell'abuso di eterodirezione, ma non integranti gli estremi del 1 comma dell'art. 2497 c.c., sono da ricondurre entro l'ambito di applicazione della previsione in esame.

Inoltre, il metodo che si intende utilizzare per ricostruire l'ambito di applicazione dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. risulta fondato anche in considerazione della sua formulazione letterale. La norma, infatti, applicandosi a “chiunque abbia *comunque* preso parte al fatto lesivo” (corsivo aggiunto), è certamente suscettibile di assumere una portata applicativa residuale rispetto alla disposizione che la precede, ossia capace di comprendere qualsivoglia condotta insuscettibile di integrare gli estremi dell'esercizio dell'eterodirezione contraria alla correttezza societaria ed imprenditoriale.

La fattispecie prevista dall'art. 2497, 1 co., c.c. tipizza <sup>(150)</sup> i tre elementi costitutivi dell'illecito ossia la condotta (l'agire nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento), l'evento lesivo (l'inadempimento dell'obbligazione *ex lege* che impone di uniformarsi ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale) e il danno conseguente all'inadempimento (ossia la lesione dell'aspettativa dei soci alla redditività e alla valorizzazione della partecipazione e dei creditori all'integrità del patrimonio sociale). Fra questi, due sembrano essere in particolare gli elementi che consentono di ricondurre un determinato atto alla previsione dell'art. 2497, 1 co., c.c. piuttosto che alla previsione di cui al comma successivo, prima parte:

a) in primo luogo l'atto dannoso fonte di responsabilità ai sensi dell'art. 2497, 1 comma, c.c. deve essere riconducibile ad un'*attività*, ossia ad una sequenza di atti fra loro coordinati sia strutturalmente, sia funzionalmente <sup>(151)</sup>. L'atto dannoso sanzionato dalla norma risulta, cioè, caratterizzato dall'inserimento (“Le società o gli enti che, *esercitando attività* di direzione e coordinamento di società, *agiscono...* in violazione ...” (corsivi aggiunti)) in un contesto ulteriore, costituito dall'esercizio di un'*attività*;

b) inoltre, col medesimo atto dannoso si estrinseca, si concretizza l'*esercizio* dell'attività di direzione e coordinamento. Ne consegue una specifica connotazione dello stesso, per quanto riguarda il suo conte-

<sup>(149)</sup> CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 52, il quale afferma proprio in relazione all'art. 2497, 2 co., c.c. prima parte, che una disposizione per la cui applicazione è sufficiente la realizzazione di un contributo meramente attuativo ha una funzione residuale.

<sup>(150)</sup> VALZER, *La responsabilità*, cit., 145.

<sup>(151)</sup> AULETTA, voce *Attività*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 952.

nuto, la sua incidenza rispetto allo svolgimento dei processi decisionali inerenti le scelte gestorie delle società del gruppo <sup>(152)</sup>.

### 9.1. Segue: *Il rilievo dell'attività per l'applicazione della responsabilità per abuso di direzione e coordinamento.*

Quanto al punto *sub a)*, la fattispecie di cui all'art. 2497, 1 co., c.c. può essere distinta da quella del capoverso successivo in base al fatto che la condotta rilevante per l'applicazione della prima viene qualificata collegandola al concetto di *attività* <sup>(153)</sup>. La norma che disciplina la responsabilità della capogruppo è caratterizzata da una prospettiva imprenditoriale, che non si esaurisce nel *singolo atto pregiudizievole*, “ma richiede di essere fondata su una *considerazione complessiva* del modo in cui è svolta l'attività di direzione e coordinamento” (corsi aggiunti) <sup>(154)</sup>.

Ne è conferma la previsione di cui all'ultimo periodo dell'articolo appena citato, a mente del quale è esclusa la responsabilità della *hol-*

<sup>(152)</sup> Come si cercherà di spiegare tra breve, nell'esame della disciplina dell'attività da eterodirezione abusiva attraverso i due elementi appena elencati assume un rilievo determinante la teoria dell'impresa, quale modello normativo idoneo a fornire spunti ricostruttivi in merito al problema del gruppo. L'interprete, cioè, pare legittimato ad avvalersi dello strumentario concettuale della teoria dell'impresa e a ricercare possibili analogie con tale fattispecie, in quanto anch'essa è definita come *attività* e connotata, al pari della disciplina di cui all'art. 2497 c.c., dal principio di *effettività* (per il rilievo dell'effettività rispetto all'art. 2497 c.c., P. FERRO LUZZI, *Indicazione negli atti e nella corrispondenza circa la soggezione della società a direzione e coordinamento di altre società*, in [www.dircom.it](http://www.dircom.it), III, 2004; CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 43 e 47. In relazione alla teoria dell'impresa v. per il rilievo dell'effettività ai fini della sua esistenza e della sua imputazione soggettiva, SPADA, voce *Impresa*, in *Digesto disc. priv. sez. com.*, VII, Torino, 1992, 41; OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 114). Inoltre, tale conclusione è coerente con l'assunto che ravvisa nel gruppo societario uno dei possibili modelli di organizzazione dell'impresa; “assunto che — per unanime convincimento degli interpreti — è alla base delle disposizioni del nuovo capo IX del libro V del codice civile” (G. SCOGNAMIGLIO, “*Calusole generali*” e *disciplina dei gruppi di società*, paper presentato al convegno “*Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale*”, Roma, 2011, [www.orizzontideldiritto.commerciale.it](http://www.orizzontideldiritto.commerciale.it), secondo la quale “le disposizioni degli art. 2497 e ss. c.c. disegnano la direzione e coordinamento di società come un peculiare modello di gestione dell'impresa (e specificamente dell'impresa organizzata in forma di gruppo)”).

<sup>(153)</sup> Per uno spunto DEMURO, *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione nelle s.r.l.*, Milano, 2010, 126 ss. il quale propone lo stesso criterio cui si ricorre nel testo per differenziare la responsabilità *ex art.* 2476, 7 co., c.c. dalla responsabilità, in cui il socio di s.r.l. dovrebbe incorrere come amministratore di fatto. Le considerazioni dell'autore, peraltro, paiono idonee a fornire uno spunto rilevante anche ai nostri fini (v. pag. 136).

Il rilievo dell'attività ai fini della disciplina di cui al capo IX è rilevata in generale da ultimo in VALZER, *La responsabilità*, cit., 203.

<sup>(154)</sup> ANGELICI, *La riforma*, cit., 196 ss.; MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 202; M. ROSSI, *Responsabilità*, cit., 658; G. FERRI, *Manuale*, cit., 497; LIBONATI, cit., 426; MAUGERI, *Partecipazione*, cit., 283; G. SCOGNAMIGLIO, *Danno*, cit., 948 ss. *Contra* BUSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità*, cit., 87-88.

*ding* “quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento”: una simile disposizione esplicita l’esigenza che l’azione contro la capogruppo si fondi su una valutazione complessiva dell’attività.

Il comma iniziale del nuovo capo IX del libro V, dunque, prevede una responsabilità riferita all’esercizio di *un’attività*; esso, pertanto, recepisce un modello normativo, proprio della teoria dell’impresa, c.d. “ad attività” <sup>(155)</sup>, caratterizzato dal valore ulteriore che quest’ultima esprime rispetto ai singoli atti di cui si compone.

Perciò, pare corretto ricondurre la responsabilità introdotta dall’art. 2497, 1 co., c.c. al *genus* della “responsabilità d’impresa” <sup>(156)</sup> e, di conseguenza, inquadrarla prima ancora che sul versante della disciplina societaria, sul piano del diritto dell’impresa <sup>(157)</sup>. Del resto la natura imprenditoriale dell’attività esercitata dalla capogruppo è assunto ormai pacifico in dottrina <sup>(158)</sup>.

Il 1 comma dell’art. 2497, c.c. riconosce che l’attività “deve necessariamente concretarsi, puntualizzarsi, trovare momenti tipici di espressione in atti <sup>(159)</sup>, ma questi, quand’anche in sé e per sé siano fondamentalmente tradizionali, dall’inserzione nell’attività fatalmente

<sup>(155)</sup> L’espressione è di P. FERRO LUZZI, *Contratti associativi*, Milano, 1976, *passim*; Id., *L’impresa*, Milano, 1985, 15 ss. ove si distingue fra due diversi schemi generali di disciplina dell’agire umano nel diritto privato: il sistema “a soggetto” e quello “ad attività”. Per considerazioni analoghe OPPO, *L’esperienza privatistica*, in AA.VV., *I principi generali del diritto*, Atti dei Convegni Lincei, Roma 1992, 230. *Ante* riforma, per una riflessione analoga v. TOMBARI, *Il gruppo*, 101 ss. e 208 ss.

Riconosce che l’attività sia, nella disciplina del gruppo, “centro di riferimento di una disciplina dettata per garantire il suo svolgimento nelle forma e nelle modalità necessarie a tutelare l’interesse collettivo in gioco; per tener conto, cioè, della complessa pluralità di interessi tra loro diversi quanto a pertinenza, tipo di tutela, ed intensità di tutela, con l’obiettivo di assicurare un’adeguata composizione degli stessi, risolvendo, o quanto meno attenuando, i conflitti che possono sorgere (e che normalmente sorgono)”, VALZER, *La responsabilità*, cit., 203 che cita CETRA, *L’impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003, 69, con riferimento al diritto generale dell’impresa. Le considerazioni di Valzer paiono molto vicine a quanto si afferma nel testo a proposito del fatto che l’art. 2497, 1 co., c.c. riproduce lo schema normativo c.d. “ad attività”.

<sup>(156)</sup> NIUTTA, *La novella*, cit., 399.

<sup>(157)</sup> Poiché il gruppo “è problema di impresa, prima ancora che problema di società” P. FERRO LUZZI, *Riflessioni sul gruppo (non creditizio)*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 17; conf. MAUGERI, *Partecipazione*, cit., 334; GUIZZI, *Partecipazioni qualificate*, cit., 249 ss.), la riflessione dottrinarica relativa alla teoria dell’impresa risulta acconcia a ricostruire sistematicamente la fattispecie di responsabilità da abuso di eterodirezione.

<sup>(158)</sup> La dimensione imprenditoriale in cui si colloca la disciplina della responsabilità da eterodirezione abusiva è espressamente indicata dalla lettera dell’art. 2497, 1 co., c.c., laddove parla del perseguimento di un interesse “imprenditoriale” proprio o altrui. La rilevanza essenziale di una politica imprenditoriale di gruppo nell’ambito del quale sia maturata la lesione agli interessi dei soci e dei creditori della dominata al fine dell’applicazione dell’art. 2497, 1 co., c.c. è evidenziata da VALZER, *La responsabilità*, cit., 88-89 nt. 3.

<sup>(159)</sup> V. infatti proprio il tenore letterale della disposizione citata che recita “Le società e gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento, *agiscono*...”

risultano alterati nella fisionomia e nella disciplina...”<sup>(160)</sup>. L’attività, dunque, acquista, nella fattispecie di responsabilità prevista dall’art. 2497, 1 co., c.c., un rilievo giuridico suo proprio, autonomo, “a prescindere dal rilievo proprio dei singoli atti che pure possono puntualizzarla”<sup>(161)</sup>: in tale disposizione l’attività costruisce un elemento giuridicamente rilevante dell’agire, ai fini della responsabilità risarcitoria, che non può essere esaurientemente riportato nello schema dell’atto. *Sul piano soggettivo, ne consegue che il responsabile ai sensi dell’art. 2497, 1 co., c.c., è individuato in funzione dell’esercizio di un’attività.*

Dunque, il rilievo dell’attività al fine di integrare la fattispecie disciplinata all’art. 2497, 1 co., c.c. vale a individuare un elemento distintivo fra quest’ultima e quella prevista al comma 2, prima parte. Il riferimento all’attività comporta che la responsabilità prevista dalla prima disposizione debba applicarsi alle singole, concrete, manifestazioni di un potere di eterogestione non limitato ad interventi *episodici ed occasionali*, bensì caratterizzato da *continuità e complessità*<sup>(162)</sup>. In altri termini l’art. 2497, 1 co., c.c. sanziona quegli atti che risultino *inseriti in un contesto ulteriore*, costituito dall’attività<sup>(163)</sup>.

Al contrario, nell’ambito di applicazione dell’art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., rientrano quelle condotte che non eccedono il singolo atto<sup>(164)</sup>. Non configura un’ipotesi di direzione e coordinamento, né di responsabilità per l’abuso della stessa, il compimento di un singolo atto o di atti sporadici di ingerenza nella gestione. Questi ultimi —

(l’attività si puntualizza in singole manifestazione contrarie ai principi di correttezza societaria e imprenditoriale).

<sup>(160)</sup> P. FERRO LUZZI, *Contratti*, cit., 205, il quale a nt. 19 rileva la necessità di studiare gli atti come momenti dell’attività e non questa come risultante dei primi. V. anche RIVOLTA, *Gli atti d’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 111, per il quale “detta unificazione [degli 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”.

<sup>(161)</sup> Ancora P. FERRO LUZZI, *Contratti*, cit., 190; LIBONATI, *Diritto*, cit., 6 per il quale l’attività d’impresa si dimostra “meritevole di considerazione giuridica su un piano distinto da quello degli atti di cui si compone”.

<sup>(162)</sup> Sottolineano il carattere continuativo e complesso dell’attività di direzione e coordinamento G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri*, cit., 191; BADINI CONFALONIERI-VENTURA, *Sub art. 2497*, cit., 2156; MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 202; CORSO, *La pubblicità dell’attività di direzione e coordinamento di società*, Milano, 2008, 38; BUSSOLETTI-LA MARCA, *Sub art. 2497*, cit., 84 ss.

<sup>(163)</sup> BADINI CONFALONIERI-VENTURA, *Sub art. 2497*, cit., 2156. Quanto detto nel testo è confermato dal rilievo secondo il quale “la disposizione [quella dell’art. 2497, 2 co., prima parte, c.c.] contempla una forma di partecipazione al fatto lesivo, secondo moduli che possono riecheggiare l’imputazione del fatto dannoso a più persone (art. 2055 c.c.) oppure la partecipazione di un terzo all’inadempimento. *La disposizione, così formulata quadra poco con una fattispecie di responsabilità [quella ex 1 co.] che non ha come parametro un singolo fatto lesivo...ma un comportamento complessivo...*” (corsivi aggiunti. ALESS. DI MAJO, *La responsabilità*, cit., 550).

<sup>(164)</sup> L’espressione, riferita all’impresa, è di AULETTA, voce *Attività*, cit., 982.

purché causalmente efficienti alla realizzazione dell'evento lesivo degli interessi dei soci minoritari e/o dei creditori della società eterodiretta — devono essere ricondotti alla previsione della responsabilità dei concorrenti, poiché al primo comma “il legislatore contempla [quale elemento costitutivo della fattispecie] « l'attività », dunque una pluralità di atti teleologicamente indirizzati ad uno scopo” (165).

Del resto, che la condotta idonea ad integrare gli estremi dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. possa non presentare i connotati propri dell'attività risulta chiaramente ricavabile dall'utilizzo nella stessa disposizione del termine “comunque”: quest'ultimo consente di desumere che per l'imputazione della responsabilità al concorrente è sufficiente una partecipazione anche occasionale, avvenuta a qualsiasi titolo e con qualunque modalità.

A smentire la differenza che si è appena cercato di evidenziare fra la condotta del soggetto responsabile ai sensi dell'art. 2497, 1 co., c.c. e quella imputabile a chi abbia preso parte al fatto lesivo non sembra sufficiente il richiamo da parte del capoverso dell'articolo in esame del concetto di partecipazione all'eterodirezione abusiva. Il contributo partecipativo, pur collegato all'attività di eterodirezione, non diviene frammento di quell'attività, che rimane propria ed esclusiva soltanto del soggetto responsabile ai sensi del comma 1 dell'art. 2497 c.c. Il riferimento alla partecipazione deve essere, infatti, inteso — come già detto — nel senso di convergenza causale verso la realizzazione di un unico evento dannoso, rimanendo però le condotte all'origine delle serie causali convergenti distinte.

Non pare, inoltre, condivisibile il rilievo per cui “consistendo quel “fatto lesivo” [menzionato dal capoverso dell'art. 2497 c.c.] non in singoli comportamenti, ma in un'attività appunto imprenditoriale, la partecipazione al primo significa che in concreto si è partecipato alla seconda” (166).

(165) MONTALENTI, *Direzione*, cit., 321; GIOVANNINI, *La responsabilità*, cit., 192, che afferma: “al fine di poter imputare il primo tipo di responsabilità (ex art. 2497, 1 co., c.c.) occorre individuare gli estremi di una vera e propria “attività” d'impresa, mentre l'insorgenza del secondo tipo (ex 2 co.) presuppone unicamente la partecipazione anche ad un singolo “atto” lesivo”. Il legislatore della riforma sembra aver recepito a livello normativo l'intuizione di quella dottrina che, *ante* riforma, distingue ai fini della responsabilità nei gruppi la “episodica induzione all'inadempimento dei doveri incomenti agli amministratori della controllata” dalla “avocazione “organizzata” di importanti aree della funzione gestoria” (GUERRERA, *Illecito*, cit., 133; *Id.*, *Gestione “di fatto” e funzione amministrativa nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 175 nt. 136, il quale ancora più chiaramente distingue fra “la compartecipazione episodica — in forma di induzione, cooperazione o agevolazione — a singoli, seppure gravi, atti di *mala gestio* degli organi legittimamente nominati e l'esercizio sistematico di un potere oppressivo di indirizzo e di controllo sull'attività degli organi legittimamente nominati”).

(166) ANGELICI, *La riforma*, cit., 200, seguito da VALZER, *La responsabilità*, cit., 102-103.

Infatti, l'abuso imputabile alla capogruppo si puntualizza in singoli atti concretamente dannosi per gli interessi tutelati dall'art. 2497, 1 co., c.c. <sup>(167)</sup>. Pare quindi possibile discernere l'*attività* di direzione e coordinamento dalle singole manifestazioni della stessa, dai singoli atti (dannosi) concreti in cui questa si puntualizza <sup>(168)</sup>.

Tale conclusione sembra trovare conferma:

— intanto a livello intuitivo: ciò che lede l'interesse dei soci esterni e dei creditori della dominata non è l'*attività* globalmente considerata, bensì le singole operazioni, i singoli atti tramite i quali essa si estrinseca <sup>(169)</sup>;

— inoltre, nella distinzione atto/*attività* proposta dalla teoria dell'impresa, ove i due concetti sono stati — come già visto sopra — maggiormente approfonditi. Al riguardo, infatti, si è affermato che “detta 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” <sup>(170)</sup>;

— infine, dall'applicazione della teoria dei vantaggi compensativi: l'idea, su cui essa si fonda, che l'*attività* risulti nel complesso legittima se i danni per una dominata siano compensati dai vantaggi ricavabili dall'appartenenza al gruppo, implica la possibilità di scomporre l'*attività* complessiva in singole operazioni ad essa riconducibili. In altri termini se l'intera *attività* fosse lesiva, da cosa potrebbe provenire la compensazione idonea ad elidere il danno per i soci ed i creditori della eterodiretta?

Ne consegue, che il “fatto lesivo” cui si prende parte ai sensi dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. *non è l'attività, ma i singoli atti di cui la stessa risulta composta.*

D'altronde, questo rilievo è quello che meglio riesce a spiegare il differente tenore letterale delle disposizioni di cui al 1 e al 2 co. prima parte, dell'art. 2497 c.c. Mentre la prima collega la responsabilità ad un atto compreso in una più ampia *attività*; la seconda, evidenziando la differenza fra “la dimensione diacronica dell'*attività*” e la “isolata

<sup>(167)</sup> Di ciò si può trovare conferma nello stesso tenore letterale della norma, la quale collega la responsabilità all'agire in violazione dei principi di correttezza societaria ed imprenditoriale, quindi a *specifici* comportamenti della capogruppo, riconducibili, tuttavia, entro il più ampio contesto dell'*attività* di eterodirezione.

<sup>(168)</sup> L'idea è proposta, sebbene in riferimento all'analisi di un diverso problema, da CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 49 ss.; ed è seguita anche da BUSSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità*, cit., 85.

<sup>(169)</sup> Per esempio la contrattazione a condizioni fuori mercato fra la eterodiretta e la capogruppo è una singola operazione lesiva. Affermano che “non può discutersi di responsabilità... se non in relazione a specifiche operazioni”, BUSSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità*, cit., 85.

<sup>(170)</sup> Si ripetono le parole di RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, cit., 111.

episodicità che parrebbe suggerita dalla locuzione « fatto lesivo »” deve condurre l’interprete a “radicalizzare una... differenza di piani fra le norme” (171). L’atto imputabile al concorrente, quindi, non può essere considerato come puntualizzazione dell’attività di direzione e coordinamento (172), non può caratterizzarsi per essere riconducibile al contesto ulteriore, rispetto alla sua dimensione episodica ed individuale, dell’attività di eterodirezione.

### 9.2. Il significato dell’espressione “esercitando attività di direzione e coordinamento”.

Passando al punto *sub b*), l’inciso “esercitando attività di direzione e ordinamento” utilizzato dalla lettera dell’art. 2497, 1 co., c.c. concorre a definire (*rectius a tipizzare*) la condotta sanzionata da tale disposizione: essa persegue l’atto che sia manifestazione dell’esercizio dell’attività di eterodirezione e il soggetto cui esso risulti imputabile.

Al contrario, sono responsabili ai sensi del 2 co., prima parte, dell’art. 2497, c.c., coloro che partecipano alla violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, ma il cui contributo non possa essere qualificato come atto di esercizio dell’attività di eterodirezione (abusiva).

Per determinare le condotte suscettibili di integrare la fattispecie di cui all’art. 2497, 1 co., c.c. e, a contrario, quelle perseguibili ai sensi della prima parte del capoverso del medesimo articolo si rende, dunque, necessario individuare quale significato attribuire all’espressione “esercizio dell’attività di direzione e coordinamento”.

A tal fine, pare possibile far riferimento a due strumenti interpretativi.

Da una parte, ai connotati che l’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento assume quale fenomeno della realtà economico-sociale. Il tentativo è cioè quello di ricostruire una nozione di carattere tipologico, ossia descrittiva di un fenomeno della realtà sociale (173).

(171) BUSSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità*, cit., 84.

(172) V. anche oltre per la differenza contenutistica fra l’atto espressione di eterodirezione e quello capace di fondare la responsabilità da concorso.

(173) Si rileva che rispetto all’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento l’esame della realtà economico-sociale risulta utile ed appropriato in quanto si tratta di ricostruire i connotati di un fenomeno (il gruppo), le cui caratteristiche appaiono nella prassi ben consolidate. In altri termini, si può affermare che la direzione unitaria delle società raggruppate costituisce un fenomeno “socialmente tipico”. Occorre peraltro rilevare che il riferimento alle caratteristiche assunte dall’attività di direzione unitaria nel contesto economico-sociale è stato normalmente utilizzato dalla dottrina precedente la riforma (cfr. PAVONE LA ROSA, “Controllo” e “gruppo”, cit., 15), proprio nell’intento di interpretare il significato di tale espressione utilizzata dal legislatore nella legge sull’amministrazione straordinaria, ma mai definita. Per il rilievo che “le differenze strutturali

L'utilizzo di una simile tecnica interpretativa risulta appropriato in relazione ad una norma — quella contenuta nell'art. 2497, 1 co., c.c. — rispetto alla quale il legislatore sembra aver abdicato a fissare tutti i criteri necessari alla relativa applicazione, rinviando implicitamente alla realtà economico-sociale per l'individuazione degli stessi <sup>(174)</sup>.

Dall'altra, possono essere valorizzate le indicazioni ricavabili dagli artt. 2497-bis e 2497-ter, che rappresentano, nell'ambito del capo IX, due disposizioni interpretabili in chiave di *Konzernorganisation-recht*.

### 9.2.1. *Il riferimento alla realtà economico-sociale come criterio interpretativo. Gli spunti ricavabili dalla teoria dell'impresa.*

Dal punto di vista della prassi, il concetto di direzione evoca l'esercizio di un potere gerarchicamente sovraordinato, che incide in modo determinante sui processi decisionali concernenti la gestione del gruppo <sup>(175)</sup>.

Tale considerazione induce a proporre una definizione di “*esercizio dell'attività di eterodirezione*” fondata sulla particolare modalità di formazione delle decisioni relative al governo del gruppo.

L'esercizio della direzione unitaria, infatti, si concretizza nell'elaborazione di un piano imprenditoriale globale e nella sua imposizione a tutte le società subordinate <sup>(176)</sup>; quindi nell'impartire agli organi direttivi delle controllate decisioni provenienti dalla società dominante, in modo che il gruppo viene ad essere gestito come un'entità unitaria, quasi si trattasse di una sola impresa. L'attività di direzione e coordi-

contrassegnanti i *concreti modelli organizzativi di Konzern perseguiti nella realtà economica di ciascun paese*” (corsivo aggiunto) assumono rilievo determinante nelle definizioni dottrinali di direzione unitaria (e nella determinazione della loro varietà), cfr. RONDINONE, *I gruppi*, cit., 336. Si noti, inoltre, che l'ausilio interpretativo fornito dalla realtà economico-sociale risulta tanto più importante a fronte di un disciplina quale quella di cui ci occupiamo (art. 2497, 1 co., c.c.) costruita per clausole generali. Lo studio della realtà economico sociale viene considerato, in generale, strumento di ausilio interpretativo dalla migliore dottrina civilistica.

V. i riferimenti contenuti in CARIELLO, *Controllo congiunto e accordi parasociali*, Milano, 1997, 27 ss. (in part. nt. 44); ed in ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, 3, Torino, 1993, 446 ss. alle ntt. 16 ss.

<sup>(174)</sup> Che il legislatore storico abbia volutamente evitato di definire il gruppo e (implicitamente) anche quell'attività di direzione e coordinamento che ne costituisce l'elemento qualificante si ricava chiaramente dalla relazione di accompagnamento al d.lgs. 6/2003.

<sup>(175)</sup> Cfr. G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi di società ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *I gruppi di società*, 1, Milano, 1996, 24 ss., secondo il quale la direzione unitaria è la più concreta manifestazione del *dominio* della capogruppo.

<sup>(176)</sup> GUERRERA *La responsabilità*, cit., 128; RONDINONE, *I gruppi*, cit., 337.



namento si risolve, cioè, nell’effettivo utilizzo da parte della capogruppo di una potere *determinante* “la gestione dei processi decisionali” delle società dominate (limitatamente alle scelte strategiche eterodirette) <sup>(177)</sup>. L’eterodirezione consiste in “una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo *idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell’impresa*, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale, che attengono alla conduzione degli affari sociali” <sup>(178)</sup>. Tali atti di indirizzo, in quanto riconosciuti vincolanti per gli organi gestori delle società eterodirette <sup>(179)</sup>, trascendono *in un potere decisionale pieno ed assoluto* relativo alle funzioni rientranti nella *Planung* di gruppo.

Del resto l’imputazione di un simile potere, come anche della responsabilità conseguente al suo effettivo esercizio, all’ente in posizione apicale rispetto alla struttura di gruppo risulta perfettamente coerente con la qualificazione dell’attività di direzione e coordinamento come attività di impresa ai sensi dell’art. 2082 c.c. <sup>(180)</sup>. Negli studi sulla teoria dell’impresa si afferma, infatti, che costituisce *presupposto giuridico* dell’imputazione della stessa oppure — secondo altra opinione <sup>(181)</sup> — una conseguenza di quest’ultima proprio la “direzione, cioè (il) governo (o [il] potere o [il] dominio o [la] sovranità)...” <sup>(182)</sup>. E si aggiunge, inoltre, — in modo singolarmente coincidente con lo schema normativo recepito nella norma in esame — che l’“imputazione dell’impresa significa anzitutto *responsabilità* originaria e diretta per l’impresa” (corsivo aggiunto). Ciò consente di affermare che imputare l’attività di direzione e coordinamento, avente natura imprenditoriale, ad un ente collettivo come fa l’art. 2497, 1 co., c.c. significa riconoscere ad esso quel potere determinante rispetto alla conduzione dell’impresa (di gruppo) che è proprio dell’imprenditore e

<sup>(177)</sup> MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 234, il quale arriva ad affermare che la capogruppo è legittimata dalla nuova disciplina del gruppo ad esercitare un potere “supplementare” capace di modificare in modo significativo la struttura di *governance* della società diretta.

<sup>(178)</sup> MONTALENTI, *Direzione*, cit., 321

<sup>(179)</sup> Sul punto v. MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 214 ss.

<sup>(180)</sup> Fra i molti GAMBINO, *Limitazione di responsabilità*, cit., 43; MAUGERI, *Partecipazione*, cit., 287. Ancora una volta — come già rilevato al punto precedente (*sub a*) — occorre constatare che la disciplina della responsabilità per eterodirezione abusiva è stata costruita secondo un modello normativo che costituisce un’applicazione del diritto dell’impresa: quest’ultimo pare essere stato rivisitato dal legislatore della riforma in modo da risultare applicabile all’impresa organizzata come gruppo di società.

<sup>(181)</sup> RIVOLTA, *Gli atti di impresa*, 223 ss.

<sup>(182)</sup> OPPO, voce *Impresa e imprenditore*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVI, Roma, 1989, 9, argomentando dall’art. 2086, c.c.. Conf. anche G. Rossi, *Il fenomeno*, cit., 24 ss. il quale afferma che l’impresa “è struttura gerarchica, fondamentalmente autoritaria, senza verifiche né contrappesi interni”.

la responsabilità conseguente al suo esercizio scorretto<sup>(183)</sup>. Anzi la dottrina ha affermato che è proprio in ragione “della posizione di comando sull’universalità” delle società facenti parte del gruppo che riposa la qualifica imprenditoriale dell’attività esercitata dalla *holding* e della responsabilità che da essa deriva<sup>(184)</sup>.

L’esame dei dati ricavabili dalla realtà economico-sociale oltre gli spunti provenienti dalla teoria dell’impresa indicano, dunque, che l’*esercizio* dell’attività di direzione e coordinamento si estrinseca nel *determinare contenuti, modalità, tempi di attuazione delle scelte strategiche ed operative del gruppo*. In altri termini, l’attività rilevante per l’imputazione della responsabilità principale prevista dal 1 co. dell’art. 2497 consiste nel *disporre* della strategia gestoria unitaria del gruppo<sup>(185)</sup>.

In una prospettiva più direttamente attinente all’illecito — dunque nella prospettiva patologica che caratterizza la disposizione in esame — gli enti collettivi responsabili ai sensi del comma 1 dell’art. 2497 c.c. sono quelli ai quali possa essere attribuito — per il contributo decisivo e vincolante fornito alla (etero)determinazione delle scelte gestorie dannose per i soci e i creditori della eterodiretta — il domino del fatto lesivo (c.d. *Tatherrschaft*), nel senso che ne determinano il se e il come “guidandolo interamente e costruendolo”<sup>(186)</sup>.

#### 9.2.2. Segue: *gli spunti ricavabili dagli artt. 2497-bis e ter.*

Quanto appena osservato trova conferma nella nuova disposizione normativa dell’art. 2497-ter.

L’importanza di questa disposizione ai fini della ricostruzione del significato del lemma “esercizio dell’attività di direzione e coordina-

<sup>(183)</sup> NIUTTA, *La novella*, cit., 399, che rileva come il fondamento dell’azione ex art. 2497, c.c. risiede nell’effettivo esercizio dell’impresa di “gruppo” e pertanto può essere ascritta al *genus* della responsabilità d’impresa.

<sup>(184)</sup> OPPO, *Principi*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da BUONOCORE, sez. 1, tomo I, Torino, 2001, 20.

<sup>(185)</sup> Così CARIELLO, *Dal controllo*, 55. In senso analogo v. anche le osservazioni di LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 269; e *ante riforma*, RONDINONE, *Esercizio della direzione unitaria ed acquisto della qualità di imprenditore commerciale*, in *Giur. comm.*, 1991, II, 417; MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in *I gruppi di società, Atti del convegno internazionale di studio*, AA.VV., Milano, 1996, 1557, il quale afferma che “l’esercizio... di direzione sulla controllata inevitabilmente attrae la scelta in ordine al se al quando al come attuare la direzione unitaria nell’ambito delle scelte di gestione.

<sup>(186)</sup> Nel testo si mutua la terminologia proposta dalla scienza penalistica in relazione all’istituto del concorso di persone nel reato. Cfr. ROXIN, *Tätherschaft und Tatherrschaft*, Berlin-New York, 1984, 127, in merito alla definizione di *Tatherrschaft*. Al parallelo con il concetto di signoria sul fatto di matrice penalistica induce il modo in cui la dottrina commercialistica ha definito i responsabili ai sensi del 1 co. dell’art. 2497 c.c., ossia come “artefici dei processi decisionali” (CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 56) concernenti la direzione del gruppo.

mento” deriva dal rapporto che essa stabilisce — in una delle poche norme di organizzazione del capo IX — tra le direttive della capogruppo e i doveri degli amministratori delle società eterodirette. Determinando i caratteri dell’influenza esercitata dalla capogruppo, è possibile anche definire i contorni della responsabilità che ad essa consegue, qualora risulti abusiva <sup>(187)</sup>.

Alla disposizione in esame è stato attribuito un rilievo decisivo per sostenere l’abdicazione da parte degli amministratori delle società eterodirette all’autonomia di giudizio di cui costoro godono in merito alla gestione sociale nella società monade e per riconoscere un concreto e penetrante potere giuridico di ingerenza della *holding* in ordine alla gestione delle dominate.

La lettera della norma, letta in parallelo con l’art. 2391, comma 2, c.c. (applicabile alla società monade), evidenzia che sugli amministratori delle società figlie grava un obbligo di mera ricognizione analitica degli interessi che hanno inciso sulla decisione gestoria, quando questa non sia *presa autonomamente dagli stessi*, bensì *influenzata dall’ente esercente l’attività di direzione e coordinamento* <sup>(188)</sup>. L’art. 2497-ter prescrive qualcosa di meno rispetto all’art. 2391 c.c. se non altro in relazione al giudizio di merito che l’amministratore della società eterodiretta è tenuto ad effettuare prima di attuare la direttiva: nella prima disposizione il legislatore rinuncia ad imporre agli amministratori della società eterodiretta la valutazione della convenienza dell’operazione e, quindi, della sua compatibilità con l’interesse sociale prevista invece nella seconda.

Tale diverso contenuto precettivo della norma in materia di motivazione delle decisioni nel gruppo è stato ritenuto inspiegabile se non riconoscendo alla società che esercita l’attività di eterodirezione un potere *determinante e giuridicamente vincolante rispetto alla conduzione degli affari delle singole società del gruppo*.

L’esegesi dell’art. 2497-ter, pertanto, conferma quanto rilevato in merito al carattere *decisivo e determinante* che il comportamento sanzionato dal 1 comma, dell’art. 2497 c.c. assume nei processi decisionali concernenti la gestione del gruppo <sup>(189)</sup>.

<sup>(187)</sup> V. MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 201, il quale afferma che “tra potere (della capogruppo) e responsabilità sussiste uno stretto rapporto di indipendenza”.

<sup>(188)</sup> MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 201 ss., al quale si rimanda per la ricostruzione del potere “supplementare” della capogruppo. L’autore in particolare riconosce a pag. 224-225 che “tra la motivazione di cui all’art. 2391, comma 2, c.c., per la società monade e quella ex art. 2497-ter c.c., per la società soggetta a direzione e coordinamento passa la stessa differenza che intercorre fra la giustificazione della convenienza di *una decisione presa in proprio* e un’attestazione... della legittimità di *una decisione presa da altri*” (corsivi aggiunti).

<sup>(189)</sup> MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 215, il quale afferma che “la nuova disci-

Qualche spunto a favore della ricostruzione proposta del lemma “esercizio dell’attività di direzione e coordinamento” può essere tratto, inoltre, dall’art. 2497-*bis*. Si è rilevato, infatti, che la *ratio* della disciplina pubblicitaria è quella di rendere noto a chi entra in contatto con la dominata che la sua attività è riconducibile ad un ambito più vasto, costituito dall’impresa di gruppo, la cui strategia è determinata dalla *holding*. Questa, infatti, esercita poteri tali da incidere in maniera penetrante sugli obiettivi e sulla gestione della eterodiretta.

Ma allora la *ratio* dell’art. 2497-*bis* conferma “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 una rilevanza qualitativamente diversa dalla conoscenza di chi sia il socio di controllo” <sup>(190)</sup>.

### 9.3. *La ricostruzione delle condotte sanzionabili ex art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. I contributi in fase di elaborazione dell’eterodirezione abusiva.*

La ricostruzione appena effettuata dei tratti caratterizzanti l’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento — e della responsabilità conseguente al suo abuso — consente di concludere che la disposizione *ex art. 2497, 1 co., c.c. costituisce il referente normativo della distinta rilevanza, ai fini sanzionatori, delle manifestazioni di esercizio dell’attività di direzione e coordinamento espressive di una sua effettiva disponibilità* <sup>(191)</sup>.

Una volta determinati i connotati, sotto il profilo della condotta, della fattispecie di cui al 1 comma, dell’art. 2497 c.c. diviene possibile procedere alla definizione *a contrario* dell’ambito di applicazione del 2 comma.

Il combinato disposto dell’art. 2497, 1 e 2 co., c.c., sanziona con una responsabilità risarcitoria solidale — in applicazione della regola generale sul concorso nell’illecito civile — i contributi causalmente efficienti rispetto alla produzione dell’evento lesivo unitario.

Tra questi, *soltanto quelli costituenti manifestazione dell’attività consistente nel decidere con sovranità ed indipendenza l’an e il quo-*

plina dell’attività di direzione e coordinamento suggerisce con forza una lettura in cui da un lato gli amministratori della società figlia fanno un passo indietro, abdicando a (almeno alcune di) quelle competenze che spettano loro nella società monade, e, dall’altro, tale *potere decisionale* viene attribuito alla capogruppo...” (corsivi aggiunti).

<sup>(190)</sup> VALZER, *Il potere*, cit., 855.

<sup>(191)</sup> CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 55, che infatti ricorre a tale espressione per caratterizzare e, quindi, distinguere, la responsabilità comminata dal 1 co. da quella prevista dal 2 comma dell’art. 2497, prima parte, c.c.

*modo dell'eterodirezione* delle società del gruppo integrano la responsabilità di cui al 1 co. <sup>(192)</sup>.

*Le rimanenti condotte causalmente convergenti verso la violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale ricadono, invece, nell'ambito di applicazione residuale di cui al 2 comma, prima parte.*

Se i contributi suscettibili di integrare quest'ultima disposizione non possono essere espressione del dominio, della *Tatherrschaft* sui processi decisionali riguardanti la strategia imprenditoriale del gruppo, essi consisteranno, pertanto, in un “apporto o contributo causale alla produzione del danno, in fase di elaborazione e/o attuazione di un'attività di direzione e coordinamento contraria con principi di correttezza societaria e imprenditoriale” <sup>(193)</sup>.

Dovendo la condotta rilevante per l'applicazione dell'art. 2497, 2 co, prima parte, c.c. essere distinta — come già rilevato — da quella sussumibile nella fattispecie prevista dalla norma precedente (art. 2497, 1 co., c.c.), essa non potrà che assumere tali due possibili configurazioni. Entrambe, infatti, risultano agevolmente riconducibili entro il significato semantico dell'espressione scelta dal legislatore per costruire la fattispecie in esame, dato che certamente realizzano una “collaborazione”, o per meglio dire, una “com-partecipazione” alla realizzazione dell'evento dannoso. Ed entrambe consentono, inoltre, di identificare un contributo partecipativo che non si identifica con la condotta di “esercizio” dell'attività di eterodirezione.

Peraltro, se l'individuazione di un contributo causale *qualitativamente diverso* da quello consistente nel determinare con sovranità ed indipendenza l'*an* e il *quomodo* dell'eterodirezione (perseguibile ex art. 2497, 1 co., c.c.) è agevole a fronte di condotte meramente attuative delle direttive impartite dalla capogruppo <sup>(194)</sup>, qualche riflessione supplementare merita l'apporto in fase di elaborazione dell'attività di eterodirezione abusiva.

L'analisi finora svolta in merito al combinato disposto di cui ai commi 1 e 2, prima parte, dell'art. 2497 c.c., infatti, deve essere utilizzata per spiegare in che senso ed in che limiti si possa parlare, in riferimento a quest'ultima categoria di condotte, di una compartecipazione all'abuso di eterodirezione.

<sup>(192)</sup> Per spunti in merito al significato di “esercizio della direzione e coordinamento” ricavabili dall'indagine comparatistica, si rimanda a BENEDETTI, *Le anomalie nel rapporto fra il controlling creditor e le imprese finanziate: spunti comparatistici*, in RDS, 2011, § 7.

<sup>(193)</sup> CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 58.

<sup>(194)</sup> Posto che il termine esercitare implica un potere dispositivo che si contrappone ad un'attività meramente attuativa, che ha l'esercizio del potere dispositivo come proprio presupposto.

Per quanto notato circa la chiara distinzione che il legislatore ha previsto fra le due fattispecie di responsabilità rispettivamente della capogruppo e dei concorrenti, il contributo perseguibile a titolo di concorso non può assumere un'incidenza nella formazione delle direttive (abusive) concernenti il governo del gruppo analoga a quella del contributo proveniente dalla società o dall'ente che *esercita* l'attività di direzione e coordinamento. Quindi la partecipazione dei concorrenti all'abuso di eterodirezione deve assumere forme capaci di dar luogo ad una "integrazione" del potere decisionale della capogruppo, ma non può travalicare in un potere decisionale pieno ed assoluto che sostituisca (invece di integrare) la decisione della *holding* nella titolarità e nel contenuto <sup>(195)</sup>.

Volendo esemplificare, i contributi in fase di elaborazione delle direttive pregiudizievoli suscettibili di ricadere entro l'ambito applicativo del 2 co., prima parte, dell'art. 2497 c.c. possono assumere la forma del parere vincolante, dell'autorizzazione, dell'approvazione, dell'induzione, posto che per mezzo di essi si esercita un potere di indirizzo, che — in coerenza con quanto detto — concorre alla formazione di una *decisione*, la quale, però, rimane pur sempre *altrui* <sup>(196)</sup>, *ingrandola* <sup>(197)</sup>.

In altri termini, la partecipazione in fase di elaborazione dell'eterodirezione abusiva, rilevante ai sensi dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. non può che assumere una delle seguenti connotazioni: essa può costituire la condizione necessaria della condotta principale della capogruppo; oppure può indirizzarsi direttamente verso l'evento dannoso per i soci e i creditori della dominata senza incidere con efficacia eziologica sul comportamento della *holding* <sup>(198)</sup>.

Più specificamente, entrambe le ipotesi possono ricorrere quando l'intervento del partecipe preceda l'inizio della condotta principale della capogruppo. In tal caso, il contributo del concorrente può indirizzarsi verso la condotta principale, successiva, e costituirne una con-

<sup>(195)</sup> I contributi rilevanti *ex art.* 2497, 2 co., prima parte, c.c. danno luogo ad una partecipazione alla formazione dei processi decisionali riguardanti il gruppo ontologicamente e qualitativamente diversa da quella cui dà luogo il contributo del soggetto responsabile ai sensi del 1 comma.

<sup>(196)</sup> Nel nostro caso del responsabile *ex* 1 comma dell'art. 2497 c.c.

<sup>(197)</sup> Si veda quanto affermato da CARIELLO, *Sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, Milano, 2009, 233 nt. 282, sebbene con riferimento all'ingerenza gestoria del consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico. E v. per ulteriori approfondimenti in ordine all'individuazione di contributi concorrenti in fase di elaborazione dell'attività di eterodirezione oltre nel testo prgr. 11.

<sup>(198)</sup> La ricostruzione nel testo trae spunto dalla riflessione di VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1995, 1364, relativa al concetto di partecipazione causale nel concorso di persone nel reato.

dizione necessaria<sup>(199)</sup>; oppure può rivolgersi direttamente verso l'evento, consentendo, mediante una modifica delle circostanze di fatto tale da rendere più “vulnerabile” il bene protetto, che la condotta principale produca i suoi effetti lesivi<sup>(200)</sup>.

Quando invece l'apporto del concorrente è successivo alla condotta della capogruppo occorre distinguere due sotto-ipotesi. Se l'intervento sopravviene quando la condotta principale è in corso, esso può influire sulle modalità di quest'ultima e, in tal caso, il contributo può essere considerato condizione necessaria dell'altrui condotta principale<sup>(201)</sup>. Se, invece, l'intervento del partecipe si inserisce quando la condotta principale è già completamente esaurita, esso non potrà, naturalmente, esplicitare alcun influsso causale sulla stessa. In tale ipotesi resta una sola possibilità di tipizzare in termini causali l'apporto del concorrente: quella di accertare se esso abbia determinato l'esistenza dell'evento<sup>(202)</sup>.

#### 9.4. Conclusioni.

La ricostruzione proposta dimostra che l'imputazione dell'obbligazione risarcitoria ai coresponsabili ai sensi del combinato disposto dell'art. 2497, 1 e 2 co., prima parte, c.c. è fondata su titoli differenti, i quali riflettono il diverso rapporto dei concorrenti rispetto al fatto lesivo che contribuiscono a causare. In particolare mentre la responsabilità di cui al 1 co. dell'art. 2497 c.c. consegue alla realizzazione dell'illecito lì tipizzato; quella di “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo” deriva da un contributo atipico — come tale idoneo a comprendere ogni condotta non integrante gli estremi della fattispecie di responsabilità precedente — purché causalmente efficiente rispetto all'abuso di eterodirezione<sup>(203)</sup>.

<sup>(199)</sup> Si pensi alle ipotesi di induzione degli amministratori della capogruppo alla violazione dell'obbligazione *ex lege* di correttezza implicitamente imposta alla capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, dall'art. 2497, 1 co., c.c.

<sup>(200)</sup> Si pensi all'erogazione di un finanziamento che appaia *indispensabile* alla realizzazione di un'operazione integrante gli estremi dell'eterodirezione abusiva.

<sup>(201)</sup> Si pensi ai contributi in fase di elaborazione di una direttiva lesiva che possono derivare dall'intervento dell'organo assembleare nell'esercizio dell'eterodirezione, che verrà esaminato oltre.

<sup>(202)</sup> Come accade, normalmente, a fronte dei contributi che intervengono nella fase attuativa dell'eterodirezione (es. quello degli amministratori della capogruppo e della eterodiretta).

<sup>(203)</sup> Tali connotati del combinato disposto di cui all'art. 2497 1 e 2 co., prima parte, c.c., unitamente al rapporto di pregiudizialità-dipendenza che lega le due ipotesi di responsabilità lì previste, indicano la trasposizione nell'ambito della disciplina della responsabilità nel gruppo di uno schema normativo analogo a quello adottato dalla dottrina per inquadrare teoricamente il fenomeno del concorso di persone nel reato. Anche in ambito penale, infatti, si afferma che la differenza fra reità o correatità e mera partecipazione o complicità (ovvero fra autoria e complicità) dipende dal carattere tipico o

10. *Funzione sistematica della responsabilità ex art. 2497, 2 co., prima parte, c.c.*

10.1. *Considerazioni generali.*

Come rilevato nel paragrafo precedente il legislatore sembra aver voluto tipizzare la fattispecie di responsabilità di cui al 1 comma dell'art. 2497 c.c. con riguardo a tutti gli elementi costitutivi della figura di illecito sanzionata: sia sotto il profilo soggettivo, laddove i legittimati passivi vengono ristretti ai soli enti collettivi<sup>(204)</sup>; sia sotto il profilo della condotta illecita, che risulta ricostruibile nei suoi tratti essenziali — seppure descritta mediante l'utilizzo di clausole generali (i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale<sup>(205)</sup>) —, ricorrendo all'ausilio interpretativo dei dati ricavabili dalla realtà economico-sociale e dai frammenti di *Konzernorganisationsrecht* contenuti nel capo IX; sia, infine, sotto il profilo del danno risarcibile.

In particolare si è sostenuto che l'elemento capace di connotare la responsabilità di cui al 1 comma è il riferimento all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, di cui — secondo la lettera della disposizione — l'atto dannoso fonte di responsabilità deve essere espressione. L'attività di direzione e coordinamento è un fenomeno socialmente tipico, che può essere agevolmente colto nelle sue concrete esplicazioni. Pertanto è possibile risalire da essa ai soggetti a cui è imputabile il relativo esercizio, individuando così l'ente responsabile ai sensi dell'art. 2497, 1 co., c.c.

Tale disposizione, quindi, prevede una fattispecie di responsabilità fortemente connotata, alla quale consegue un ambito di applicazione ben delimitato.

Rispetto ad una disposizione aventi simili caratteristiche, il 2 comma prima parte dell'articolo di apertura del capo IX costituisce una sorta di correttivo, capace di controbilanciare i limiti di applicazione di quello precedente. Già di per sé, infatti, una disposizione che sancisca una responsabilità a titolo di concorso risulta caratterizzata da una marcata “*vis estensiva*”<sup>(206)</sup>.

atipico dell'azione svolta dai diversi responsabili. Cfr. LATAGLIATA, voce *Concorso di persone nel reato, Diritto penale*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 568; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 454; COCO, *L'imputazione*, cit., 89. Un analogo rilievo è presente anche in VALZER, *La responsabilità*, cit., 146 nt. 98.

<sup>(204)</sup> In termini penalistici si tratterebbe di un illecito proprio.

<sup>(205)</sup> Per un'ampia ricostruzione dei quali cfr. G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, cit.

<sup>(206)</sup> V. quanto rilevato in relazione, specificamente, al concorso di persone nel reato, ma con considerazioni valide in generale ogni qual volta il legislatore preveda una responsabilità da concorso da AZZALI, *Concorso di persone*, cit., 1353. In relazione alla disposizione in esame v. per osservazioni sostanzialmente coincidenti con quelle qui ac-



La funzione della fattispecie dei concorrenti all’abuso di eterodirezione è stata, perciò, correttamente definita come “valvola di sicurezza” del sistema della responsabilità nel gruppo. L’espressione allude alla capacità espansiva propria della disposizione, la quale risulta idonea a fondare una “trasmissione concentrica” della responsabilità della capogruppo non solo all’interno, ma anche all’esterno del gruppo.

Una simile descrizione della funzione sistematica espletata dalla responsabilità di “chi abbia preso parte al fatto lesivo” risulta particolarmente appropriata in riferimento ad una fattispecie di illecito da qualificare teoricamente come un’ipotesi di cooperazione dei terzi ad un inadempimento imputabile, in prima istanza, alla capogruppo.

Laddove ricorra tale figura, infatti, le condotte dei concorrenti traggono la loro antigiridicità dal fatto di poter essere apprezzate come forme di partecipazione all’inadempimento dell’obbligazione altrui. I concorrenti, proprio perché materialmente cooperano all’inadempimento del debitore, entrano nel circuito della responsabilità contrattuale; *la particolare forza di cui è dotato il rapporto obbligatorio attrae nella propria sfera di influenza le intrusioni dei terzi nella sua fase di attuazione* <sup>(207)</sup>. Il concorso di terzi all’inadempimento del debitore determina quell’*ampliamento* soggettivo della responsabilità rispetto all’estensione soggettiva dell’obbligo di prestazione <sup>(208)</sup>, costituente la funzione attribuibile alla fattispecie di cui all’art. 2497, 2 co., c.c., nel sistema della responsabilità nel gruppo.

La previsione in esame, dunque, si presta, per la sua formulazione estremamente — anche se è da ritenere volutamente — ampia, a ricondurre a responsabilità anche forme sfuggenti di partecipazione all’abuso di eterodirezione.

Tale risultato deriva dallo stesso tenore letterale della previsione in esame, la quale si limita, essendo una norma incriminatrice, a de-

colte nel testo SANTONASTASO, *Unico azionista, attività di direzione e coordinamento, responsabilità patrimoniale*, in *Scritti in onore di Buonocore*, Vol. III, Tomo III, 2005, Milano, 3809, che attribuisce alla norma una “funzione residuale”. Anche nell’ordinamento tedesco esistono disposizioni che esplicano una funzione estensiva della responsabilità della capogruppo ex § 317, Abs. 1, AktG. Si tratta del § 317 Abs. 3, AktG che sanziona i *gesetzlichen Vertreter* della *holding* (v. VETTER, § 317, cit., 2968; RONDINONE, *I gruppi*, 639; e del § 318 che sanziona i membri del *Vorstand* e del *Aufsichtsrat* (v. VETTER, § 318, cit., 2976 ss.; RONDINONE, *I gruppi*, cit., 642 ss.). Entrambe le norme dell’ordinamento tedesco citate prevedono al pari dell’art. 2497, 2 co., c.c. una responsabilità solidale dei legittimati passivi con la capogruppo. Una funzione estensiva della responsabilità ex § 317, Abs. 1, AktG. è svolta nel diritto tedesco anche dal § 117 AktG. (v. RONDINONE, *I Gruppi*, 639).

<sup>(207)</sup> A. DI MAJO, *La responsabilità*, cit., 52.

<sup>(208)</sup> CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 170. Le argomentazioni proposte dall’autore per giustificare la qualificazione in termini contrattuali della responsabilità del terzo complice, mi sembrano comunque pertinenti a prescindere dalla natura che si attribuisca alla stessa (contrattuale o extracontrattuale).

scrivere la condotta sanzionata e a stabilirne le conseguenze in termini di imputazione di una obbligazione risarcitoria, senza però chiarire quale tipo di condotte integrino gli estremi del “prendere parte”. La condotta partecipativa non risulta connotata da alcun elemento né oggettivo né soggettivo che la tipizzi — salvo il richiamo, tramite il lemma “prendere parte”, alla convergenza causale verso la produzione dell’evento inadempimento (v. sopra) — definendone i contorni e limitando, di conseguenza, la capacità espansiva della disposizione che la disciplina <sup>(209)</sup>. Pertanto, l’art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. prevede come elemento costitutivo della propria fattispecie una partecipazione (che potremmo definire, mutuando un’espressione propria della scienza penalistica) a forma libera <sup>(210)</sup>. Tale tecnica normativa consente di attribuire una notevole latitudine all’ambito di applicazione della previsione, in modo da conferirgli la massima copertura sanzionatoria.

Quanto appena rilevato in merito alla fattispecie in esame trova conferma semplicemente confrontandola con quella di cui all’art. 2476, 7 co, c.c. A prescindere dalle possibili interferenze fra le due previsioni, è certo che entrambe disciplinano una responsabilità da concorso in un comportamento altrui, sanzionato dalla legge. Tuttavia, mentre la condotta del responsabile ai sensi della norma prevista per le s.r.l. è tipizzata sotto il profilo sia dell’autore (il socio) <sup>(211)</sup> sia della condotta (l’autorizzare o il decidere atti degli amministratori dannosi per la società, i soci e i terzi), sia, infine, dell’elemento soggettivo (occorre aver agito “intenzionalmente”); al contrario, come detto, l’art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. non pone alcuna limitazione in ordine al proprio ambito di applicazione né restringendo il novero dei soggetti che possono prendere parte al fatto lesivo <sup>(212)</sup>, né individuando i connotati della condotta partecipativa (salvo il suo dover essere causa dell’evento di danno). Da qui, l’ampia capacità espansiva della seconda disposizione.

D’altronde, ulteriore indice normativo della volontà del legislatore di introdurre una fattispecie di responsabilità dai limiti applicativi estremamente ampi ed elastici deve essere considerato l’utilizzo dell’avverbio “comunque”. Attribuendo un adeguato rilievo al tenore letterale

<sup>(209)</sup> GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 57 che riconosce la capacità espansiva dell’art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. rispetto a tutti i possibili contributi causali provenienti dal socio all’abuso di eterodirezione, posto che la norma “prescinde totalmente dalla forma del suo concorso al compimento dell’atto”.

<sup>(210)</sup> Analogamente VALZER, *La responsabilità*, cit., 145 definisce l’illecito censurato dall’art. 2497, 1 co., c.c. a condotta vincolata.

<sup>(211)</sup> Utilizzando ancora una volta la terminologia penalistica, si deve parlare di un illecito proprio del socio.

<sup>(212)</sup> Si ricorre, infatti, quanto ai legittimati passivi al rimedio, alla generica espressione “chi”.

delle espressioni utilizzate dal legislatore (cfr. art. 12 prel. al c.c.), questo termine deve essere interpretato come volto ad attrarre entro l'ambito di applicazione della prescrizione tutti i comportamenti illeciti, che abbiano (con-)causato la realizzazione dell'evento dannoso, in qualunque modo essi siano connotati sia sotto il profilo oggettivo sia sotto il profilo soggettivo. Tale avverbio, infatti, rivestendo una valenza alquanto limitata al fine di determinare la fattispecie cui consegue l'obbligazione risarcitoria, sembra essere stato introdotto in quanto funzionale a “quelle tecniche di legislazione che non si limitano a determinare i rapporti regolati, ma indicano altresì la *ratio* della loro regolazione” (213). *Ratio* che, coerentemente con il significato letterale di tale termine, deve essere individuata proprio nella possibilità di comprendere entro la previsione sanzionatoria *qualsiasi* contributo causalmente efficiente rispetto all'abuso di eterodirezione, non suscettibile di integrare gli estremi della responsabilità della capogruppo.

Da altra prospettiva (214), il capoverso della norma in commento determina un'estensione dell'applicazione della disciplina dettata per un illecito normativamente tipizzato anche a condotte atipiche ed accessorie a quelle della capogruppo (215).

Riassuntivamente, è possibile affermare che il combinato disposto dell'art. 2497, 1 e 2 comma, prima parte, c.c. rende sanzionabili — in applicazione della regola generale sul concorso nell'illecito civile — le condotte eziologicamente convergenti verso la realizzazione dell'evento dannoso costituito dalla violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Rispetto all'eventuale pluralità di contributi concorrenti, la disposizione del 2 comma, prima parte, dell'art. 2497 c.c., comprende quelli fra essi che non possano essere qualificati come atti costituenti l'espressione dell'attività di etero-*determinazione* delle scelte strategiche riguardanti il gruppo. La norma in esame adempie, cioè, una *funzione sistematica residuale* in relazione ai contributi causalmente efficienti rispetto al verificarsi dell'evento dannoso.

La *ratio* dell'introduzione di una simile disposizione deve essere individuata nell'esigenza di apprestare una tutela *sostanziale* dei danneggiati, ossia nella necessità di garantire loro l'effettività del rimedio risarcitorio. Il 2 comma, prima parte dell'art. 2497, c.c., in altre pa-

(213) GALGANO, *Diritto*, cit., I, 124.

(214) In particolare quella che valorizzi il parallelo che si è più volte richiamato fra lo schema normativo adottato dal legislatore nel combinato disposto di cui all'art. 2497, 1 e 2 co., prima parte, c.c. e l'istituto del concorso di persone nel reato.

(215) Sul punto, in relazione al concorso nel reato v. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2004, 395; VALZER, *La responsabilità*, cit., 146, che valorizza proprio un parallelo analogo a quello proposto nel testo.

role, realizza l'intento di rafforzare la tutela risarcitoria individuale dei soci e dei creditori sociali della dominata. Ciò anche in considerazione del fatto che — come sottolineato dalla dottrina <sup>(216)</sup> — le azioni di responsabilità in ambito societario trovano nelle procedure concorsuali il loro “terreno elettivo”, cosicché la possibilità di pretendere il pagamento dell'intero risarcimento del danno a soggetti non direttamente coinvolti nella crisi del gruppo — si pensi ai componenti degli organi sociali oppure ai soggetti esterni al gruppo come le banche finanziatrici — può agevolare il ristoro del danneggiato <sup>(217)</sup>.

L'esigenza di effettività della tutela dei soggetti pregiudicati dall'attività di eterodirezione abusiva, d'altronde, è agevolmente ricavabile da una disciplina che il legislatore ha strutturato innanzitutto in termini di *Schutzrecht*, ovvero come un microsistema normativo articolato in termini di *Konzerhaftungsrecht* e connotata da una *Schutzfunktion*.

10.2. *L'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. come disposizione idonea a sanzionare i concorrenti negli illeciti compiuti nel contesto di un'attività organizzata.*

La previsione di una disposizione avente tali caratteristiche risulta particolarmente utile per come è stata strutturata l'imputazione della responsabilità per abuso di eterodirezione. Il legislatore della riforma ha scelto di addossare in via principale tale responsabilità alla *holding*, superando il modello normativo adottato nella disciplina dell'amministrazione straordinaria.

Ciò posto, la funzione della norma in esame può essere colta, in primo luogo, in relazione alla sua idoneità ad *estendere* la sanzione risarcitoria agli agenti umani che materialmente hanno posto in essere l'abuso — ossia gli autori materiali dell'illecito —, i quali devono essere individuati — trattandosi di perseguire un fatto antigiusdicario dannoso compiuto nel contesto di un'azione organizzata, imputabile direttamente ad un ente collettivo — tenendo in debita considerazione la rilevanza della disciplina organizzativa delle unità facenti parte del gruppo. Da un punto di vista *strutturale*, l'illecito imputato ad un ente collettivo assume i caratteri di una “fattispecie plurisoggettiva e neces-

<sup>(216)</sup> Cfr. GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 51 e 52 nt. 12.

<sup>(217)</sup> V. per uno spunto GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 52, che annovera fra le tecniche di matrice legislativa volte ad assicurare l'effettività dell'obbligazione risarcitoria una “sorvegliata propagazione della responsabilità gestoria a soggetti che abbiano dato...un contributo causalmente adeguato all'attività dannosa prodotta dall'organizzazione societaria” (nel nostro caso di gruppo). Può costituire cioè quello che la dottrina straniera (con riferimento alla possibilità di agire nei confronti delle banche finanziatrici di una società) ha definito *deep pocket*.

sariamente plurisoggettiva”<sup>(218)</sup>. Pertanto l’illecito, se riferito ad una organizzazione collettiva, va apprezzato sul piano fenomenologico e giuridico in tutta la sua ampiezza ed articolazione potenziali<sup>(219)</sup>.

A tal fine, torna utile l’impiego di una disposizione che permette di estendere la responsabilità a quanti, all’interno dell’organizzazione, abbiano contribuito in maniera eziologicamente rilevante alla determinazione dell’evento dannoso, sia in forma positiva sia in forma negativa.

Al riguardo, la dottrina ha rilevato che la disposizione in esame adempie la funzione di impedire l’eclissi della soggettività degli *organi* di fronte ad una responsabilità imputata in primo luogo ad una organizzazione collettiva, come accade proprio nel caso di cattivo esercizio del potere di direzione e coordinamento di cui al 1 comma, dell’art. 2497, c.c.<sup>(220)</sup>. La norma consente, cioè, di risolvere il problema se la responsabilità, in tal caso, debba essere ascritta solo all’ente in virtù della prescrizione normativa, oppure anche alle persone fisiche agenti come figure di produzione dell’azione dell’ente.

Il problema acquista rilievo rispetto alla nuova disciplina della responsabilità nel gruppo perché, mentre nel caso in cui si imputi direttamente la responsabilità per abuso di eterodirezione alle persone fisiche partecipanti alla produzione dell’azione collettiva — soluzione per cui opta la vigente disciplina dell’amministrazione straordinaria — è agevole ascrivere l’obbligo risarcitorio anche all’ente sia ex art. 2049 c.c., sia in forza del rapporto organico; al contrario, qualora si ponga l’ente collettivo al centro della disciplina, risulta più complicato coinvolgere in responsabilità gli autori materiali del fatto sanzionato, a causa dell’ostacolo per cui tanto il rapporto organico quanto quello di preposizione non sono “bidirezionali”<sup>(221)</sup>, ossia non funzionano in senso discendente dall’ente ai soggetti che partecipano alla formazione della sua azione<sup>(222)</sup>.

<sup>(218)</sup> Si riprende la riflessione svolta da PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell’ordinamento italiano: profili sistematici*, in *Societas puniri potest*, a cura di PALAZZO, 25 ss. in relazione alla responsabilità degli enti ex l. 231/2001, la quale, pur in ambito penalistico, prevede un meccanismo di ascrizione della responsabilità direttamente all’ente, in modo autonomo dalla responsabilità dei suoi organi.

<sup>(219)</sup> GUERRERA, *Illecito*, cit., 364.

<sup>(220)</sup> GUIZZI, *Partecipazioni qualificate*, cit., 331 ss.

<sup>(221)</sup> ZAMPERETTI, *La responsabilità*, cit., 1162. A confermare la funzione espletata dall’art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. pare interessante rilevare che nel caso della legge 231/2001 — la quale come abbiamo già detto presenta dei profili di assonanza con il modello normativo della responsabilità nel gruppo — il legislatore non ha avvertito la necessità di precisare che la responsabilità dell’ente non esclude quella delle persone fisiche operanti per la prima (cfr. Relazione alla legge, I, 4). Ma tale scelta ha suscitato qualche critica in dottrina (v. DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1352) e risulta difforme da quella effettuata all’estero (v. cod. pen francese art. 121-2 comma 3).

<sup>(222)</sup> V. D’altro canto, non si può fare a meno di ricordare che la teoria organica

Nell'assolvere la funzione appena esposta, l'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. risulta avere una *ratio* analoga a quella sottesa all'art. 2395 c.c. È stato, infatti, rilevato che tale disposizione fonda il concorso della responsabilità diretta degli amministratori "con l'inerenza dell'atto dannoso ad un'attività soggetta ad imputazione autonoma... nel senso di ammettere la concorrenza di due distinti titoli di imputazione, contro la società e contro gli amministratori" <sup>(225)</sup>. Naturalmente, però, non si può omettere di rilevare come la disposizione in commento abbia una portata applicativa che va ben oltre la norma tradizionale del diritto societario, in quanto la sua efficacia sanzionatoria *a)* non è circoscritta agli amministratori e *b)* consente il risarcimento di danno che per il socio della società dominata non è *diretto*.

#### 10.2.1. Segue: *la responsabilità ex art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. degli amministratori della capogruppo.*

La questione del concorso della responsabilità dell'ente collettivo con quella delle persone fisiche per mezzo delle quali esso agisce è stata oggetto di particolare approfondimento in relazione alla posizione degli amministratori nella società monade a fronte dell'applicazione dell'art. 2395 c.c.

La dottrina commercialistica ammette pacificamente la concorrenza di due diversi titoli di responsabilità, uno verso la società e uno

nasce per rispondere all'esigenza, non soddisfatta dall'istituto della rappresentanza di diritto comune, di rendere imputabile l'atto all'ente, che risulta così prendere parte attiva alla vita giuridica (FALZEA, voce *Capacità*, II, *Teoria generale, Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 31 ss.). Essa, però, comporta anche la negazione dell'imputazione dell'atto in capo alla persona fisica titolare dell'organo (SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 6<sup>a</sup> ed., Napoli, 1959, 44 e 253 ss.; NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, 1977, 31 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, Utet, 1960, 572 e 586; CARRESI, *Il contratto, in Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da CICU MESSINEO e continuato da MENGON, XXI, Milano, 1987, 160).

<sup>(225)</sup> ABADESSA, *La gestione dell'impresa nelle società per azioni: profili organizzativi*, Milano 1975, 69 il quale individua la giustificazione della funzione esplicita dall'art. 2395 c.c. nel fatto che "la responsabilità personale [degli amministratori] per gli atti dannosi compiuti nell'esercizio dell'impresa, analogamente a quella disposta dall'art. 28 Cost., avrebbe lo scopo di realizzare un'efficace prevenzione dell'illecito, spingendo l'agente ad un comportamento rispettoso del *neminem laedere*"; più recentemente GAMBINO-SANTOSUOSSO, *Società di capitali*, Torino, 2007, 137 secondo i quali la norma avrebbe "la funzione di consentire l'imputazione della responsabilità in capo agli amministratori per quelle ipotesi in cui, essendo l'atto compiuto nell'esercizio delle funzioni di amministratore, si potrebbe ritenere che l'atto e quindi la responsabilità facciano capo alla società in virtù del rapporto organico". Il parallelo tra l'art. 2395 c.c. e l'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. trova uno spunto anche in GUERRERA, *Illecito*, cit., 243, il quale trattando dell'interferenza lesiva del terzo nei rapporti contrattuali riferita ai rapporti fra amministratori e società afferma che l'art. 2395 c.c. assume al riguardo una "sua specifica precettività, che consiste nel prefigurare e disciplina[re] l'applicazione ad una fattispecie del tutto peculiare, qual è quella dell'attività organica". Lo stesso può dirsi anche dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c.

verso gli amministratori, quando l'atto dannoso inerisca ad un'attività posta in essere in esecuzione del rapporto organico che lega l'una e gli altri (224). La responsabilità degli amministratori può concorrere con quella della società anche nel caso in cui a quest'ultima sia imputabile una responsabilità di tipo contrattuale (225).

Si è, tuttavia, precisato che l'ammissibilità, in via di principio, di una doppia responsabilità non significa che questa ricorra in ogni frangente. In particolare, qualora si ponga al “centro... una responsabilità diretta della società di natura contrattuale... ben... arduo risulta essere il percorso verso la configurabilità di una responsabilità concorrente con gli amministratori” (226). Imputare a questi ultimi un obbligo risarcitorio per ogni inadempimento della società, infatti, sarebbe incompatibile con il principio di cui all'art. 2325 c.c., secondo il quale per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società col suo patrimonio (227).

Per evitare tale contrasto, si è ritenuto che gli amministratori possano essere riconosciuti responsabili solo se l'inadempimento sia causalmente imputabile ad un loro comportamento doloso o colposo, suscettibile di essere apprezzato come autonomo illecito extracontrattuale (228). Al contrario la giurisprudenza teorica e pratica ha prevalentemente escluso l'imputabilità della responsabilità agli amministratori nel caso in cui l'inadempimento della società, nella sua qualità di

(224) ABADESSA, *La gestione*, cit., 69; MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 369; BONELLI, *La responsabilità*, cit., 209 ss.; GUERRERA, *Illecito*, cit., 323 ss.; REGOLI, *Offerte*, cit., 203. Per ampi riferimenti alle ipotesi nelle quali il comportamento degli amministratori è fonte di una responsabilità sia della società, sia degli amministratori in proprio si rimanda alla recentissima rassegna di VALZER, *La responsabilità*, cit., 114 nt. 37. Per la spiegazione di carattere teorico (legata alla teoria dell'organo) del motivo per cui l'esistenza della persona giuridica e l'agire della stessa mediante un organo non escludano la doppia responsabilità v. BRUNO, *L'azione per danni da informazione non corretta sul mercato finanziario: diritto comune e legislazione speciale*, in *Contr. e impr.*, 2001, 1287 ss.; GIAMPIERI, *Organi di persone giuridiche*, in *Contr. e impr.*, 1995, 633-634.

(225) Tale possibilità è ammessa da BORGIOI, *La responsabilità degli amministratori per danno diretto ex art. 2395*, in *Giur. comm.*, 702 ss.; ID., *La responsabilità degli amministratori per danno diretto ex art. 2395, g.c.*, 1981, 699 ss., salvo le limitazioni precisate a pag. 711 ss.; FERRARINI, *La responsabilità da prospetto*, 166; GUERRERA, *Illecito*, cit., 251 ss.; BRUNO, *L'azione*, cit., 162 ss., con alcuni temperamenti di cui si dirà subito di seguito nel testo; Cass., 22 gennaio 1993, n. 781; Cass., 3 agosto 1988, n. 4817; Cass. 3 novembre 1983, n. 6469; Cass., 26 novembre 1956, n. 4303, *Dir. Fall.*, 1957, II, 23; Cass., 6 gennaio 1982, n. 14; Trib. Milano, 21 aprile 1986; Cass., 21 maggio 1991, n. 5723; Cass., 5 agosto 2008, n. 21130; App. Milano, 23 giugno 2004.

(226) REGOLI, *Offerte*, cit., 204.

(227) BORGIOI, *La responsabilità*, cit., 709; REGOLI, *Offerte*, cit., 204 ss.

(228) Ossia quando l'illecito riferibile agli amministratori si fonda su un titolo diverso dal fatto oggettivo dell'inadempimento della società (REGOLI, *Offerte*, cit., 205; BRUNO, *L'azione*, cit., 163 ss.; DAL SOGLIO, *Sub art. 2497*, cit., 250; Cass. 6 gennaio 1982, n. 14, in *Vita not.*, 1982, 756; Cass., 21 maggio 1991, n. 5723, in *Giust. civ. mass.*, 1991; Cass., 5 agosto 2008, n. 21130, in *Giur. comm.*, 2010, II, 240.

parte di un preesistente rapporto obbligatorio, coincida con lo stesso comportamento degli amministratori <sup>(229)</sup>.

La questione risulta rilevante ai fini della presente indagine, perché in questo secondo gruppo di casi rientra anche l'ipotesi dell'esercizio abusivo dell'attività di eterodirezione, nella quale ricorre una responsabilità avente natura obbligatoria (ossia conseguente dall'inadempimento di un'obbligazione preesistente) dell'ente capogruppo; e nella quale l'inadempimento giuridicamente imputato alla *holding* consiste, sotto il profilo oggettivo, nel comportamento contrario ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale dei suoi amministratori. L'esercizio dell'eterodirezione, infatti, essendo un'attività di carattere gestorio, non può che rientrare nelle funzioni inerenti il loro ufficio. Si configura pertanto proprio il caso nel quale l'inadempimento della capogruppo coincide con il comportamento dei suoi amministratori.

A fronte di tali rilievi, la prima osservazione che scaturisce, a livello intuitivo, dalla lettura dell'art. 2497, 2 co., c.c. è quella per cui la disposizione sembra costituire, grazie all'ampiezza e genericità della fattispecie ivi prevista, un appiglio normativo per estendere la responsabilità di cui al comma precedente anche agli amministratori della capogruppo. Si può dire, anzi, che la partecipazione di questi ultimi "al fatto lesivo" è *in re ipsa*, in quanto essi sono proprio gli autori materiali del comportamento previsto dalla legge come abuso di direzione e coordinamento.

Tuttavia, pare opportuno verificare se questa prima impressione risulti fondata anche ad un esame più approfondito della norma, che tenga conto dei limiti individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ordine alla possibile concorrenza fra la responsabilità contrattuale della società e quella extracontrattuale dell'amministratore. La genericità della norma in esame potrebbe, infatti, anche essere sfruttata per sostenere un'opinione contraria a quella per cui si propende: in mancanza di prescrizioni specifiche nell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., dall'ambito applicativo dello stesso vanno esclusi gli amministratori della capogruppo in base alle argomentazioni appena sopra esposte.

Da un punto di vista fattuale, la responsabilità degli amministratori della *holding* ai sensi dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. ricorre necessariamente nel caso di abuso di eterodirezione imputabile alla

<sup>(229)</sup> Non vi sarebbe doppia responsabilità della società e degli amministratori, quando l'amministratore è investito, nell'esercizio delle sue funzioni, dell'esecuzione della prestazione, che invece, per il fatto di essere da lui male eseguita, si traduce giuridicamente in inadempimento della società. In tal caso si avrebbe, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, verso l'esterno, solo la responsabilità della società; mentre la responsabilità degli amministratori sarebbe solo quella interna nei confronti della società (REGOLI, *Offerte*, cit., 206 ss. e la giurisprudenza cit. a nt. prec.). *Contra* FERRARINI, *La responsabilità da prospetto*, Milano, 1986, 167 nt. 58.



società<sup>(250)</sup>: l’inadempimento dell’obbligo *ex lege* di cui all’art. 2497, 1 co., c.c. imputabile alla capogruppo coincide, da un punto di vista materiale, con il comportamento degli amministratori della stessa. Quest’ultimo, da un punto di vista giuridico, può, teoricamente, costituire il titolo sia della responsabilità contrattuale della società o ente al vertice del gruppo, sia della responsabilità propria dell’organo, il quale, — in virtù del principio desumibile dall’art. 2395 c.c. e 28 Cost., e confermato dalla previsione dell’art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. — non rimane immune per eventuali illeciti posti in essere nell’esercizio delle sue funzioni<sup>(251)</sup>.

Per affermare l’esistenza di una doppia responsabilità dell’organo e dell’ente, al ricorrere di un inadempimento imputabile a quest’ultimo non resta, quindi — come sostiene l’orientamento prevalente sopra riportato — che individuare un autonomo titolo di responsabilità extracontrattuale per gli amministratori della capogruppo.

In relazione all’art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. l’illecito autonomo è il concorso all’inadempimento. La stessa giurisprudenza ha, infatti, recentemente riconosciuto che nel caso di inadempimento contrattuale della società “è configurabile, secondo i principi della tutela aquiliana del credito, il concorso fra l’illecito contrattuale della società e quello extracontrattuale dell’amministratore... il cui comportamento abbia cagionato o concorso a cagionare l’inadempimento della società”<sup>(252)</sup>. L’autonomo illecito imputabile all’amministratore della capogruppo sussiste, dunque, immancabilmente — purché naturalmente lo stesso sia almeno in colpa — al verificarsi della fattispecie di cui al 1 co. dell’art. 2497, c.c.<sup>(253)</sup>. Cosiché, l’amministratore della *holding* dovrà considerarsi quale “concorrente necessario” al fatto lesivo *ex art.* 2497, 2 co., prima parte, c.c.

Ad escludere la responsabilità per complicità nell’inadempimento degli amministratori potrebbe sostenersi che gli stessi non possono essere considerati come terzi, in quanto organi della capogruppo; ciò

<sup>(250)</sup> La posizione che si assume nel testo è contraria a quella assunta da VALZER, *La responsabilità*, cit., 120 ss.

<sup>(251)</sup> A sostegno della doppia imputazione di responsabilità all’organo e alla società al verificarsi di un unico fatto materiale, si veda anche l’osservazione di GUERRERA, *Illecito*, cit., 253, secondo il quale al riguardo vale richiamare anche l’art. 1228 c.c., secondo cui “il debitore che nell’adempimento dell’obbligazione si vale dell’opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro”, sottintendendo che rimane ferma la responsabilità di questi ultimi.

<sup>(252)</sup> Cass., 3 dicembre 2002, n. 17110, cit., 2100; ma l’ipotesi dell’interferenza lesiva del terzo nelle relazioni contrattuali era già stata considerata come ipotesi di corresponsabilità fra società ed organo da GUERRERA, *Illecito*, cit., 251 ss.

<sup>(253)</sup> Ad una conclusione analoga a quella nel testo, ma con riferimento al concorso fra responsabilità contrattuale della società e *ex art.* 2395 c.c. del suo amministratore v. BORGIOI, *La responsabilità*, cit., 712; GUERRERA, *Illecito*, cit., 251 ss.

eliminerebbe il presupposto fondamentale di applicazione della figura di illecito appena menzionata, costituito proprio dalla complicità nell'inadempimento di un soggetto *estraneo* (ossia *terzo* rispetto) all'obbligazione<sup>(254)</sup>. Tuttavia, elemento decisivo ai fini dell'applicazione del concorso nell'inadempimento è la "terziarietà" del soggetto che contribuisce a causarlo rispetto all'obbligazione del debitore. E questo requisito certamente ricorre nella fattispecie in esame: l'obbligazione imputata alla capogruppo dal 1 comma, dell'art. 2497 c.c. non è riferibile a coloro che rivestono la carica di suoi amministratori — in applicazione almeno del principio della relatività delle obbligazioni *ex art. 1372 c.c.* —; cosa che dimostra la loro posizione di *terzi* concorrenti all'inadempimento<sup>(255)</sup>. Non pare, infatti, che l'obbligo imputato dall'ordinamento alla società sia di per sé imputabile anche agli amministratori, per il solo fatto che costoro agiscono in qualità di organi della stessa.

Il che trova conferma nella pronuncia della Cassazione in materia di concorso all'inadempimento della società da parte del proprio amministratore, appena citata<sup>(256)</sup>.

Conclusivamente, occorre anche rilevare che la soluzione che qui si sostiene non deve essere considerata foriera di risultati incogruì rispetto agli amministratori della capogruppo, che, in tal modo, finirebbero con l'essere "capri espiatori" di abusi perpetrati nell'interesse altrui<sup>(257)</sup>. Il coinvolgimento "necessario" in responsabilità dell'organo gestorio della *holding*, infatti, può essere, ricondotto ad un equa ripara-

<sup>(254)</sup> REGOLI, *Offerte*, cit.

<sup>(255)</sup> La conclusione nel testo può — credo — trarre conferma anche da quanto affermato da ABBADESSA, *I gruppi*, cit., 271, il quale in relazione alla disciplina della responsabilità nel gruppo ai sensi della l. amm. str. ha sostenuto la non estendibilità della responsabilità degli amministratori della controllante a quest'ultima, laddove la responsabilità abbia natura contrattuale. L'autore ritiene che l'obbligazione dell'amministratore sia propria esclusivamente dello stesso (proprio *ex art. 1372 c.c.*) e non estendibile alla società. Il principio che se ne ricava è che il soggetto-organo è comunque distinto rispetto all'ente per cui agisce — nonostante l'agire del primo venga ascritto al secondo — in ordine all'imputazione dell'obbligazione. Non vedo allora perché non debba valere anche il principio inverso che si sostiene nel testo; non si vedono ragioni, cioè, per affermare che l'identificazione fra società e organo debba valere nell'ipotesi opposta a quella considerata dall'autore citato.

<sup>(256)</sup> Quindi si concorda con BORGIOI, *La responsabilità*, cit., 703, il quale afferma perentoriamente, in relazione all'ipotesi di un preesistente rapporto obbligatorio fra società e terzo, che "è la società che è obbligata — e si dovrebbe aggiungere che, almeno nella maggioranza dei casi, resta obbligata — nei confronti del terzo". Peraltro, ciò è confermato anche da quella dottrina (cit. sopra in nt.) che riconosce pacificamente la possibilità di concorso, a livello teorico, fra la responsabilità concorsuale della società e quella dell'amministratore *ex art. 2395 c.c.* Poiché la responsabilità deriva dal medesimo comportamento materiale (sebbene oggetto di due distinte qualificazioni giuridiche) e poiché l'art. 2395 c.c. viene qualificato, generalmente, come ipotesi di responsabilità extracontrattuale, è evidente che l'obbligazione della società non viene considerata imputabile agli amministratori.

<sup>(257)</sup> PORTALE, *Capitale sociale*, cit., 86 ss.

tizione dell'onere economico del risarcimento mediante lo strumento del regresso che trova applicazione fra i responsabili in solido ai sensi dell'art. 2055, 2 co., c.c. (v. prgr. 8).

### 10.3. *L'ulteriore capacità espansiva dell'art. 2497, 2 co., prima parte c.c.*

La disposizione in commento consente di allargare ulteriormente l'ambito dei responsabili, in modo da articolare l'imputazione individuale della responsabilità in presenza di “deviazioni di vario segno dai moduli fisiologici di svolgimento dell'azione collettiva”, che possono essere definiti come fattori di determinazione extraistituzionale della stessa <sup>(258)</sup>. Purché ricorra sempre la condizione di poter considerare questi ultimi come con-cause della realizzazione dell'illecito.

L'ulteriore funzione sistematica cui tale disposizione adempie risulta essere, cioè, quella di offrire uno strumento capace di attribuire rilievo, ai fini dell'imputazione della responsabilità risarcitoria, alla complessa trama dei rapporti (endo- ed) esosocietari — alla quale è riconducibile l'illecito principale della capogruppo —, i quali possono interferire con il processo di causazione del danno nei confronti dei soci e dei creditori della eterodiretta. Con tale previsione il legislatore sembra, pertanto, aver preso atto del fatto che nelle realtà imprenditoriali complesse — come quelle strutturate in forma di gruppo — è fisiologico che molteplici soggetti o strutture tecniche, operati all'interno o all'esterno delle, oppure collateralmente alle stesse, concorrano alla elaborazione-attuazione delle scelte strategiche che le riguardano <sup>(259)</sup>.

### 10.4. *La funzione dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. come applicazione dell'art. 2055 c.c.*

In aggiunta a quanto finora rilevato, la funzione di garantire una tutela risarcitoria *effettiva* ai soci ed ai creditori danneggiati dall'eterodirezione abusiva risulta attribuibile alla disposizione in esame anche per il suo essere applicazione, nel microsistema della responsabilità nel gruppo, della disciplina generale del concorso nell'illecito civile.

La dottrina civilistica, infatti, ravvisa il fondamento ultimo dell'art. 2055 c.c. nell'attribuzione a livello normativo di una funzione

<sup>(258)</sup> GUERRERA, *Illecito*, cit., 420.

<sup>(259)</sup> Per uno spunto cfr. GUERRERA, *Illecito*, cit., 420 ss. Tale profilo funzionale dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., è suscettibile di esplicitarsi nei confronti dei soci della capogruppo, delle banche...

principalmente riparatoria alla responsabilità civile <sup>(240)</sup>. Più specificamente la *ratio* di tale norma è riconducibile proprio ad un'istanza di tutela sostanziale del danneggiato, cioè all'esigenza di assicurargli un risarcimento integrale e quindi il ristoro del danno patito. Questo fine risulta perseguito mediante uno schema di attuazione dell'obbligazione risarcitoria che prevede la possibilità per il danneggiato di ottenere da ciascun corresponsabile la riparazione del danno per l'intero, piuttosto che le singole quote a ciascuno riferibili. Infatti, la solidarietà consente di eliminare il rischio per il danneggiato dell'insolvenza di uno o più dei corresponsabili, sostanzialmente assoggettando questi ultimi ad una garanzia *ex lege* della corresponsione dell'intero risarcimento.

La solidarietà comporta, inoltre, come effetto, l'eliminazione a favore del danneggiati, del "rischio dell'ignoto" quanto all'individuazione di uno o più corresponsabili e dei maggiori costi che il danneggiato dovrebbe sopportare laddove fosse costretto a convenire, separatamente e *pro quota*, tutti i corresponsabili.

A livello processuale, ancora, l'applicazione dello schema attuativo della solidarietà comporta un ulteriore effetto, che è conseguenza della facoltà del danneggiato, sul piano del diritto sostanziale, di pretendere il pagamento dell'intero da parte di ciascun co-obbligato: per comune e pacifica opinione, la solidarietà non dà luogo al litisconsorzio necessario nel giudizio di primo grado, cosicché non è necessario che il danneggiato individui e successivamente chiami in causa tutti i corresponsabili del fatto dannoso <sup>(241)</sup>.

Tali caratteristiche rendono la responsabilità solidale una tecnica legislativa particolarmente idonea ad assicurare l'effettività dell'obbligazione risarcitoria. Il che può affermarsi, dunque, anche rispetto all'art. 2497, 2 comma, c.c., che recepisce tale modello di attuazione del con-debito risarcitorio.

Al riguardo, però, si deve considerare anche il rapporto di pregiudizialità-dipendenza che intercorre fra la responsabilità della capo-

<sup>(240)</sup> GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 164, ove si rileva che il riconoscimento di una funzione primariamente riparatoria al sistema della responsabilità civile acquista rilievo proprio ai fini della definizione dell'elemento normativo centrale della fattispecie del condebito risarcitorio, ossia dell'unico fatto dannoso; FRANZONI, *L'illecito*, cit., 40

<sup>(241)</sup> Per tutti v. FRANZONI, *L'illecito*, cit., 117, e la giurisprudenza citata a nt. 19; Cass., 16 agosto 2005, n. 16957, in *Impresa*, 2006, 1, 116; Trib. Torino, 28 aprile 1983, in *Società*, 1984, 326, che, in riferimento alla responsabilità solidale di amministratori e sindaci (quest'ultima certamente presuppone *ex art. 2407, 2 co., c.c.* l'inadempimento degli obblighi propri degli amministratori e, dunque, la loro responsabilità concorrente), afferma: "essendo solidale la responsabilità degli amministratori e dei sindaci di cui agli art. 2392 ss. e 2407 c.c., il creditore ha la facoltà di far valere la propria pretesa contro il coobbligato od i coobbligati nei cui confronti ritiene preferibile agire in giudizio senza che la sua scelta sia sindacabile".

gruppo e quella dei concorrenti al fatto lesivo<sup>(242)</sup>. Da ciò sembra poter derivare un possibile limite all'applicazione della responsabilità nei confronti dei concorrenti, in quanto la perseguibilità degli stessi risulta indefettibilmente condizionata alla sussistenza dell'inadempimento della capogruppo e quindi, inevitabilmente, anche all'individuazione dell'(ente collettivo) autore dello stesso<sup>(243)</sup>. Ne consegue una parziale limitazione della funzione “propria della solidarietà”, di agevolare il creditore nel far valere il proprio diritto al fine di garantirgli l'effettivo ristoro del danno, almeno per quanto concerne la capacità di tale istituto di eliminare quello che la dottrina civilistica — nel ricostruirne la *ratio* — ha definito “il rischio dell'ignoto”<sup>(244)</sup>: l'azione contro i concorrenti non può essere esperita se non si riesce ad *individuare* la società o l'ente cui sia imputabile l'attività di direzione unitaria abusiva<sup>(245)</sup>. Il socio o il creditore, infatti, agendo *ex art. 2497, 2 co, prima parte, c.c.*, devono provare in giudizio non soltanto l'esistenza dell'illecito imputabile a “chi abbia preso comunque parte al fatto lesivo”, ma anche l'esercizio abusivo dell'eterodirezione<sup>(246)</sup>.

Nell'assolvere tale onere probatorio, tuttavia, i legittimati attivi saranno agevolati dalla pubblicità *ex art. 2497-bis*, cui sono tenuti gli amministratori delle società dominate proprio al fine di individuare il soggetto che esercita l'eterodirezione; e, dalla presunzione di cui all'*art. 2497-sexies*.

#### 10.5. *La funzione della norma in relazione agli autori dell'illecito.*

La *ratio* del 2 comma, prima parte, dell'*art. 2497 c.c.* non deve, tuttavia, essere colta con riferimento esclusivo alla posizione dei soggetti lesi dall'eterodirezione contraria ai principi di corretta gestione

<sup>(242)</sup> Così Trib. Roma 27 agosto-13 settembre 2007, cit., 225.

<sup>(243)</sup> In tal senso, CARIELLO, *La pubblicità nel gruppo (art. 2497-bis c.c.): la trasparenza dell'attività di direzione e coordinamento tra staticità e dinamismo*, in *RDS*, 2009, 475.

<sup>(244)</sup> Cfr. GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 12.

<sup>(245)</sup> In altri termini, potendo il danneggiato, in applicazione dell'*art. 2055 c.c.*, agire indifferentemente per l'intero nei confronti di uno qualunque dei co-responsabili, costui non corre il rischio di non essere effettivamente e completamente risarcito del danno a causa della mancata individuazione di uno di loro. Tale “garanzia” a favore del danneggiato pare parzialmente venir meno nel caso dell'*art. 2497, 2 co., prima parte, c.c.*, in quanto la responsabilità dei co-obbligati in solido — anch'essa avente la funzione di garantire l'effettività della tutela risarcitoria dei soci e dei creditori dell'eterodiretta — non può essere azionata se non si riesce ad *individuare* una società od un ente che abbia esercitato l'attività di eterodirezione in modo abusivo.

<sup>(246)</sup> L'accertamento del quale, peraltro, dovrebbe avere carattere incidentale, senza far stato contro il responsabile principale (v. MARCHISIO, *Note sulle azioni di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, pt. 2, 225 ss. nt. 49).

societaria e imprenditoriale. A livello sistematico, infatti, la funzione della responsabilità risarcitoria non è esclusivamente quella compensativa e riparatoria — sebbene questa sia quella attualmente considerata come la più rilevante dalla dottrina civilistica — ma anche quella deterrente-sanzionatoria. Occorre pertanto individuare quale rilievo possa rivestire la disposizione in esame rispetto ai possibili legittimati passivi all'azione lì prevista.

Al riguardo, la responsabilità di “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo” risulta capace di svolgere una funzione deterrente rispetto a coloro i quali, per la loro posizione all'interno o all'esterno della struttura di gruppo, siano in condizione di porre in essere comportamenti che, in base ad una valutazione prognostica, possono integrare gli estremi dell'ampia previsione in esame. La dottrina, infatti, ha attribuito all'art. 2497, 1 cpv., prima parte, c.c., lo scopo di coinvolgere “più soggetti possibili nella responsabilità da direzione e coordinamento di società, al fine di coinvolgere più soggetti possibili nella vigilanza sull'esercizio della direzione e coordinamento”<sup>(247)</sup>. Tale rilievo è condivisibile a condizione che lo si intenda non come riferito all'insorgere di un autonomo dovere di vigilanza, correlato all'esercizio dell'eterodirezione<sup>(248)</sup>, in capo ai possibili concorrenti, ma come allusivo alla capacità della disposizione di disincentivare, sotto la minaccia del coinvolgimento in responsabilità, comportamenti rilevanti, sotto il profilo eziologico, per il verificarsi dell'abuso di eterodirezione<sup>(249)</sup>.

La funzione deterrente di tale disposizione risulta accentuata, peraltro, dall'ampiezza del suo ambito di applicazione, dovuta alla formulazione della stessa come norma a fattispecie aperta.

Inoltre, la capacità sanzionatoria-deterrente della norma in esame è ulteriormente accresciuta in conseguenza del funzionamento del mec-

<sup>(247)</sup> FIGÀ TALAMANCA-GENOVESE, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita notarile*, 2004, 1218.

<sup>(248)</sup> La previsione di una responsabilità non può interpretarsi come fonte di un autonomo dovere, la cui violazione genera la responsabilità stessa, pena l'incorrere in un ragionamento tautologico.

<sup>(249)</sup> Che il principio del cumulo di responsabilità rivesta un'insostituibile valenza general preventiva è affermato da DE MAGLIE, *Principi generali*, cit., 352. Si pensi all'erogazione di un finanziamento bancario che risulti necessario alla realizzazione di un piano strategico di gruppo lesivo — e perciò contrario ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale — per una o più società eterodirette, e i relativi soci e creditori. La banca, di fronte alla minaccia di poter essere chiamata a rispondere del danno cagionato dall'eterodirezione abusiva, quale soggetto che ad essa ha preso parte, dovrebbe presumibilmente adottare la massima diligenza nella valutazione del piano per cui è richiesto il finanziamento ed eventualmente rifiutare la concessione del credito qualora ritenga che la stessa possa determinarne la responsabilità *ex art.* 2497, 2 comma, prima parte, c.c.. Il che evidentemente impedirebbe la realizzazione dell'abuso, inducendo magari la capogruppo a rettificare il piano strategico, in modo da renderlo conforme allo *standard* imposto dal 1 co. dell'art. 2497 c.c., qualora l'erogazione del finanziamento risulti condizione imprescindibile per l'attuazione del piano stesso.

canismo della solidarietà risarcitoria: ciascun co-responsabile è obbligato a risarcire l'intero, a prescindere dall'entità del contributo che ha fornito alla realizzazione del comune evento lesivo <sup>(250)</sup>, per cui costui deve prefigurarsi un *incremento* dell'onere economico cui sarà soggetto (da qui l'effetto deterrente) rispetto a quello che avrebbe dovuto sopportare in base alla mera efficienza causale della propria condotta dannosa <sup>(251)</sup>.

11. *Alcune esemplificazioni in ordine ai possibili legittimati passivi all'azione di responsabilità contro “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo”.*

11.1. *La responsabilità dei soci di controllo della dominante: l'influenza extrassembleare.*

La dottrina è concorde nell'ammettere il coinvolgimento nella responsabilità per abuso di eterodirezione del socio di controllo <sup>(252)</sup> della capogruppo <sup>(253)</sup>.

Al riguardo diviene rilevante il riferimento — di cui si è parlato sopra in sede di ricostruzione generale della condotta partecipativa — ai contributi causalmente efficienti rispetto al verificarsi dell'evento lesivo, che intervengano non soltanto nella fase attuativa delle direttive

<sup>(250)</sup> L'obbligo risarcitorio solidale si applica anche in tutti quei casi in cui l'evento (unico), e quindi il conseguente danno, sia cagionato solo in parte da ciascun agente. La *ratio* dell'art. 2055 c.c. è infatti quella di escludere una valutazione del danno ripartita, cioè condotta alla luce della responsabilità di ciascun concorrente (GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 168).

<sup>(251)</sup> Così TASSONE, *La ripartizione*, cit., 445 ss. e nt. 157, ove viene condotta un'analisi in prospettiva giuseconomica della responsabilità solidale, che è accostata, nella misura in cui impone agli autori dell'illecito la responsabilità per la parte ad essi non pertinente da un punto di vista causale, ai *punitive damages* dell'ordinamento anglosassone, i quali ad avviso della dottrina adempiono una funzione moltiplicativa della responsabilità che assicura a quest'ultima una funzione deterrente (cfr. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto*, Bologna, 2004, 392 ss.).

<sup>(252)</sup> Il discorso è limitato al socio che controlla (con qualunque mezzo) la società in quanto costui, in forza del meccanismo maggioritario di funzionamento delle società, gode del potere di ingerirsi nella gestione della stessa e, più in generale in tutti gli aspetti del governo societario (GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 126 ss.). Conseguentemente lo stesso potrà anche ingerirsi nella determinazione della strategia imprenditoriale riguardante il gruppo. Inoltre, sempre in merito al fatto che la responsabilità deliberativa del socio presupporrebbe un elemento oggettivo “rappresentato dalla rilevanza specifica della sua partecipazione ai fini dell'assunzione della decisione”, molto sensate risultano le osservazioni (seppur riferite all'art. 2476, 7 co., c.c.) di RANIELI, *La responsabilità gestoria dei soci di s.r.l.*, in *Vita not.*, 2006, 1024 ss.

<sup>(253)</sup> CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 57 ss.; PAVONE LA ROSA, *L'unico azionista*, in *Giur. comm.*, 2005, I, cit., 433; GIOVANNINI, *La responsabilità*, cit., 121; GUIZZI, *Partecipazioni qualificate*, cit., 251 ss.; NIUTTA, *La novella*, cit., 392 s.

emanate dalla capogruppo, ma anche nella fase della *elaborazione* di queste ultime.

La difficoltà che si pone in merito al perseguimento del socio della capogruppo ai sensi dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. consiste nella necessità di distinguere, caso per caso, le fattispecie concrete nelle quali egli si limita ad esercitare il controllo della società o dell'ente, che è unico titolare (e quindi unico responsabile) dell'attività di direzione e coordinamento; da quelle in cui, invece, il medesimo soggetto determina la *Planung* di gruppo in modo tale da poter essere considerato titolare dell'attività di direzione e coordinamento, con la conseguente imputazione della responsabilità prevista non dal 2, bensì dal 1 co., dell'art. 2497 (il che comporta l'ulteriore, eventuale problema della perseguibilità della *holding*-persona fisica). Tale distinzione non risulta agevole proprio in caso di attiva partecipazione del socio che si presume mero controllante della *holding* "all'elaborazione dei processi decisionali concernenti l'esercizio" dell'eterodirezione. Infatti a seconda della forma, della portata e dell'incidenza assunta dal contributo in seno al processo decisionale nel caso concreto <sup>(254)</sup> si potrebbe alternativamente affermare di essere in presenza *a*) di un soggetto che controlla la società che esercita l'attività di direzione e coordinamento; *b*) di un soggetto cui deve imputarsi, in base al principio di effettività, la titolarità dell'eterodirezione; *c*) di un soggetto che, unitamente alla società controllata qualificabile come *sub-holding*, esercita un'attività *congiunta di eterodirezione* sulle ulteriori società del gruppo.

Il ricorso a simili parametri per distinguere le ipotesi appena elencate risulta coerente con la riflessione poco sopra proposta in sede di ricostruzione dei tratti distintivi fra la condotta imputabile al responsabile ai sensi del 1 ovvero del 2 comma dell'art. 2497 c.c.

In primo luogo si è detto che la distinzione fra un semplice controllante e un soggetto cui deve essere riferito l'esercizio dell'attività di eterodirezione — in altri termini la distinzione fra chi può essere perseguito ai sensi del 1 o del 2 comma, dell'art. 2497 — dipende dalla possibilità o meno di ricondurre il contributo alla realizzazione dell'abuso di eterodirezione entro una più ampia attività, di cui il primo non costituirebbe altro che la manifestazione episodica. Il soggetto che, per ipotesi, limiti la propria influenza sulla gestione del gruppo ad un singolo atto o ad atti sporadici, non può, perciò, essere perseguito per esercizio abusivo di un'attività che, a causa del carattere

<sup>(254)</sup> Tali parametri, per discernere le diverse ipotesi che possono in concreto realizzarsi, sono utilizzati da CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 58, cui appartiene anche il virgolettato.



episodico e non continuativo dei suoi interventi, non gli è riferibile. Risponderà, invece, quale concorrente all'eterodirezione altrui <sup>(255)</sup>.

Esemplificativamente si può immaginare che il socio possa essere convenuto quale concorrente al fatto lesivo direttamente imputato alla *holding* da lui partecipata nelle ipotesi in cui abbia compiuto uno o più atti episodici di induzione degli amministratori al compimento di scelte rivelatesi dannose per i soci e i creditori della società eterodiretta. D'altronde in tale ipotesi, non solo l'intervento del socio non è riconducibile ad una pluralità di atti teleologicamente diretti ad uno scopo (*id est* ad un'attività), ma esso non assume nemmeno i caratteri del contributo decisionale determinante l'*an* e il *quomodo* dell'eterodirezione. Rispetto all'induzione, infatti, la dottrina civilistica insegna che la scelta decisiva e determinante per l'inadempimento è propria dell'istigatore; l'istigatore — nel caso in esame, il socio — dà solo un contributo causale (psicologico), come tale non avente i connotati dell'esercizio-disposizione che si è ritenuto necessario ad integrare la fattispecie della responsabilità di cui all'art. 2497, 1 co., c.c. <sup>(256)</sup>. Si tratta di quelle ipotesi nelle quali l'influenza *extra*-istituzionale del socio di comando non è tale da sopprimere — mutuando una espressione utilizzata dalla giurisprudenza teorica e pratica britannica — la *management discretion* <sup>(257)</sup> degli amministratori della capogruppo (autori materiali dell'eterodirezione), i quali continuano ad esercitare un potere *determinante* rispetto alle decisioni concernenti le modalità, i tempi, i contenuti delle scelte strategiche di gruppo <sup>(258)</sup>.

<sup>(255)</sup> GUERRERA, “*Compiti*”, cit., 508; ID., *La responsabilità*, cit., 134, il quale afferma che la possibilità di configurare la condotta assembleare del socio come fonte di responsabilità risarcitoria (nel nostro caso *ex art. 2497, 2 co., prima parte, c.c.*) non postula l'esercizio di un potere avente i connotati della direzione e coordinamento. “Possono venire in considerazione... anche iniziative di carattere *episodico o discontinuo*”.

<sup>(256)</sup> ZICCARDI, *L'induzione*, cit., 178; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 118.

<sup>(257)</sup> La dottrina inglese utilizza tale espressione per distinguere i casi in cui un soggetto possa o meno essere qualificato come *shadow director*. Analogamente in Francia si utilizza l'espressione “*maitre de decision*” per individuare la figura del *dirigeant de fait*. Questi criteri sono assimilabili alla ricostruzione proposta dell'espressione “esercizio della direzione e coordinamento” intesa come disposizione effettiva della stessa (cioè come determinazione dell'*an* e del *quomodo*), cui si è dato rilievo per distinguere il referente della responsabilità di cui al 1 comma da quello della responsabilità di cui al 2 co. dell'art. 2497 c.c.

<sup>(258)</sup> Nel caso di semplice partecipazione di un qualunque soggetto (per es. il socio) all'*elaborazione* delle direttive contrarie ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale (e, dunque, di una fattispecie idonea a determinare l'applicazione della responsabilità *ex art. 2497, 2 co., prima parte c.c.*) non può dirsi che la volontà della capogruppo (*rectius* dei suoi amministratori) funge da diaframma che interrompe il nesso di causalità. L'obiezione è calzante solo se l'autonomia dell'obbligato (*ex art. 2497 1 co. c.c.*) viene lasciata integra dal terzo, *quindi allorché quest'ultimo svolga una attività qualificabile come mera consulenza*. Laddove invece il terzo svolga un ruolo determinante la decisione dell'obbligato, non può negarsi il rapporto di causa-effetto (Cass., 14 luglio

### 11.2. *L'influenza assembleare ex art. 2364, n. 5, c.c.*

Oltre al caso delle istruzioni o direttive impartite attraverso canali *extra*-assembleari agli amministratori di "fiducia", l'art. 2497, 2 co., prima parte c.c. pare suscettibile di esplicitare la propria capacità espansiva della responsabilità anche quando il socio di controllo esercita un'ingerenza nella formazione dei processi decisionali concernenti la direzione del gruppo, facendola transitare dall'assemblea.

Che in tale ipotesi alla responsabilità del socio non possa opporsi, come esimente, l'esercizio del diritto di voto in assemblea, ossia l'esercizio del potere di influenza dominante nella sua sede naturale è stato da altri ampiamente dimostrato<sup>(259)</sup>.

Ciò posto, il socio di controllo può essere perseguito per *aver preso parte all'abuso di eterodirezione* qualora con il proprio voto abbia determinato l'adozione della delibera di autorizzazione prescritta, per ipotesi, dallo statuto della *holding* ex art. 2364 n. 5, c.c. in ordine ad una determinata scelta strategica. L'autorizzazione, infatti, deve essere considerata un contributo causale all'elaborazione della direttiva pregiudizievole, costituendo una forma di "concorso necessario", secondo statuto, ad integrare i poteri dell'organo amministrativo<sup>(260)</sup>. Infatti, ferma restando la libertà degli amministratori di compiere o meno l'atto, sul piano giuridico l'autorizzazione costituisce un passaggio intermedio ineludibile per il compimento dello stesso: essa rappresenta, pertanto, un presupposto necessario della successiva condotta degli amministratori della *holding*, con la quale concorre alla produzione di un danno<sup>(261)</sup>.

Certamente, però, l'autorizzazione non può essere considerata un apporto idoneo ad integrare la fattispecie di cui al 1 co., dell'art. 2497, c.c., non essendo espressiva di *un potere decisionale pieno ed assoluto*,

1987, n. 6132, in *Foro it.*, 1988, I, 1188; POLIANI, "L'induzione all'inadempimento: dal contratto alla culpa in contraendo", in *Riv. dir. priv.*, 2006, 587).

<sup>(259)</sup> GUERRERA *La responsabilità*, cit., 133 ss.; PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi amministrativi*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2, Torino, 2006, 10.

<sup>(260)</sup> In mancanza dell'autorizzazione la decisione consiliare sarebbe formalmente viziata e gli amministratori resterebbero esposti a responsabilità "interna", senza alcuna possibilità di attenuazione. GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 74-75.

<sup>(261)</sup> TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008, 276-277; GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 171 ss.; MIOLA, *Atti estranei all'oggetto sociale e autorizzazioni e ratifiche assembleari dal vecchio al nuovo diritto societario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, 275 ss., il quale afferma chiaramente che con riguardo all'autorizzazione assembleare ex art. 2364 c.c. n. 5 "la delibera assembleare svolg(e) un ruolo nell'ampliamento del nesso di causalità e nell'individuazione dell'area dei soggetti responsabili, a titolo quanto meno di concorso nel fatto dannoso, con la conseguenza di potere accertare la rilevanza della condotta tenuta dal socio in assemblea attraverso l'esercizio del voto, specie se si tratta di partecipazione di controllo o comunque rilevante, nella produzione del fatto dannoso".

determinante, in relazione alle decisioni strategiche rientranti nella *Planung* di gruppo. Tale atto, al contrario, si risolve nell'esercizio di un potere di indirizzo, che concorre alla formazione della decisione, la quale rimane, però, pur sempre propria degli amministratori, integrandola<sup>(262)</sup>.

Il rilievo del voto espresso dal socio di maggioranza rispetto alla formazione delle decisioni relative all'eterodirezione può dirsi, forse, differente, nel caso in cui l'assemblea neghi l'autorizzazione. Come ha rilevato autorevole dottrina, infatti, il rifiuto della stessa corrisponde ad un *Vetorecht* “che comporta una penetrante ingerenza in senso ostativo al potere gestorio dell'organo amministrativo... dal momento che la negazione equivale ad un divieto... di compiere l'operazione”<sup>(263)</sup>. Il contributo espresso dal socio di comando in tal caso sembra avere carattere decisorio e, tale, quindi da integrare la condotta rilevante ai sensi dell'art. 2497, 1 co., c.c. Il socio non potrà, però, essere considerato titolare dell'attività di direzione e coordinamento laddove il suo intervento abbia carattere meramente episodico.

Comunque, in merito all'accertamento dell'efficacia causale<sup>(264)</sup> della condotta del socio rispetto al compimento dell'atto gestorio pregiudizievole, si è rilevato che la sua responsabilità non può prescindere dall'essere stato il voto determinante per l'adozione dell'autorizzazione (lo stesso dovrebbe valere per l'approvazione nella s.r.l. (vd. oltre)). Quindi, ove il voto del socio “venga “assorbito” da una maggioranza tale da renderlo non determinante, difficilmente si potrà configurare una sua responsabilità”<sup>(265)</sup>.

### 11.3. *L'influenza assembleare informale.*

La dottrina maggioritaria ritiene possibile che — nonostante il nuovo tenore letterale dell'art. 2364 n. 5 non contempli più espres-

<sup>(262)</sup> PORTALE, *Rapporti*, cit., 26; CARIELLO, *Sistema dualistico*, cit., 233 nt 282; GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 74 ss.; ABRIANI, *Sub art. 2380-bis*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario*, a cura di COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI, Bologna, 2004, 672. *Contra*, per l'imputazione comunque al socio di controllo della responsabilità ex art. 2497, 1 co., c.c., BUSSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità*, cit., 101.

<sup>(263)</sup> PORTALE, *Rapporti*, cit., 26; D'ALESSANDRO, *Gestione dell'impresa e rapporti tra assemblea e amministratori nella riforma del diritto societario*, in *La società per azioni oggi*, a cura di BALZARINI-MUCCIARELLI-CARCANO, 1, Milano, 2007, 724; PINTO, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 448 nt. 21.

<sup>(264)</sup> La cui rilevanza ai fini della responsabilità deliberativa dei soci è affermazione ricorrente in dottrina: v. DEMURO, *Le decisioni*, cit., 2010, 148 ss. (con riferimento specifico alle s.r.l.); M. RESCIGNO, *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, in *AGE*, 2003, 306, (sempre rispetto alla s.r.l.).

<sup>(265)</sup> DEMURO, *Le decisioni*, cit., 150, che riprende l'osservazione di V. MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, 3, Torino, 2007, 696.

mente tale possibilità a differenza di quanto faceva il previgente art. 2364, 1 co., n. 4 e nonostante la contraria indicazione della relazione di accompagnamento al decreto legislativo <sup>(266)</sup> — l'assemblea possa essere chiamata dagli amministratori ad esprimere un mero parere sulle scelte di questi ultimi <sup>(267)</sup>.

Tale ipotesi risulta particolarmente interessante ai fini della riflessione che si sta svolgendo, in quanto la dottrina ha rilevato che interpellare l'assemblea costituisce un potere/dovere degli amministratori (ricavabile dai principi *ex artt.* 1175 e 1375 c.c.) proprio qualora l'atto da compiere sia particolarmente significativo, ovvero richieda la predisposizione delle linee strategiche, oppure rientri nella programmazione economica e finanziaria dell'attività d'impresa <sup>(268)</sup>. Qualora si tratti, cioè, del compimento di un atto per definizione oggetto, nel contesto del gruppo, dell'attività di direzione e coordinamento.

Certamente, in tale evenienza, la delibera assembleare dei soci non assume alcun rilievo *determinante* rispetto al compimento dell'atto considerato, che rimane una decisione esclusiva degli amministratori, proprio perché la prima assume — pacificamente — i connotati dell'esercizio di un parere non vincolante. Ciononostante, anche in tal caso potrebbero sussistere il presupposto di applicabilità della responsabilità *ex art.* 2497, 2 co., prima parte, c.c. al socio. In particolare, non può *a priori* escludersi che al parere espresso dai soci possa attribuirsi un'efficacia eziologica effettiva <sup>(269)</sup> rispetto alle scelte degli amministratori, la quale — per ipotesi — sia espressiva di un abuso di eterodirezione.

La delibera, infatti, consiste non in una condizione necessaria, sul piano giuridico, dell'esecuzione dell'operazione, ma piuttosto in un contributo capace di rafforzare il convincimento degli amministratori circa il compimento dell'atto (quindi è una sorta di induzione) <sup>(270)</sup>.

#### 11.4. *L'influenza del socio nella s.r.l.*

Il discorso in merito al possibile coinvolgimento del socio nella

<sup>(266)</sup> Cfr. § 5 ove si afferma “gli amministratori non possono, di propria iniziativa, sottoporre all'assemblea operazioni attinenti alla gestione”.

<sup>(267)</sup> Fra i molti PORTALE, *Rapporti*, cit., 25 cui a nt. 48; ABBADESSA, *L'assemblea nelle s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, 544; PINTO, *Brevi osservazioni*, cit., 451; MIOLA, *Atti estranei*, cit., 275 ove a nt. 78 ulteriori riferimenti; TINA, *L'esonero*, cit., 267, ove a nt. 108 ulteriori citazioni.

<sup>(268)</sup> MIOLA, *Atti estranei*, cit., 275 ss.

<sup>(269)</sup> Sebbene si riconosca che l'accertamento della stessa risulta meno scontata rispetto al caso dell'autorizzazione assembleare richiesto dallo statuto. V. TINA, *L'esonero*, cit., 277.

<sup>(270)</sup> GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 166, 171. Per la non esclusione del rilievo causale del parere espresso dall'assemblea v. anche MIOLA, *Atti estranei*, cit., 275 ss.; TINA, *L'esonero*, cit., 275 ss.

responsabilità di cui all'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. non dovrebbe essere molto diverso da quanto appena esposto, se si ipotizza che al vertice del gruppo si collochi, in qualità di esercente l'attività di direzione e coordinamento, una s.r.l.

Anche al ricorrere di questa evenienza, infatti, il socio può essere chiamato ad esprimere un'autorizzazione in merito ad atti gestori, come previsto dalla lettera dell'art. 2476, 7 co., c.c. <sup>(271)</sup>. Inoltre l'art. 2479, co. 1, c.c., prevede l'approvazione da parte dei soci di un argomento loro sottoposto dagli amministratori <sup>(272)</sup>.

Pertanto in tal caso si pone il problema di verificare — qualora l'atto dannoso oggetto dell'autorizzazione o dell'approvazione sia espressione dell'attività di direzione e coordinamento da parte della s.r.l. e risulti dannoso ai sensi dell'art. 2497, 1 co, c.c. — se possa essere imputata un'obbligazione risarcitoria solidale ai soci, che abbiano *concorso* all'adozione della relativa decisione <sup>(273)</sup>.

Al ricorrere di simili evenienze sembra, in primo luogo, indubitabile che la titolarità del potere decisionale in merito all'atto di eterodirezione debba essere imputata agli amministratori della capogruppo <sup>(274)</sup>. Qualora la manifestazione di volontà dei soci corrisponda

<sup>(271)</sup> Si tenga presente che il potere di autorizzare gli amministratori ad attuare particolari operazioni potrebbe anche essere oggetto di un particolare diritto attribuito al socio *ex art.* 2468, 3 co., c.c., posto che la legge concede spazi pressoché sconfinati nella loro configurazione. V. DEMURO, *Le decisioni*, cit., 79 e nt. 83 per ampi riferimenti dottrinari. Anche in tale ipotesi può configurarsi la responsabilità del socio *ex art.* 2476, co. 7, c.c.

<sup>(272)</sup> La disciplina della s.r.l. presenta una differenza letterale tra la previsione di cui all'art. 2479, 1 co., c.c., dove si parla di approvazione da parte dei soci; e l'art. 2476, 7 co., c.c., il quale — proprio ai fini della responsabilità risarcitoria — parla di autorizzazione come fa l'art. 2364, n. 5, c.c. per le s.p.a. La dottrina che si è occupata della questione afferma:

— in primo luogo, la differente natura dei due atti (cfr. DEMURO, *Le decisioni*, cit., 62 e 151 nt. 78), motivo per cui nel testo vengono considerati separatamente;

— che gli stessi, tuttavia, possano essere assimilati sia sotto il profilo della titolarità del potere decisorio in merito all'atto considerato (che in entrambi casi rimane agli amministratori);

— sia sotto il profilo della responsabilità deliberativa derivante al socio per aver concorso all'una o all'altra (V. MELI, *La responsabilità*, cit., 667 ss., secondo il quale l'art. 2476, 7 co., c.c. opera a prescindere dalle modalità organizzative delle competenze sociali nella s.r.l. ed a fronte di qualunque manifestazione di volontà che valga a dare impulso all'azione degli amministratori o a rimuovere un ostacolo al suo svolgimento; DEMURO, *Le decisioni*, cit., 151 ss. e nt. 78).

<sup>(273)</sup> Si tenga presente che la responsabilità deliberativa del socio è ammessa anche nell'ambito della s.r.l. Cfr. GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 64 ss.; D'ALESSANDRO, *Il conflitto d'interessi nei rapporti fra socio e società*, in *Giur. comm.*, 2007, 11, il quale ravvisa nell'art. 2476, 7 co., c.c. il definitivo superamento del “totem dell'insindacabilità del voto sotto il profilo obbligatorio”.

<sup>(274)</sup> Per la distinzione fra l'approvazione e l'autorizzazione dei soci di s.r.l. da una parte e la decisione di cui gli stessi possono essere investiti *ex art.* 2479, 1 co., c.c. in relazione alla paternità dell'atto ovvero all'imputazione del potere decisionale e alle conseguenze in termini di paternità si rinvia a DEMURO, *Le decisioni*, cit. 62 ss.

ad una *mera* approvazione, questa, “pur condizionando l’atto, non attribuisce un “pieno” potere decisivo, ma anzi presuppone che sia già intervenuta la decisione degli amministratori” (275). D’altra parte, un discorso analogo — ed analogo anche a quanto già notato in merito all’art. 2364, n. 5 per le s.p.a. — vale per l’eventuale manifestazione di volontà dei soci che possa qualificarsi come autorizzazione ai sensi dell’art. 2476, co. 7, c.c.. Anche in quest’ultimo caso l’intervento dei soci deve essere considerato un mero contributo in fase di elaborazione dell’attività di eterodirezione dannosa.

In entrambe le ipotesi in esame, dunque, l’intervento del socio risulta suscettibile di integrare non già la fattispecie del 1 co., bensì quella del 2 co., prima parte, dell’art. 2497, c.c.

Naturalmente, in presenza dell’autorizzazione o dell’approvazione occorre accertare l’esistenza del nesso di causalità fra esse e l’evento lesivo. Se in ordine all’autorizzazione possono valere le stesse considerazioni svolte per la s.p.a., l’approvazione deve ritenersi causa della decisione degli amministratori della capogruppo quando ne abbia influenzato l’adozione (276).

#### 11.5. *Il criterio di imputazione soggettiva della responsabilità.*

In merito al criterio soggettivo di imputazione della responsabilità è possibile affermare che il socio di controllo risponderà normalmente a titolo di dolo, in quanto l’ingerenza nell’elaborazione delle direttive pregiudizievoli sarà determinata dall’interesse a strumentalizzare l’attività di direzione e coordinamento esercitata dalla società cui appartiene, per trarne un vantaggio personale (277). Da ciò consegue il carattere volontario della condotta del socio (dolo generico) e, probabilmente, anche la volontà dell’evento dannoso (dolo specifico).

D’altro canto, seppur teoricamente ammissibile, pare difficile da configurare una responsabilità colposa del socio, ossia una responsabilità per concorso all’abuso di eterodirezione non voluto e dipendente da un difetto di diligenza dello stesso. Nella s.p.a., infatti, quest’ultimo non ha, in base alle previsioni normative vigenti, poteri di controllo sulla gestione tali da poter stabilire se una determinata scelta strategica, per la quale si chiede l’autorizzazione assembleare, sia o meno

(275) DEMURO, *Le decisioni*, cit., 62.

(276) Per maggiore approfondimento, DEMURO, *Le decisioni*, cit., 106 e 157.

(277) Per uno spunto GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 365 ss. Non pare condivisibile, però, l’affermazione per cui la connotazione necessariamente dolosa del voto deriverebbe dal fatto che esso costituisce l’esercizio di un diritto. Tale qualificazione è del tutto inadeguata ad inquadrare il voto come affermato da GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 109 ss. e dalla dottrina lì citata.

pregiudizievole per altra società subordinata del gruppo. Non gli si può imputare, quindi, di aver votato una delibera che ha concorso alla realizzazione dell’abuso di eterodirezione con negligenza <sup>(278)</sup>.

Forse il discorso può essere impostato in termini diversi per la s.r.l., nella quale, al contrario, l’art. 2476, co. 2, c.c., riconosce ai soci non amministratori il “diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all’amministrazione”. In forza di tale previsione, quindi, tutti i soci, singolarmente, dispongono di un ampio diritto di informazione, stante il carattere estremamente lato del concetto di “affari sociali”. Le notizie richieste dai soci, pertanto, possono riguardare anche i rapporti giuridici e commerciali con altre società controllate <sup>(279)</sup>. Pertanto, ai partecipanti di una *holding*-s.r.l. si potrebbe, teoricamente, addebitare di aver autorizzato o approvato un’operazione infragruppo — risultata dannosa — negligenzemente, senza cioè aver assunto — come era loro diritto fare *ex art.* 2476, 2 co. — le necessarie informazioni in merito ai suoi effetti.

In generale, tuttavia, la dottrina ritiene incogruo — a prescindere dalla distinzione fra la disciplina della s.p.a. e della s.r.l. — far rispondere il socio che si sia ingerito nella gestione della società a titolo di colpa, poiché così gli si “imputano anche le conseguenze del suo agire... o del suo non agire, che egli non abbia previsto per distrazione, incompetenza, superficialità ecc. Ma ciò significa gravare il socio di un obbligo di diligenza, non meno che di quello di agire in modo informato...” <sup>(280)</sup>, assimilando così la responsabilità di quest’ultimo a quella degli amministratori <sup>(281)</sup>.

<sup>(278)</sup> Semmai l’informazione dei soci, chiamati a deliberare su un’operazione gestoria, dipende dalle notizie fornite proprio dagli amministratori. Cfr. MIOLA, *Atti estranei*, cit., 275 ss. Secondo la dottrina maggioritaria, il diritto d’informazione del socio, il mancato esercizio del quale può determinare la negligenza dello stesso, deve essere concettualmente distinto dal diritto dei soci di essere informati dagli amministratori (COSTI, *Note sul diritto di informazione e di ispezione del socio*, in *Riv. soc.*, 1963, 66 ss.). Nella s.p.a. sussisterebbe, anche rispetto alle delibere assembleari richieste in materia gestoria, il secondo, ma non il primo diritto.

<sup>(279)</sup> BUTA, *I diritti di controllo del socio s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, 3, Torino, 2007, 604 ss., ove a nt. 62 ampi riferimenti conformi alla dottrina e alla giurisprudenza tedesca; *contra* ABRIANI, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano 2005, 322.

<sup>(280)</sup> V. MELI, *La responsabilità*, cit., 690 e 693; GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 367 ss. Nega che il socio sia tenuto ad un particolare diligenza, RIVOLTA, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, Torino, 2007, 538. Ammette invece una responsabilità deliberativa colposa del socio GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 2009, 450.

<sup>(281)</sup> Sull’esigenza di porre un filtro, attraverso il requisito dell’intenzionalità, alle ipotesi di pieno coinvolgimento nell’attività di gestione, v. SALAFIA, *L’autorizzazione*

D'altro canto la previsione dell'art. 2476, 7 co., c.c., subordinando espressamente la responsabilità del socio per l'influenza sulla gestione ad un'autorizzazione *intenzionale*, può essere considerata espressione di un principio generale quanto al requisito soggettivo, capace di delimitare anche la responsabilità del socio di s.p.a., il quale abbia concorso ad una decisione gestoria pregiudizievole <sup>(282)</sup>.

Inoltre, al dolo quale titolo esclusivo della eventuale responsabilità del socio per influenza nella gestione viene attribuita dalla dottrina una ulteriore funzione: quella di selezione soggettiva, allorché l'ingerenza si sia realizzata tramite una partecipazione "qualificata" <sup>(283)</sup> al processo decisionale assembleare. Se è evidente, infatti, che al ricorrere di un'influenza che si manifesti in forma extraistituzionale, delle sue conseguenze debbano rispondere solamente i soci che l'hanno posta in essere; "quando la decisione [in merito all'autorizzazione o approvazione, di cui si è detto sopra] viene assunta in forme proceduralizzate, il requisito dell'intenzionalità consente di rompere l'unitarietà della volontà promanante dal corpo sociale, evitando che dalla tradizionale irresponsabilità si passi ad un indiscriminato coinvolgimento di tutti coloro che l'hanno espressa" <sup>(284)</sup>.

### 11.6. Conclusioni.

Da quanto si è detto circa il possibile coinvolgimento in responsabilità del socio ai sensi dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. risulta confermato il carattere secondario ed accessorio della stessa rispetto a quella di cui al 1 comma della medesima disposizione, oltre che la distinzione individuata fra tali due fattispecie di responsabilità nel

*assembleare ad atti di gestione dell'impresa*, in *Società*, 2008, 425 s.; V. MELI, *La responsabilità*, cit., 689 ss.

<sup>(282)</sup> Così MIOLA, *Atti estranei*, cit., 275 ss. nt. 61, il quale aggiunge che "un'autorizzazione, ...viceversa, non è da ritenersi produttiva, in una situazione fisiologica, di responsabilità a carico del socio, così come ricavabile anche dall'espressa salvezza, contemplata dall'art. 2364, n. 5, c.c., della responsabilità degli amministratori".

<sup>(283)</sup> Sia sotto il profilo oggettivo del peso corporativo della quota e dei diritti ad essa inerenti; sia sotto quello soggettivo della direzione della volontà sottesa al voto ed espressa per il tramite di esso (GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 72 ss.).

<sup>(284)</sup> V. MELI, *La responsabilità*, cit., 695, secondo il quale, pertanto, l'intenzionalità serve a *i)* discriminare tra i soci coinvolti nella decisione e soci ad essa estranei (coloro che hanno espresso voto contrario, astenuti, assenti); *ii)* discriminare, tra i soci informati che hanno concorso ad assumere la decisione, quelli che lo hanno fatto pienamente informati e consapevoli di tutte le circostanze e implicazioni rilevanti, da quelli che non lo erano. In caso contrario, si accedrebbe all'idea — ritenuta insostenibile — che anche il socio deve decidere informato, imputando a titolo di colpa la responsabilità anche a quelli che hanno deciso disinformati, superficialmente distrattamente, mal valutando le circostanze. CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 56. L'importanza del fenomeno dei patti parasociali ai fini dell'applicazione dell'articolo di apertura del capo IX è evidenziata da CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 1 ss.



gruppo. Trovando la propria fonte in un contributo causale alla produzione del danno in fase di elaborazione dell'attività di direzione e coordinamento pregiudizievole, la responsabilità del socio come concorrente al fatto lesivo *presuppone una connessa responsabilità per esercizio della stessa attività*.

Si è, inoltre, più volte sottolineato come il contributo del socio all'elaborazione dell'attività di eterodirezione — necessario e sufficiente a renderlo perseguibile ai sensi del comma 2, prima parte, dell'art. 2497, c.c., invece che del comma 1 — possa assumere differenti forme (autorizzazione, approvazione, influenza informale), che sono, però, tutte accomunate dal *non costituire una decisione, capace di per sé, di determinare l'an e il quomodo della direzione e coordinamento delle società del gruppo*. Ciononostante, il contributo del socio — per assurgere a partecipazione all'abuso — deve aver influenzato l'esercizio dell'eterodirezione e l'evento dannoso che ne consegue, sotto il profilo del nesso causale.

#### 11.7. *La responsabilità da attività congiunta di direzione e coordinamento.*

Un'ulteriore ipotesi da considerare è quella relativa all'esercizio in forma congiunta da parte di una pluralità di enti dell'attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497, 1 co., c.c. Affinché tale ipotesi possa dirsi ricorrente, occorre accertare una situazione di contitolarità della stessa, nel senso che a più soggetti (siano essi indipendenti l'uno dall'altro, ovvero legati da un rapporto di controllo) è coimputabile l'esercizio congiunto dell'eterodirezione<sup>(285)</sup>. In particolare la rilevanza dell'esame di tale fattispecie riveste un'importanza non soltanto teorica, ma anche pratica, in quanto essa risulterà funzionale alla riflessione in merito alla disciplina da applicare alla capogruppo personale (v. cap. IV).

In caso di attività di direzione e coordinamento solitaria, l'ente che ne ha la titolarità in quanto *effettivamente ne disponga e la eserciti* sarà necessariamente anche il soggetto responsabile ai sensi dell'art. 2497, 1 co., c.c. Infatti *la responsabilità lì prevista richiede l'esercizio, ossia la concreta traduzione in atto della direzione e coordinamento; il che può provenire solo dall'unico ente collettivo che ne abbia la titolarità*.

Al contrario, la particolarità dell'ipotesi qui in esame consiste nel fatto che l'automatica coincidenza fra titolarità dell'attività (*id est*, identificazione delle società o degli enti in posizione di soggetti che

<sup>(285)</sup> CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 40.

dirigono e coordinano altra o altre società) ed imputazione della responsabilità principale per esercizio *contra legem* della stessa può mancare. La dottrina occupatasi specificamente dell'argomento, infatti, ha prospettato la possibilità di procedere ad una imputazione *selettiva* della responsabilità prevista dal 1 co., dell'art. 2497, c.c. Vale a dire: non necessariamente le società o gli enti riconosciuti contitolari dell'attività di eterodirezione in base al criterio della sua effettiva disponibilità coincidono con quelli responsabili per *la singola, concreta manifestazione dannosa* della stessa<sup>(286)</sup>. L'idea — alla quale si ritiene di dover aderire — è, cioè, quella secondo cui fra gli enti titolari, in via generale, dell'attività congiunta di direzione e coordinamento, ad alcuni soltanto possa essere riferibile la condotta lesiva espressione dell'esercizio *contra legem* dell'attività nel singolo caso concreto e, dunque — in base alla ricostruzione sopra proposta — la responsabilità *ex art. 2497, 1 co., c.c.*; mentre agli altri sia imputabile una mera partecipazione al fatto principale altrui e, quindi, la responsabilità di cui al 2 co., prima parte, della medesima disposizione.

Si tratta di una distinzione che, evidentemente, presuppone la possibilità di discernere l'*attività* di direzione e coordinamento, la quale risulta rilevante ai fini dell'imputazione della stessa e quindi dell'individuazione degli enti che ne sono contitolari; e le singole manifestazioni dell'eterodirezione, i singoli atti (dannosi) concreti, in cui questa si puntualizza, che, invece, rilevano al fine di ascrivere la responsabilità ai sensi del 1 ovvero del 2 co., prima parte, dell'art. 2497, c.c.

Peraltro, tale distinzione non pone particolari difficoltà di ordine logico o giuridico.

Intanto perchè ammessa nella teoria dell'impresa, ove i concetti di atto e di attività sono stati — come già visto sopra — maggiormente approfonditi. Al riguardo, infatti, si è affermato che “detta 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”<sup>(287)</sup>.

Inoltre, perchè solo a tale condizione è possibile salvaguardare l'applicazione del principio di effettività (essenziale per la ricostruzione dell'intera disciplina del capo IX) anche per quanto riguarda l'imputazione della responsabilità risarcitoria. Il principio menzionato, infatti, impedisce un'imputazione automatica ed indifferenziata della responsabilità da eterodirezione abusiva a tutti i contitolari, a prescindere da

<sup>(286)</sup> La riflessione alla quale si fa riferimento è quella di CARIELLO, *Dal controllo cit., passim*, integrata dai chiarimenti orali ricevuti dall'autore.

<sup>(287)</sup> Si ripetono le parole di RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, cit., 111.

un'indagine concreta sul tipo di contributo, *dispositivo o di partecipazione*, fornito rispetto alla realizzazione dell'evento dannoso.

La possibilità di attribuire rilievo giuridico a singoli atti riconducibili all'attività intesa come *continuum* e come entità ulteriore rispetto alle singole componenti pare, poi, trovare un appiglio normativo nel meccanismo dei vantaggi compensativi previsto dall'ultima parte dell'art. 2497, 1 co., c.c. Ci si riferisce in particolare non alla previsione che esclude la responsabilità quando il danno risulti mancante “alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento”, ma al meccanismo contemplato dalla seconda parte del periodo, per il quale il danno è “integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette” (art. 2497, 1 co., c.c.). Se l'operatività della prima previsione è legata ad “una valutazione globale, *sintetica*, della complessiva attività” di direzione e coordinamento <sup>(288)</sup>; quella della seconda sembra presupporre un confronto fra singole operazioni pregiudizievoli con altre vantaggiose <sup>(289)</sup>. Quindi quest'ultimo meccanismo “compensativo” implica la “*scomposizione*” dell'attività nei singoli atti che ad essa sono riconducibili. Ne consegue che l'autonoma rilevanza degli atti rispetto all'attività unitariamente considerata trova un fondamento positivo nella stessa previsione normativa disciplinante (l'esclusione del) la responsabilità risarcitoria.

Dunque, una ricostruzione dell'ambito di applicazione dell'art. 2497, 1 e 2 co., prima parte, c.c. sufficientemente generale da comprendere anche le ipotesi che possono prospettarsi in caso di eterodirezione congiunta è la seguente: la prima disposizione si applica alle società o agli enti che *sono titolari* dell'attività di direzione e coordinamento e che ne hanno, nella singola concreta occasione, effettivamente disposto (abusivamente). La seconda disposizione si applica, invece, a coloro che *occasionalmente* — non ponendo in essere una condotta espressione di disposizione dell'eterodirezione nella singola ipotesi, ma essendo qualificabili, *in generale*, come contitolari dell'attività di direzione e coordinamento — o *stabilmente* — non essendo in assoluto contitolari dell'attività di direzione e coordinamento — non abbiano *in effetti* disposto dell'attività di direzione unitaria, “determinandone tramite il proprio essenziale contributo decisionale la scelta del suo esercizio, ovvero comunque indirizzandola” <sup>(290)</sup>, ma abbiano fornito un diverso contributo causale riconducibile entro la nozione residuale di partecipazione *ex art. 2497, 2 co, prima parte, c.c.*

<sup>(288)</sup> ANGELICI, *La riforma*, cit., 197; CARIELLO, *La “compensazione” dei danni con i benefici da attività di direzione e coordinamento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, 387-388.

<sup>(289)</sup> ANGELICI, *La riforma*, cit., 197.

<sup>(290)</sup> CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 54.

Così, quest'ultima disposizione si presta a comprendere nel proprio ambito di applicazione le società o enti che:

— pur essendo contitolari dell'eterodirezione, nell'occasione "risultino aver dissentito dal oppure non abbiano partecipato al procedimento di adozione della decisione espressiva della specifica attività dannosa, sebbene abbiano poi concorso alla sua materiale attuazione" <sup>(291)</sup>;

— aderendo ad una coalizione di direzione e coordinamento con un ruolo meramente attuativo delle decisioni adottate da altri partecipanti, si siano limitati ad attuare l'altrui decisione dannosa <sup>(292)</sup>.

#### 11.7.1. Segue.

Al fine di dare concretezza e rendere maggiormente intelleggibili le riflessioni appena svolte pare opportuno menzionare un esempio concreto. Si pensi ad un sindacato che eserciti attività (congiunta) di direzione e coordinamento <sup>(293)</sup>, deliberante a maggioranza, nel quale i soggetti che concorrono a determinare l'*an* e il *quomodo* dell'eterodirezione sono di volta in volta variabili, nel senso che non è individuabile una maggioranza precostituita in relazione alle singole determinazioni. Tutti i soci sindacati, in quanto possono partecipare alla formazione della maggioranza con cui si adottano le decisioni circa la direzione e il coordinamento possono esserne riconosciuti contitolari. Ma quelli che non abbiano partecipato alla formazione della maggioranza *nella singola occasione* non potranno essere perseguiti ai sensi dell'art. 2497, 1 co., c.c. (non avendo, nel caso concreto, effettivamente determinato modalità, tempi, contenuti dell'eterodirezione), bensì potranno eventualmente rispondere come concorrenti *ex art.* 2497, 2 co., prima parte, c.c., laddove, per esempio, abbiano preso parte alla materiale attuazione dell'attività dannosa, uniformandosi così alla decisione lesiva altrui.

<sup>(291)</sup> CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 55.

<sup>(292)</sup> CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 56.

<sup>(293)</sup> L'importanza del fenomeno dei patti parasociali ai fini dell'applicazione dell'articolo di apertura del capo IX è evidenziata da CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 1 ss.; MONTALENTI, *I gruppi di società*, in *Le società per azioni*, ABRIANI-AMBROSINI-CAGNASSO-MONTALENTI, Padova, 2010, 448.



## CAPITOLO III

### INQUADRAMENTO SISTEMATICO E *RATIO* DELLA RESPONSABILITÀ DEI CONSAPEVOLI BENEFICIARI DELL'ABUSO DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

SOMMARIO: 1. L'azione *ex art.* 2497, 2 co., ult. parte, c.c. come applicazione nel contesto di gruppo del principio di ingiustificato arricchimento. — 2. I presupposti dell'azione. — 2.1. L'arricchimento. — 2.2. L'impoverimento. — 2.3. Il nesso di correlatività. — 2.4. La giusta causa dell'arricchimento. — 2.4.1. *Segue*. — 2.4.2. La ricerca, tramite l'interpretazione sistematica, della giustificazione del requisito della consapevolezza richiesto dall'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c. — 2.4.3. Il rilievo, ai fini dell'esperibilità dell'azione indennitaria *ex art.* 2497, 2 co., ult. part., c.c. della volontà della società eterodiretta. — 2.5. La sussidiarietà del rimedio indennitario. — 2.5.1. La sussidiarietà nel rapporto fra le azioni previste dal 2 co., dell'art. 2497 c.c. — 2.5.2. La sussidiarietà in relazione al medesimo convenuto. — 3. L'indennizzo ed il nesso di solidarietà fra l'obbligazione risarcitoria e quella restitutoria. — 4. Inquadramento sistematico del rimedio contro i beneficiari consapevoli. — 4.1. La funzione dell'azione *ex art.* 2497, 2 co., ult. parte c.c., considerata isolatamente. — 4.2. *Segue*: possibili interferenze fra il rimedio in esame e la *ratio* della nuova disciplina delle esenzioni dalla revocatoria fallimentare. — 4.3. *Segue*: il significato sistematico del rimedio contro i beneficiari consapevoli dell'eterodirezione abusiva. — 4.3.1. La funzione residuale della responsabilità del beneficiario consapevole nel sistema di *Konzernhaftungsrecht*. — 4.3.2. *Segue*: gli elementi "elastici" della fattispecie. — 4.3.3. la funzione deterrente dell'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c.

1. *L'azione ex art. 2497, 2 co, ult. parte, c.c. come applicazione nel contesto di gruppo del principio di ingiustificato arricchimento.*

Continuando a seguire l'*iter* argomentativo adottato nel capitolo precedente, si procederà ad esaminare i caratteri della responsabilità di "chi... abbia tratto consapevolmente beneficio" dall'attività di eterodirezione (art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c.), confrontandola con gli istituti generali dell'ordinamento, al fine di trarre delle conclusioni sul suo significato sistematico nel contesto della nuova disciplina dell'abuso di direzione e coordinamento. La necessità di seguire questo *iter* di indagine consegue, ancora una volta, al fatto che la seconda parte del

comma 2 dell'art. 2497 c.c. — così come la disposizione che la precede (“chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo”) — prevede una fattispecie appena abbozzata dal legislatore della riforma. Spetta, dunque, all'interprete determinarne l'ambito di applicazione, utilizzando, a tale scopo, gli ordinari criteri interpretativi, comprendenti non solo quelli che fanno riferimento alla norma isolatamente considerata, ma anche quelli che attribuiscono rilievo ai dati sistematici ricavabili dall'ordinamento nel suo complesso (c.d. interpretazione sistematica).

L'elemento normativo che assume al riguardo una immediata rilevanza è costituito dalla limitazione al “vantaggio conseguito” posta dalla disposizione in esame all'obbligo solidale del convenuto. Da ciò può ricavarsi che la previsione *ex art. 2497, 2 co., ultima parte, c.c.*, impone la corresponsione da parte del beneficiario consapevole di una somma commisurata, nel proprio ammontare, al suo arricchimento; quindi il pagamento non di un risarcimento, ma di una indennità (o indennizzo) <sup>(1)</sup>. Infatti, — sebbene nel nostro ordinamento i termini indennità e risarcimento siano utilizzati secondo accezioni diverse, che ne rendono difficile la ricostruzione unitaria <sup>(2)</sup> — la dottrina ammette che, dall'esame delle figure tipiche di responsabilità indennitaria, si possa ricavare l'intento del legislatore di configurare l'indennità come un *minus* rispetto al risarcimento <sup>(3)</sup>.

Tale differenza quantitativa fra quest'ultimo e l'indennizzo dipende dalla funzione stessa che il secondo esplica nel nostro ordinamento. Elemento qualificante il risarcimento è il suo essere legato “al presupposto di un *danno (ingiusto) arrecato*, laddove l'indennità dipende da un *arricchimento a scapito di altri che si deve eliminare*” <sup>(4)</sup>. L'indennità, dunque, ha una funzione puramente recuperatoria <sup>(5)</sup> che

<sup>(1)</sup> Si aderisce nella presente riflessione all'approfondita indagine sui due termini di BONAMORE, *Equivalenza semantica, ed equipollenza giuridica di “indennità, indennizzo, risarcimento” quale corrispettivo nelle espropriazioni per fini pubblici*, in *Giust. civ.*, 1998, 3243 ss., il quale, grazie ad un'indagine di tipo semantico ed etimologico, conclude per la fungibilità dei due termini.

<sup>(2)</sup> Fra i molti MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 2007, 118 ss.

<sup>(3)</sup> MAZZOLA, *Responsabilità*, cit., 122, ove ampie indicazioni di norme; CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge, in trattato di Dir. civ.* del Consiglio nazionale del notariato, diretto da PERLINGERI, Napoli, 2004, 71, per il quale “il risarcimento non incontra limite nell'arricchimento del responsabile”; Cass., SS.UU. 11 settembre 2008, n. 23385, in *Guida al diritto*, 2008, 40. La limitazione oggettiva relativa all'arricchimento e alla correlativa diminuzione patrimoniale viene indicata come tratto caratterizzante l'indennità menzionata all'art. 2041 c.c. (oltre che, in genere tutte le ipotesi in cui il codice parla di indennità) da RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, cit., 158.

<sup>(4)</sup> MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milano, 1972, 439-440; e più recentemente anche PERLINGERI, *La responsabilità civile fra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1072.

<sup>(5)</sup> Cass., SS.UU. 11 settembre 2008, n. 23385, cit.

si esplica in relazione ad un arricchimento: la *ratio* dell'indennizzo si deve rinvenire in un principio — avente fondamento etico-equitativo — di giustizia distributiva ed, in particolare, in quello che condanna gli spostamenti patrimoniali ingiustificati <sup>(6)</sup>. Pertanto l'indennità è imposta “in funzione e nei limiti dell'arricchimento” ingiustificato <sup>(7)</sup>.

Tali connotati ricorrono anche rispetto alla fattispecie di cui all'art. 2041 c.c. — che perciò viene considerato paradigma normativo generale in materia di responsabilità indennitaria <sup>(8)</sup> —, il quale è espressione del principio per cui ogniquale volta uno spostamento patrimoniale produca una locupletazione ingiusta a spese altrui, l'ordinamento interviene con un'azione restitutoria mirata al riequilibrio delle posizioni patrimoniali. Il rimedio indennitario ha lo scopo di riversare all'attore il bene o il servizio, ovvero il loro valore, rifluiti nell'altrui patrimonio in forza di una fattispecie che l'ordinamento non riconosce sostanzialmente fondata e, dunque, idonea ad assicurare stabilità all'attribuzione patrimoniale <sup>(9)</sup>.

Da questi rapidi cenni pare emergere la natura indennitaria anche del rimedio esperibile contro il beneficiario consapevole <sup>(10)</sup>. Tale responsabilità coinvolge quanti *non* abbiano contribuito causalmente alla realizzazione dell'evento lesivo, ma abbiano mantenuto un atteg-

<sup>(6)</sup> ALESSI, *La responsabilità da atti legittimi*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, XV, 1968, 627; SCHLESINGER, voce *Arricchimento (Azione di)*. *Diritto civile*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino 1958, 1005, il quale ritiene l'art. 2041 c.c. espressione del principio che impedisce che si attui una “situazione di squilibrio nella distribuzione dei beni”, considerato principio generale dell'ordinamento (BIANCA, *La responsabilità*, cit., 810). Per la qualificazione dell'art. 2041 c.c. come principio generale dell'ordinamento, che trova espressione in numerose altre disposizioni ad esso precedenti nel sistema codicistico v. anche Cass., SS.UU. 11 settembre 2008, n. 25385, cit.

<sup>(7)</sup> Cass., SS.UU., 11 settembre 2008, n. 25385, cit.

<sup>(8)</sup> MAZZOLA, *Responsabilità*, cit., 202, ss., ove ulteriori riferimenti; Cass., SS.UU., 11 settembre 2008, n. 25385, cit.

<sup>(9)</sup> ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 166 e 184.

<sup>(10)</sup> Si pronuncia in senso contrario a tale conclusione (come detto sostenuta dalla dottrina dominante), GIOVANNINI, *La responsabilità*, cit., 126, affermando che “la necessità di menzionare tale responsabilità...non vi sarebbe se il legislatore avesse inteso inquadrarla nella clausola generale dell'art. 2041 c.c.”. L'affermazione dell'autrice non è condivisibile, in quanto numerosissimi sono le norme del codice civile, ulteriori rispetto all'art. 2041 c.c., espressione del principio dell'arricchimento ingiustificato (se ne veda una rassegna in ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 84 ss. e le precisazioni in merito al rapporto fra le stesse e l'art. 2041 c.c. a nt. 5). La tipizzazione di ipotesi specifiche di arricchimento ingiustificato determina l'effetto di rendere l'ingiustizia dell'arricchimento *in re ipsa* (per espressa previsione legislativa), senza comportare la necessità per l'interprete di ricorrere alla clausola generale di cui all'art. 2041 c.c. (v. ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 53). La previsione specifica, espressione del principio equitativo di cui all'art. 2041 c.c., ha inoltre la funzione di consentire al legislatore di dettare una disciplina capace di dar rilievo alle peculiarità del caso concreto, senza delegare ciò al giudice. Questo, certamente, è avvenuto in merito alla responsabilità dei beneficiari quanto meno sotto l'aspetto della legittimazione passiva, che, come vedremo, spetta non all'impoverito diretto, ma a chi sia indirettamente impoverito (soci e creditori della dominata) (v. GUERRERA, *Gruppi di società*, cit., 21).



giamento “in un certo senso passivo” <sup>(11)</sup>, ossia figure “obiettivamente individuabili anche se subiettivamente neutre quanto all’azione compiuta” <sup>(12)</sup>. Non sussiste in tal caso un fatto dannoso (co)imputabile a chi si avvantaggia consapevolmente dell’altrui fatto lesivo; quest’ultimo infatti non tiene alcuna condotta eziologicamente legata all’evento lesivo per i soci e i creditori della eterodiretta, ma si limita a sfruttarlo a proprio beneficio, senza giustificazione.

L’esistenza di un’obbligazione risarcitoria presuppone che si possa addebitare ad un soggetto la responsabilità del danno cagionato ad altri. Nel nostro ordinamento l’addebito presuppone che il soggetto tenuto al risarcimento abbia contribuito causalmente alla produzione del danno. Ma tale elemento non è richiesto ai fini dell’esperibilità del rimedio in esame <sup>(13)</sup>.

Per questo, al beneficiario non può imputarsi un’obbligazione, avente cioè la funzione di risarcire un danno. L’azione contro lo stesso, dunque, assolve la differente funzione di eliminare gli effetti di illegittime operazioni infragruppo, ristorando — nei limiti dell’arricchimento — il patrimonio dei soggetti impoveriti. Si tratta, pertanto, di un rimedio restitutorio con finalità riequilibratrice; al quale i soci minoritari e i creditori della dominata possono ricorrere per ottenere la reintegrazione del proprio patrimonio, depauperato indirettamente dal “travaso” di valori <sup>(14)</sup> deciso dalla capogruppo a danno della società cui fanno riferimento.

In base a questi rilievi pare dimostrata l’esistenza di un’autentica identità di *ratio* fra la previsione in esame e quella ex art. 2041, c.c. Ciò — unitamente al fatto che, come già rilevato, tale norma costituisce il paradigma normativo generale in materia di responsabilità indennitaria — è sufficiente a legittimarne l’utilizzo come criterio interpretativo della specifica ipotesi di obbligazione restitutoria prevista nell’ambito della responsabilità nel gruppo <sup>(15)</sup>.

<sup>(11)</sup> ANGELICI, *La riforma*, cit., 146-147.

<sup>(12)</sup> LIBONATI, *L’impresa*, cit., 286; conf. BONFATTI, *La promozione e la tutela delle procedure di composizione negoziale della crisi d’impresa nella riforma della legge fallimentare*, in [www.fallimento.ipsoa.it](http://www.fallimento.ipsoa.it), § 15; GUIZZI, *Partecipazioni qualificate*, cit., 256; DAL SOGLIO, *Sub art. 2497*, cit., 2346; da ultimo VALZER, *La responsabilità*, cit., 185. Il punto sarà approfondito oltre, trattando delle funzione sistematica della norma.

<sup>(13)</sup> GUIZZI, *Partecipazioni qualificate*, cit., 256.

<sup>(14)</sup> Conseguenza di quelle operazioni che con espressione icastica sono state definite di “spolpamento”. Così PAVONE LA ROSA, *L’insolvenza nelle aggregazioni di gruppo*, in *Riv. soc.*, 1983, 1506. V. in tal senso anche LIBONATI, *L’impresa*, cit., 285.

<sup>(15)</sup> Tale prospettiva di indagine è assunta, rispetto all’art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c., da WEIGMANN, *I gruppi di società*, cit., 207; ANGELICI, *La riforma*, cit., 146; GUIZZI, *Partecipazioni qualificate*, cit., 256; CAREILLO, *Direzione*, cit., 1250 n. 58; DAL SOGLIO, *Sub art. 2497*, cit., 2346; NIUTTA, *La novella*, cit., 398. *Contra* A. PATTI, *Gruppi, Trasformazione*, cit., 245, che la ritiene una responsabilità aquiliana, al quale accede un criterio di natura indennitaria per la qualificazione del danno risarcibile; CA-

## 2. I presupposti dell'azione.

Un aspetto sicuramente indiscusso della riflessione in merito all'istituto dell'arricchimento ingiustificato è costituito dai presupposti per la sua applicazione:

a) arricchimento di un soggetto; b) impoverimento di un altro soggetto; c) correlazione fra arricchimento dell'uno e impoverimento dell'altro; d) assenza di una giusta causa; e) assenza di ogni altra azione, con cui il danneggiato possa farsi indennizzare del pregiudizio subito <sup>(16)</sup>.

È interessante verificare come (e se) essi siano riferibili anche al rimedio contemplato dalla disposizione di cui all'art. 2497, co. 2, ultima parte, c.c., in modo da far emergere i tratti caratterizzanti la fattispecie di responsabilità lì disciplinata.

### 2.1. L'arricchimento.

Il fatto che l'art. 2497, 2 co., ultima parte, c.c., contempli quale elemento costitutivo della propria fattispecie il beneficio dei legittimati passivi all'esperimento dell'azione costituisce un'ulteriore conferma dell'affinità sostanziale di quest'ultima con il rimedio *ex art.* 2041 c.c. L'azione in esame non è finalizzata, come quelle risarcitorie, a rimuovere la perdita che l'illecito abbia cagionato nel patrimonio altrui, ma ha la funzione di restituire proprio ciò che il responsabile ha ricavato dalla sfera giuridico-patrimoniale del soggetto tutelato. Il suo oggetto è costituito, cioè, non dal danno di chi lo esercita, ma dall'arricchimento di chi ne subisce l'esercizio <sup>(17)</sup>.

STRONOVO, *La nuova responsabilità*, 161, che ritiene che la disposizione in esame sanzioni anch'essa una modalità di concorso, in quanto "anche un soggetto che non ponga in essere la condotta di impoverimento del patrimonio della controllata, quando consapevolmente ne tragga beneficio, non è altro che partecipe del fatto che genera il danno"; GIOVANNINI, *La responsabilità*, cit., 126; VALZER, *La responsabilità*, cit., 185 ss., che propone una ricostruzione peculiare della disposizione tramite un parallelo con le norme in materia di scissione.

<sup>(16)</sup> MORI-CHECCUCCI, *L'arricchimento senza causa*, Firenze, 1943, 16; BIANCA, *La responsabilità*, cit., 813; da ultimo, GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Tratt. Dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 1996, 26; in giurisprudenza da ultimo Cass., SS. UU., 11 settembre 2008, n. 23385, cit.

<sup>(17)</sup> V. per l'art. 2041 c.c., Cass., SS.UU., 11 settembre 2008, n. 23385, cit. Nell'ottica del diritto comparato, il rimedio *ex art.* 2497, 2 co., ult. parte, cc., può essere accostato: i) nell'ordinamento tedesco alla fattispecie del *veranlassenden Nutzniesser* prevista dal § 117, Abs. 3, AktG. L'applicazione di tale fattispecie presuppone che vi sia un soggetto che ha indotto dolosamente l'influenza del responsabile ai sensi dell'Abs. 1 (*Einflussnehmer*) e che ha ottenuto da quest'ultima un vantaggio concreto (v. VOIGT, *Haftung*, cit., 252 ss.; HOMMELHOFF-WITT, sub § 117, in SCHMIDT U. LUTTER (a cura di), *Aktiengesetz Kommentar*, Berlin, 2008, 1261) — la differenza rispetto all'art. 2487, 2 co., ult. parte, c.c. sta nel fatto che lì rispetto alla fattispecie tedesca non è richiesto un

Ai sensi dell'art. 2041 c.c. l'arricchimento consiste in qualunque vantaggio suscettibile di valutazione economica. Quest'ultimo<sup>(18)</sup> può essere rappresentato da un incremento patrimoniale, da un mancato detrimento risultante dall'aver evitato la perdita di un bene o da un risparmio di spesa<sup>(19)</sup>. Così deve essere ricostruito anche il presupposto del rimedio in esame (*id est* il benefico)<sup>(20)</sup>.

Inoltre, deve certamente ritenersi coerente con la previsione di cui all'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c. una concezione “patrimoniale” dell'arricchimento: si ha riguardo, cioè, alla variazione del valore complessivo del patrimonio, in conseguenza dell'utilità ricevuta senza causa<sup>(21)</sup>.

contributo causale del beneficiario alla realizzazione dell'evento da cui scaturisce il vantaggio; ii) nell'ordinamento UK la c. di *preference liability*, in cui può incorrere il terzo che, entro un “relevant time” stabilito dalla legge, ottenga un arricchimento ingiusto a danno di altri creditori — l'applicazione di tale responsabilità è subordinata al ricorrere di un requisito soggettivo (come nell'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c.) riferito però non al terzo avvantaggiato, ma alla società che lo eroga c.c. di *desire to prefer* — v. *Insolvency Act*, 1986, s. 239 - 241 e perampi approfondimenti e riferimenti BENEDETTI, *Le anomalie*, cit., 494 ss.

<sup>(18)</sup> Occorre rilevare, tuttavia, come nei rapporti infragruppo l'accertamento del presupposto dell'arricchimento (e di quello corrispondente, del pregiudizio) risulta complicato dalla necessità di verificare se ricorrano o meno i vantaggi compensativi, espressamente riconosciuti previsti dall'art. 2497, I co., c.c., ult. parte. Le eventuali condizioni di favore di un negozio per una società del gruppo, infatti, potrebbe trovare contropartita in altre operazioni nelle quali il vantaggio è in direzione inversa (si pensi ad es. alla società controllante che riceve un finanziamento a tasso di favore dalla controllata, ma assume una responsabilità — con fideiussioni o con lettere di *patronage* — per debiti della controllata; oppure alla controllante che acquista semilavorati dalla controllata a prezzo inferiore a quello di mercato, ma le fornisce, gratuitamente o a condizioni di favore, *know-how* o servizi amministrativi, contabili, finanziari...). In tutti questi casi lo “squilibrio economico dell'operazione isolatamente considerata non comporta necessariamente squilibrio nel complesso dei rapporti tra controllante e controllata” (COLOMBO, *Informazione societaria e gruppi di società*, in *L'informazione societaria*, Milano, 1981, 681). Troverà, pertanto, applicazione il I co., ult. parte, del 2497 c.c., precludendo l'esperibilità di qualunque rimedio giudiziale.

<sup>(19)</sup> Sulla possibile rilevanza, nel contesto di gruppo, di un vantaggio indebito avente la forma di risparmio di spesa, causato da un'innata ripartizione di spese comuni, cfr. PAVONE LA ROSA, *La responsabilità*, cit., 435; ABBADESSA, *I gruppi*, cit., 243; MIOLA, *Le garanzie infragruppo*, Torino, 1993, 196 n. 21, il quale nota anche come il vantaggio sotto forma di risparmio di spesa rappresenti l'ipotesi ordinaria nell'ambito dei negozi infragruppo, in quanto realizzati a condizioni più favorevoli di quelle di mercato; LANGE, *Verdeckte Gewinnausschüttungen*, Berlin, 1987, 46 ss.; DOLLERER, *Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlage bei Kapitalgesellschaften*, Heidelberg, 1990, 21.

<sup>(20)</sup> L'esistenza del contesto di gruppo, non vale ad escludere che determinate operazioni infragruppo vengano concluse a seguito di un'effettiva contrattazione, come se le parti fossero società indipendenti, e quindi a condizioni di mercato. Simili operazioni, tuttavia, non rilevano ai fini dell'indagine che stiamo svolgendo.

<sup>(21)</sup> In merito all'arricchimento rilevante per l'esercizio dell'azione di cui all'art. 2041 c.c., deve distinguersi una concezione “reale”, per la quale l'arricchimento deve avere ad oggetto una cosa determinata, cosicché l'azione guarda alla cosa ricevuta; ed una concezione “patrimoniale”, la quale fa, al contrario, riferimento all'intero patrimonio e alle ripercussioni che su di esso ha avuto il fatto produttivo dell'arricchimento. V. per questa distinzione TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 118. A favore

La fattispecie in esame, infatti, tipizza un danno meramente patrimoniale<sup>(22)</sup>, rilevante proprio come modificazione negativa del patrimonio della società eterodiretta, che lede, indirettamente, anche il patrimonio dei soci minoritari e dei creditori sociali<sup>(23)</sup>. Una simile ricostruzione del pregiudizio rilevante ai sensi della disciplina in esame influenza, conseguentemente, la concezione del corrispondente arricchimento.

L'applicazione di un questo rimedio restitutorio risulta particolarmente utile nel contesto dei rapporti infragruppo. Infatti, l'esistenza di una "rete diffusa di relazioni tra le società...incide sulle modalità dei trasferimenti patrimoniali, al punto che il contenuto del negozio...subisce modificazioni in virtù di esigenze poste dal gruppo"<sup>(24)</sup>. Pertanto tali scambi possono essere, talora, strutturati a *condizioni diseguali*<sup>(25)</sup>, in modo che uno dei contraenti subisca una perdita a fronte del *vantaggio* dell'altro<sup>(26)</sup>.

della seconda concezione v. A. DI MAJO, *La Tutela civile*, cit., 317-318; ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 293.

<sup>(22)</sup> Cfr. il cap. I.

<sup>(23)</sup> Si vuole affermare che, ai fini del pregiudizio oggetto dalla fattispecie di responsabilità in esame, rileva non già la fuoriuscita dal patrimonio dei danneggiati di beni nella loro individualità, bensì il saldo algebrico negativo rispetto al patrimonio stesso, determinato dall'operazione infragruppo. Affermano che il principio dell'arricchimento ingiustificato guarda "alla ripercussione patrimoniale dell'indebita prestazione nella sfera dell'*accipiens* più che al singolo bene o prestazione ottenuti", A. DI MAJO, *La Tutela civile*, cit., 317-318; ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 293.

<sup>(24)</sup> A. MIOLA, *Le garanzie infragruppo*, Torino, 1993, 186 ss., il quale a pag. 218 nota anche come tale evenienza risulti particolarmente probabile in occasione di situazioni di crisi, in cui si tenta di accollare l'esposizione debitoria complessiva alla società insolvente, mentre le attività di questa vengono trasferite alle imprese sane di gruppo. Per il fenomeno inverso, che conduce anch'esso a configurare un'ipotesi in cui è possibile attivare il rimedio in esame, v. BONFATTI, *La promozione*, cit., 39, il quale nota che "una gestione integrata" delle società del gruppo — possibile anche al di fuori delle situazioni di crisi — diviene inevitabile nei casi di difficoltà economiche: in tali frangenti, la situazione di difficoltà nella quale versa(no) una singola (o più) società del gruppo, può essere superata ricorrendo alle risorse economiche, finanziarie e patrimoniali proprie delle altre società. Nel tentativo di salvare realtà imprenditoriali che, se non fossero state inserite nel gruppo, sarebbero state destinate al fallimento, per insufficienza delle "loro forze individuali a cavarle dalle situazioni di crisi".

<sup>(25)</sup> Può pensarsi a tutti i negozi con i quali si compia un'attribuzione patrimoniale senza adeguato corrispettivo. In generale un tipico esempio di negozi che realizzano un vantaggio a favore di una società del gruppo a discapito di un'altra è costituito da fideiussioni, ipoteche o avalli gratuiti, o pagamenti per debiti altrui. Naturalmente ci si riferisce all'ipotesi di garanzia o pagamento effettuati dalla controllata a favore della controllante o di altra società sorella: la garanzia (o il pagamento) in questi casi non è rilasciata (o effettuato) nell'interesse della garante (o del *solvens*), quanto della debitrice principale, divenendo strumento per attuare un trasferimento di ricchezza all'interno del gruppo. Per un'ampia esemplificazione delle operazioni infragruppo, espressione di una attività di direzione e coordinamento abusiva, cfr. ABBADESSA, *I gruppi*, cit., 140; BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, I, 1992, 219 ss.; MIOLA, *Trasferimenti patrimoniali infragruppo: profili interni e transnazionali in Gruppi di società*, Milano, 1996, 1589; AMBROSINI, *La revocatoria fallimentare delle garanzie*, Milano, 2000, 77. Per la giurisprudenza cfr. v. Trib. Milano, 19 gennaio 1974, in *Giur.*

Ciò è conseguenza del fatto che, sebbene gli scambi infragruppo abbiano luogo fra soggetti formalmente distinti (due società sorelle o la capogruppo e la dominata), *nella sostanza* un medesimo capitale di comando (la *holding*) assume, contemporaneamente, la veste di compratore e di venditore, di finanziatore e di finanziato, cosicché i valori dello scambio possono rivelarsi puramente nominali e volti ad attuare trasferimenti di utili o di perdite da una società all'altra del gruppo (27).

## 2.2. L'impoverimento.

Come dimostra l'etimologia del termine indennizzo (28) utilizzato dall'art. 2042, c.c., insieme al tenore letterale dell'art. 2041 c.c. (“a danno di un'altra persona”), il danno costituisce elemento imprescindibile anche della responsabilità indennitaria. Esso costituisce il correlato negativo dell'arricchimento.

La funzione maggiormente interessante esplicitata dal presupposto dell'impoverimento nell'ambito della responsabilità c.d. indennitaria consiste nell'individuare il titolare dell'azione generale di arricchimento.

*comm.*, 1974, II, 174; Trib. Milano, 30 settembre 1991, in *Banca, borsa, ti. cred.*, 1993, II, 675; Trib. Napoli, 18 ottobre 2000, in *Fallimento*, 2001, 1040; App. Bologna, 12 marzo 2004, in *Fallimento*, 2005, 1289 in tali pronunce si tratta di operazioni gratuite effettuate da società del gruppo a favore di società sorelle. Interessante risulta la motivazione di Cass., 8 maggio 1991, n. 5123, in *Foro it.*, 1992, I, 817 ss., ove si afferma che nel gruppo occorre “evitare che da posizioni di preminenza o di egemonia dell'una società sulle altre possano derivare *ingiusti arricchimenti* a favore della società controllante, o *depauperamenti altrettanto ingiusti* a danno delle società controllate”.

(26) Così, *ante riforma*, PAVONE LA ROSA, *La responsabilità*, cit., 435; ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni infragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica* in *Giur. comm.*, 1997, 701; MIOLA, *Le garanzie*, cit., 186, il quale aggiunge (*op. cit.*, 196 nt. 20) che le operazioni infragruppo realizzano delle “attribuzioni patrimoniali indirette”, in quanto allo scopo tipico del negozio, che permane, si aggiunge l'intento di una delle parti di realizzare l'arricchimento dell'altra; NIUTTA, *Il finanziamento*, cit., 95 nt. 74. Nella dottrina tedesca cfr. BOMMERT, *Verdeckte Vermögensverlagerungen im Aktienrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, 12 ss.; PETER, *L'action revocatoire dans les groupes des sociétés*, Genève, 1990, 88 ss.

(27) GALGANO-GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2006, 317; conf. FIGÀ-TALAMANCA, GENOVESE, *Riforma*, cit., 1210, ove si parla di operazione “pilotata” dalla capogruppo; (prima della riforma) MONTALENTI, *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi, l'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1999, 2137 ss.; VALZER, *La responsabilità*, cit., 187. Nel diritto statunitense, addirittura, si applica il c.d. *fairness test*, ossia una regola di carattere processuale (volta ad agevolare la *derivative suit*, ossia l'azione dei soci esterni della dominata nei confronti della controllante (*puppeteer*), per la quale nelle transazioni infragruppo si presume, salvo prova contraria, che vi sia stata una sproporzione nelle prestazioni. Cfr. Snyder Elec. Co./ Fleming, in 305 N.W. 2nd, 863, 867, (1981); RONDINONE, *I gruppi*, cit., 625 e 748.

(28) Che deriva dall'aggiunta al sostantivo “damnum” il prefisso “in”, che ha valore negativo sotto il profilo grammaticale (indenne = senza danno) e positivo sotto quello sostanziale.

mento. Questo rimedio viene concesso al soggetto a carico del quale l'arricchimento è stato conseguito <sup>(29)</sup>.

Al contrario, nell'ipotesi di arricchimento ingiustificato contemplata dall'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c. il rimedio restitutorio viene attribuito ai soci minoritari e ai creditori della società dominata, non (almeno esplicitamente) a quest'ultima <sup>(30)</sup>. Legittimati attivi ad agire

<sup>(29)</sup> TRIMARCHI, *L'arricchimento*, cit., 35; BIANCA, *La responsabilità*, cit., 814.

<sup>(30)</sup> Un'interessante ipotesi di depauperamento, che legittima l'esperimento dell'azione in esame, potrebbe aversi a fronte dell'accentramento, presso la *holding*, del governo della politica finanziaria del gruppo. Si pensi al caso — che, a ben vedere, costituisce nient'altro che un'applicazione particolare della fattispecie della prestazione di garanzia per debito altrui — di garanzie fornite a fronte di un finanziamento di gruppo: un'organizzazione multinazionale ottiene, attraverso la *holding*, un finanziamento al servizio dell'intero gruppo, che verrà poi frazionato dalla stessa e garantito da tutte le società che lo compongono. La particolarità dell'operazione consiste nel fatto che non vi è una proporzionalità biunivoca, per ogni singola società, tra garanzia prestata e frazione del finanziamento ricevuto. La garanzia può determinare una lesione rispetto al patrimonio del garante (in ordine alle garanzie per debito altrui occorre puntualizzare come esse siano suscettibili di determinare un arricchimento e un correlativo impoverimento già come conseguenza della loro concessione (cfr. MIOLA, *Le garanzie*, cit., 201 ss., 219 e nt. 57 (ove ampi riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza tedesca); MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995, 97, il quale si richiama alla riflessione di SIMONETTO, *La fideiussione prestata tra privati*, Padova, 1985, 30 ss.; SCHOLZ-LWOWSKI, *Das Recht der Kreditsicherung*, 5Aufl, Berlin, 1980, 647 ss.). La prestazione di garanzie infragruppo — al pari di qualunque altra operazione di scambio, che abbia luogo in tale contesto — può risultare dannosa anche per i soci minoritari della dominata-garante, posto che essa verrà concessa normalmente in assenza di corrispettivo (cfr. DACCÒ, *Una recente sentenza della Cassazione sugli atti infragruppo in Banca borsa, tit. cred.*, 1987, 523; AMBROSINI, *La revocatoria*, cit., 70; MIOLA, *Le garanzie*, cit., 236), al contrario di quanto accadrebbe se la garanzia intercorresse fra soggetti indipendenti, a condizioni di mercato. La concessione della garanzia determina per la garante un impoverimento consistente nella mancata percezione di un corrispettivo (il che deprime l'utile, ledendo la redditività della partecipazione); e un arricchimento per il creditore e per il debitore principale, (consistente in un risparmio di spesa oltre che, per il creditore, nella possibilità di soddisfarsi sul bene oggetto di garanzia o sul patrimonio del garante per debito altrui e per il debitore nel montaggio (ad es. erogazione del credito, dilazione di pagamento...) ottenuto dal creditore in cambio delle garanzie ricevute) pertanto, a fronte della correlazione che sussiste fra tale svantaggio e l'incremento patrimoniale costituito, per altra società del gruppo, dall'acquisizione di una frazione di finanziamento di importo superiore alla garanzia dalla stessa prestata, i soci minoritari e i creditori della società svantaggiata potrebbero esperire l'azione di cui all'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c. Analoga conclusione può adottarsi anche nell'ipotesi in cui una società contragga in proprio un finanziamento — sostenendo l'onere economico della sua restituzione —, di cui beneficino altre società del gruppo, tra le quali la somma mutuata viene ripartita; il che si verifica sovente come conseguenza dell'accentramento presso una società conglomerata della funzione di tesoreria. Oppure nel caso di un finanziamento che viene destinato al pagamento di un debito (magari bancario) di altra impresa appartenente al medesimo gruppo e in stato di insolvenza (il vantaggio sembra in tal caso sussistere sia per la società del gruppo, il cui debito viene adempiuto dal terzo; sia per il creditore che ottiene l'integrale soddisfazione di un credito, che, altrimenti avrebbe potuto essere sottoposto alla falcidia concorsuale. Cfr. MIOLA, *Le garanzie*, cit., 225 nt. 71; NIUTTA, *Il finanziamento*, cit., 267; Cass., 21 dicembre 1990, n. 12123, in *Foro it.*, 1991, I, 2020; Cass., 9 maggio 1991, n. 5193, in *Giur. it.*, 1992, I, 534). Infine, il vantaggio potrebbe consistere nel consolidamento di pagamenti o garanzie precedentemente acquisiti, a causa del differimento dell'apertura di una procedura concorsuale di una società del gruppo (da

ai sensi dell'articolo in esame sono, quindi, i soggetti che subiscono un depauperamento *indiretto* del proprio patrimonio, come riflesso <sup>(31)</sup> di quello subito dalla società eterodiretta <sup>(32)</sup>.

Sotto questo profilo, dunque, la disposizione introduce un elemento di disciplina specifico — rispetto all'azione generale di arricchimento —, dovuto non tanto alla natura del pregiudizio, bensì al *contesto* nel quale esso si produce, caratterizzato dall'asservimento della società agli obiettivi imprenditoriali del soggetto controllante e dalla marginalità economica e corporativa dei soci-investitori <sup>(33)</sup>. In tal modo trova una (prima, parziale) giustificazione la previsione di una fattispecie autonoma di responsabilità indennitaria, espressione, nel microsistema della responsabilità nel gruppo, dei principi dell'art. 2041 c.c.

### 2.3. Il nesso di correlatività.

Il nesso di correlatività intercorrente fra arricchimento e impoverimento si verifica, nel contesto del gruppo, in forma diretta allorché l'uno e l'altro derivino da un unico fatto costitutivo <sup>(34)</sup>, rappresentato, per esempio, da un negozio avente come parti le società in esso ricomprese.

cui deriva la decorrenza del periodo sospetto) contraria, nel caso concreto, ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale (sulla questione v. più ampiamente BENEDETTI, *La responsabilità ex art. 2497 c.c. della banca e le soluzioni negoziali della crisi d'impresa*, in *RDS*, 2010, 414). Infatti, per consolidamento s'intende l'impossibilità di impugnare l'atto pregiudizievole con l'azione revocatoria fallimentare. Pertanto, all'arricchimento del soggetto destinatario del pagamento o della garanzia corrisponde certamente un depauperamento della società del gruppo disponente che, al sopraggiungere del fallimento, vedrà il proprio patrimonio diminuito dei valori che avrebbe potuto recuperare con la revocatoria. Ne consegue, quindi, anche una lesione dell'integrità patrimoniale a danno dei creditori.

<sup>(31)</sup> Così come, in ordine alla responsabilità risarcitoria contemplata dall'art. 2497, 1 e 2 co., prima parte, c.c., il danno risarcibile è un danno costituente il riflesso di quello, diretto, patito dal patrimonio sociale. V. G. SCOGNAMIGLIO, *Danno*, cit., 960.

<sup>(32)</sup> Sottolinea tale profilo di diversità fra la fattispecie in esame e quella di cui all'art. 2041 c.c., GUIZZI, *Partecipazioni qualificate*, cit., 351.

<sup>(33)</sup> V. ABBADESSA, *La responsabilità*, cit., 279 ss. Conf., in tali termini analoghi a quelli utilizzati nel testo, GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 21, ove si aggiunge che poiché la direzione imprenditoriale si trova stabilmente in mano a soggetti che hanno investito la quota di capitale relativamente maggiore o che, comunque, dispongono del controllo, l'ordinamento può rinunciare ad esigere l'integrale risarcimento “collettivo” della perdita arrecata con l'abuso del relativo potere; purché al contempo sia assicurata la reintegrazione dei diritti dei creditori e dei soci di minoranza danneggiati dalla condotta, che ha leso l'integrità del patrimonio sociale o che ha pregiudicato la redditività e/o il valore dell'investimento.

<sup>(34)</sup> In merito al nesso di correlatività (imposto dalla lettera dell'art. 2041 c.c.), che deve sussistere fra impoverimento e arricchimento, la dottrina civilistica si è divisa fra quanti sostengono una concezione più ampia, ossia ritengono sufficiente una causalità indiretta o una mera relazione di necessità storica, nel senso che si possa dimostrare che “l'uno non si sarebbe verificato senza l'altro: basta una concatenazione di eventi effettivamente esistente e determinante, pur senza il carattere dell'esclusività”; e quanti propongono una concezione maggiormente restrittiva — prevalente in giurisprudenza —, per

Peraltro, l'esistenza di un arricchimento immediato per una società del gruppo non esclude che possa configurarsi, ulteriormente, anche un beneficio indiretto per un terzo soggetto: la prestazione effettuata a vantaggio (direttamente) di una società del gruppo può ridondare a beneficio (indiretto) anche di un terzo <sup>(35)</sup>.

Ne deriva la necessità di verificare se i soci minoritari e i creditori possano agire anche contro quest'ultimo <sup>(36)</sup>.

cui se il medesimo fatto non determina, nella sfera di due soggetti, una locupletazione ed un depauperamento, si deve negare all'impoverito l'indennizzo. A favore della necessità di una correlatività diretta SCHLESINGER, voce *Arricchimento*, cit., 1007; seguito dalla giurisprudenza prevalente (Cass., SS. UU., 2 febbraio 1963, n. 183, in *Giust. civ.*, 1963, I, 259). Generalmente, tale posizione è sostenuta anche dalla dottrina tedesca e dei paesi di *common law*. V. J. WOLF, *Der Stand der Bereicherung und Nutzen*, Wien, 1988, 153 e per ulteriori riferimenti comparatistici GALLO, *Arricchimento senza causa*, cit., 158 ss. Sono contrari a tale assunto, invece, TRABUCCHI, voce *Arricchimento*, (*Azione di*) (*Diritto civile*), in *Enc. Dir.* III, Milano, 1958, cit., 72; TRIMARCHI, *L'arricchimento*, 82-85; MOSCATI, voce *Arricchimento (azione di) nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987, 454; SPITALI, *L'arricchimento mediante intermediario e l'art. 2058* in *Giur. It.*, 1994, 1864; DAWSON, *Indirect enrichment*, in *Jus Privatum Gentium (Festschrift Rheinstein)* Tübingen, 1969, BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato Dir. Priv.*, a cura di RESCIGNO, 9, Torino, 1995) 841, secondo cui l'interpretazione del nesso di correlatività come unicità del fatto costitutivo di arricchimento e impoverimento è il frutto della tendenza "a trasferire nella materia degli arricchimenti ingiustificati le nozioni elaborate in relazione allo studio dei fatti illeciti. Soltanto per questi ultimi l'esigenza di uno specifico nesso di causalità tra il fatto e il danno assume un chiaro significato normativo, poiché si deduce da univoche indicazioni del sistema (artt. 40 e 41 del c.p., 1227, I co., 2043 e 2056 c.c.)". Ma nel caso dell'arricchimento ingiustificato non può riproporsi il requisito del nesso causale, proprio della figura dell'illecito, "perché qui non v'è una fatto che è fonte di obbligazione siccome produttivo di un danno, ma c'è un fatto, l'arricchimento ingiusto, che indipendentemente dal comportamento tenuto dall'agente è fonte di obbligazione" (ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 379 ove a nt. 34; CAPEROCCHI, *El enriquecimiento*, cit., 91; da ultimo Cass. SS.UU. 11 settembre 2008, n. 23385, cit., ove si afferma che "impoverimento ed arricchimento non sono in rapporto di causa ed effetto, ma sono entrambi due effetti").

<sup>(35)</sup> Si pensi, per esempio, all'ipotesi dell'arricchimento indiretto che consegua ai rapporti partecipativi esistenti in tale contesto. Risulta evidente, infatti, come a fronte di un'operazione che depauperi la società dominata a vantaggio (diretto) di una società sorella o della capogruppo, possa realizzarsi, in aggiunta, anche un arricchimento per i soci delle stesse. Arricchimento mediato, in quanto conseguito tramite il rapporto — nel nostro caso partecipativo — con il beneficiario diretto (in generale v. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 816). Ancora si pensi all'arricchimento indirettamente percepito dagli amministratori della società direttamente arricchita, la cui remunerazione sia parametrata sugli utili della società amministrata. Per la dottrina straniera, occupatasi dell'arricchimento indiretto, v. PETER, *L'action*, cit., 238; GESSLER, *Zue handelsrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung*, in *Festschrift für Fischer*, Berlin - New York, 1979, 146 ss.; LUTTER, § 57, Rn, 46, 654 ss.

<sup>(36)</sup> L'importanza del quesito è sottolineata da MONTALENTI, *Direzione*, cit., 319. Dalla riflessione della dottrina e della giurisprudenza in materia di azione generale di arricchimento non emerge una soluzione pacifica (per la non azionabilità del rimedio di cui all'art. 2041 c.c. contro l'arricchimento indiretto v. SCHLESINGER, voce *Arricchimento*, cit., 1007; TRIMARCHI, *L'arricchimento*, cit., 116; Cass., 10 febbraio 1993, n. 1686, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 626; Cass., 27 giugno 1998, n. 6355, in *Fallimento*, 1999, 525, ma sulla base di una diversa motivazione. La dottrina più recente ritiene, invece, esperibile l'azione generale di arricchimento contro il terzo (per una sintesi delle varie opinioni e delle relative argomentazioni v. ASTONE, *L'arricchimento senza causa* Milano, 1999, 92



La dottrina commercialistica <sup>(37)</sup> — pur non avendo approfondito adeguatamente la questione —, nel tentativo di individuare i soggetti perseguibili come consapevoli beneficiari dell’abuso di direzione e coordinamento, ha ricondotto a tale fattispecie anche i terzi (rispetto al negozio infragruppo) che ottengono un arricchimento indiretto.

Questa conclusione deve essere condivisa. A favore dell’esperibilità del rimedio restitutorio contro il beneficiario indiretto, infatti, possono addursi le seguenti considerazioni:

— occorre dar rilievo, sotto il profilo della correlatività tra arricchimento e danno, non solo all’esistenza di un nesso immediato e diretto — nel senso che deve sussistere un unico fatto generatore dell’uno e dell’altro —, ma anche ad un nesso di correlatività indiretta <sup>(38)</sup>;

— anche a non voler considerare l’opinabilità della premessa secondo cui il fatto causativo di arricchimento ed impoverimento deve essere unico, non necessariamente si può negare che tale unicità ricorra in caso di arricchimento indiretto <sup>(39)</sup>. Nel gruppo, per esempio, l’arricchimento indiretto del socio della società sorella (o della capogruppo) direttamente avvantaggiata deriva dallo stesso fatto (per es. un negozio a condizioni sproporzionate) che causa, correlativamente, anche l’impoverimento <sup>(40)</sup>.

ss.). Nella dottrina francese: per tutti GORÉ-SAUJOT, *Enrichissement sans cause*, in *Encyclopedie Dalloz, Droit civil*, IV, Paris 1973, n. 61.

<sup>(37)</sup> JORIO, *I gruppi*, cit., 196; MONTALENTI, *La riforma delle società di capitali, prospettive e problemi*, in *Società*, 2003, 19; CARIELLO, *Direzione*, 1251 n. 65; ENRIQUES, *Gruppi di società*, cit., 251; ZOPPINI-TOMBARI, *Intestazione fiduciaria e nuova disciplina dei gruppi di società*, in *Contr. e impr.*, 2004, 1117; GUIZZI, *Partecipazioni qualificate*, cit., 251 ss. In senso contrario si esprimono, invece, BADINI-CONFALONIERI, VENTURA, *Sub. art. 2497*, cit., 2171.

<sup>(38)</sup> Cfr. per tutti SPITALI, *L’arricchimento*, cit., 1865, ove la tesi contraria alla necessità dell’unico fatto causativo viene ampiamente motivata. V., inoltre, Cass., 18 agosto 1995 n. 8751, nella banca dati *Juris data*, ove si afferma come la correlatività (e quindi l’esperibilità dell’azione di arricchimento) può essere esclusa solo quando lo spostamento patrimoniale sia determinato da una successione di fatti distinti che hanno inciso su due diverse situazioni patrimoniali soggettive in modo del tutto indipendente l’uno dall’altro.

<sup>(39)</sup> Per le opportune esemplificazioni, in riferimento all’azione generale v. SPITALI, *L’arricchimento*, cit., 1866. Questo rilievo, insieme a quello precedente consentono di superare uno dei due ostacoli fondamentali, che la dottrina e la giurisprudenza oppongono alla perseguibilità dell’arricchito indiretto: l’assenza del nesso di correlatività (l’altro ostacolo è costituito dal principio di sussidiarietà, su cui v. oltre)

<sup>(40)</sup> Sembra che la dottrina e la giurisprudenza, che negano la perseguibilità dell’arricchimento indiretto per il modo in cui intendono il nesso di correlatività, si limitino a considerare soltanto alcune delle ipotesi possibili. Per arricchimento mediato può intendersi sia un vantaggio conseguente ad una concatenazione di fatti distinti, ulteriori e successivi a quello che dà luogo all’arricchimento diretto e all’impoverimento (Cass., 16 dicembre 1981, n. 6664, in *Giust. civ. mass.*, 1981, e cfr. la fattispecie dell’art. 2038 c.c. ove si prevede che l’arricchimento indiretto consegua ad un atto di alienazione dell’intermediario), nel qual caso manca l’unicità del fatto costitutivo; sia anche, però, un arricchimento che avviene attraverso “la mediazione del patrimonio” dell’arricchito direttamente (ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 278), nel qual caso (come nell’e-

D'altro canto, nell'ipotesi in cui l'arricchimento del terzo si verifichi in base ad una causa giuridica <sup>(41)</sup> ed a titolo gratuito <sup>(42)</sup>, l'esperibilità nei suoi confronti dell'azione indennitaria discende, probabilmente, già dall'applicazione analogica del principio ricavabile dall'art. 2038 c.c. <sup>(43)</sup>.

Inoltre, questa soluzione deve essere preferita anche in base all'interpretazione teleologica della disposizione in esame.

Le differenti posizioni in merito alla perseguibilità dell'arricchimento indiretto sono da ricondursi al tentativo di ampliare la portata del principio dell'indebito arricchimento, per ragioni di carattere equitativo, che vorrebbero l'impoverito comunque indennizzato; o di restringerne l'ambito applicativo, per il timore di un utilizzo incontrollato dell'azione <sup>(44)</sup>.

Alla luce di ciò, la perseguibilità dell'arricchimento mediato pare soluzione maggiormente conforme alla *ratio* sottesa all'art. 2497 c.c., 2

semplio del socio) è comunque presente il nesso di correlatività inteso come unico fatto fonte dell'arricchimento e dell'impoverimento.

<sup>(41)</sup> Tale deve essere considerata l'esistenza di un rapporto partecipativo, oppure di un rapporto di preposizione all'ufficio di amministratore.

<sup>(42)</sup> Tale deve considerarsi l'arricchimento del socio di controllo, posto che il vantaggio indiretto viene da costui percepito senza sopportare alcun sacrificio corrispettivo, ma come conseguenza automatica del rapporto giuridico che intrattiene con l'arricchito in via immediata. Più complessa è la questione relativa all'amministratore. Costui intrattiene per es. con la società sorella (arricchita diretta) un rapporto a titolo oneroso, nel quale, in cambio della propria prestazione lavorativa, ottiene la remunerazione (eventualmente maggiorata, in conseguenza dell'arricchimento della società amministrata). Ragionando *a contrario* dall'art. 2038 c.c., dovrebbe concludersi per la non esperibilità del rimedio restitutorio. La dottrina civilistica afferma, infatti, che sarebbe assurdo pretendere di agire contro il beneficiario indiretto, che abbia ottenuto la prestazione a titolo oneroso, avendo costui già pagato una volta per essa (ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 284). Ove gli amministratori siano stati i soggetti che hanno compiuto l'operazione fonte del "travaso di valori" a vantaggio della loro società, dalla quale traggono un arricchimento (comunque frutto di una direzione abusiva e quindi senza giusta causa), alla mancanza della loro legittimazione passiva come consapevoli beneficiari sopperisce l'esperibilità nei confronti degli stessi della più severa azione risarcitoria per aver preso parte al fatto lesivo. Sempre, però, che — secondo l'opinione preferibile, riportata al cap. 2 — la loro partecipazione sia consapevole (v. MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 240 ss. e in part. nt. 193 ed anche 219 ss.). Il problema si pone quando gli amministratori della società sorella non abbiano fornito alcun contributo causale alla realizzazione dell'abuso di direzione e coordinamento (per es. perché il depauperamento consegua ad un atto unilaterale di altra società) o quando essi non sono perseguibili ai sensi dell'art. 2497 2 co., prima parte, c.c., avendo fornito un contributo meramente materiale e non consapevole, ma abbiano comunque ottenuto un arricchimento ingiustificato indiretto in base al rapporto a titolo oneroso di amministrazione.

<sup>(43)</sup> TRIMARCHI, *L'arricchimento*, cit., 90; conf. SPITALI, *L'arricchimento*, cit., 1868, ss.; ASTONE, *L'arricchimento*, cit., 95 ss.; Cass. SS.UU., 8 ottobre 2008, 24772, in *Giust. civ.*, 2010, 2, 441, la quale considera l'ipotesi prevista dall'art. 2038 c.c. un'eccezione alla regola generale per cui arricchimento e impoverimento devono derivare da uno stesso fatto.

<sup>(44)</sup> DI PAOLA-PARDOLESI, voce *arricchimento 1) azione di arricchimento - Dir. civ.*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988 cit., 6; GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990, 506.

co., ult. parte, c.c., in quanto funzionale ad assicurare l'effettività della tutela (indennitaria) a favore dei legittimati attivi ex art. 2497, 1 co., c.c. <sup>(45)</sup>. In altri termini, per determinare l'ambito di applicazione di un rimedio che assolve una funzione *estensiva* della responsabilità nel gruppo, paiono da preferire, in caso di dubbio, quelle soluzioni che ampliano la possibilità per il danneggiato di conseguire l'indennizzo, piuttosto che quelle che conducono ad un esito contrario.

Inoltre, si deve tener conto del fatto che, al fine di evitare un incontrollato ricorso al rimedio contro il beneficiario dell'abuso di eterodirezione, il legislatore ha introdotto l'elemento soggettivo della consapevolezza, non richiesto, invece, come presupposto per l'esperibilità dell'azione generale ex art. 2041 c.c. Eccessivo rispetto alla *ratio* della disposizione in esame pare, quindi, utilizzare allo stesso scopo una concezione restrittiva del nesso di correlatività <sup>(46)</sup>.

#### 2.4. *La giusta causa dell'arricchimento.*

In merito al presupposto dell'assenza di una giusta causa dell'arricchimento, occorre rilevare come esso sia previsto in tutti gli ordinamenti che conoscono tale istituto <sup>(47)</sup>.

<sup>(45)</sup> Più precisamente l'utilità pratica della perseguibilità dell'arricchimento indiretto nel gruppo emerge in caso di insolvenza dell'arricchito direttamente (e degli altri legittimati passivi all'azione risarcitoria, che, essendo tenuti a risarcire il danno per intero, saranno convenuti per primi dai legittimati attivi). In tal caso, non può opporsi all'ammissibilità dell'azione contro l'arricchito indiretto l'esigenza di economia dei rimedi, che si risolverebbe, ricorrendo l'insolvenza, in economia delle tutele (cfr. ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 347-348, in riferimento all'azione generale di cui all'art. 2041 c.c.). Si tenga presente che non pare soluzione assolutamente squilibrata l'imporre all'arricchito indiretto l'onere di rispondere dell'impoverimento patito dai legittimati attivi. Anzi il rimedio indennitario, espressivo del principio di ingiustificato arricchimento, ha carattere equitativo (cfr. Relazione al c.c., ove si afferma come il rimedio realizzi gli scopi di equità e giustizia dell'ordinamento), essendo principio generale dell'ordinamento quello che non consente ad un soggetto di percepire un arricchimento ingiustamente a spese altrui. Chi ha percepito un arricchimento non deve essere preferito ai danneggiati (tanto più che i primi saranno tenuti nei limiti, al massimo, di quanto si sono avvantaggiati e con la limitazione del requisito della consapevolezza). Una soluzione diversa sarebbe contraria al principio del *suum cuique tribuere*, poiché si attribuirebbe ad un soggetto un vantaggio, che spetta ad altri. Proprio in caso di insolvenza dell'intermediario si hanno le più significative aperture alla perseguibilità dell'arricchimento indiretto anche in relazione all'azione ex art. 2041 c.c. Cfr. BRECCIA, *L'arricchimento*, cit., 1010; GALLO, *Arricchimento*, cit., 106; ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 285.

<sup>(46)</sup> L'utilizzo del presupposto del nesso immediato fra impoverimento e arricchimento ha, al contrario, un senso per limitare il ricorso all'azione generale, in quanto per il suo esercizio, non rileva alcun elemento soggettivo. V., in tal senso, BIANCA, *La responsabilità*, cit., 814, secondo il quale la necessità di un requisito ulteriore (rispetto all'arricchimento) “non ha... riscontro nella norma sull'azione generale di arricchimento e ne limiterebbe arbitrariamente la portata”; ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 274; GUIZZI, *Partecipazioni qualificate*, cit., 256; Cass., 10 giugno 1976, n. 2133, cit., 1867.

<sup>(47)</sup> Per tale affermazione v. l'autorevole opinione, espressa già prima dell'entrata

Sebbene la ricerca dei possibili significati della nozione in questione non abbia prodotto risultati intorno ai quali si sia consolidato un consenso diffuso <sup>(48)</sup>, su un punto dottrina e giurisprudenza sono concordi: sussiste una “giusta causa” del trasferimento patrimoniale (con conseguente non esperibilità dell’azione per arricchimento ingiustificato) quando esso è fondato su un contratto valido <sup>(49)</sup>.

Il tenore letterale della disposizione in esame non fornisce alcuna indicazione al riguardo; d’altro canto, l’individuazione nel contratto valido di una “giusta causa” dell’arricchimento è frutto della riflessione della giurisprudenza teorica e pratica anche con riferimento all’art. 2041 c.c. Di per sé, dunque, la mancanza di una specifica prescrizione nell’art. 2497, 2 co., ultima parte, c.c. non può essere considerata sufficiente a fondare una conclusione differente da quella sostenuta in relazione all’azione generale di arricchimento.

Sussistono, tuttavia, ulteriori argomenti tali da indurre a negare l’applicazione alla fattispecie in esame della tesi affermata in relazione al rimedio di cui all’art. 2041 c.c.

Intanto i travasi di valori patrimoniali fra società del gruppo o fra una di esse ed un terzo — ossia proprio quelle operazioni che giustificano il ricorso al rimedio in esame — avvengono normalmente per il tramite di operazioni contrattuali. Pertanto, laddove si ritenesse giustificato un trasferimento di ricchezza infragruppo avente un titolo giuridicamente valido, si renderebbe il rimedio predisposto dal legislatore sostanzialmente inutilizzabile, frustrando, in tal modo, la *ratio* di tutela che gli è sottesa. In pratica l’esperibilità del rimedio sarebbe limitata alle sole prestazioni unilaterali di garanzie infragruppo o alle ipotesi di appropriazione di opportunità economiche.

Inoltre, l’opinione di cui si contesta qui l’applicabilità all’azione *ex art.* 2497, 2 co., ult. parte, c.c. risulta valida nell’ambito del diritto privato comune, ove il contratto è il risultato del consenso liberamente prestato dalle parti <sup>(50)</sup>. Si pone, perciò, l’esigenza di garantire la libera

in vigore del codice vigente, da ROTONDI, *L’azione d’arricchimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, 392 ss.

<sup>(48)</sup> Si è perciò affermato che “la « giusta causa » ha una ben definita funzione, ma un significato profondamente incerto” (ASTONE, *L’arricchimento* cit., 125).

<sup>(49)</sup> Cass., SS.UU., 3 ottobre 2002, n. 14215, in *Giust. civ. mass.*, 1765; Cass., 2 novembre 1996, n. 10251, in *Giust. civ. mass.*, 1996, 1558; Cass., 6 marzo 1970, n. 547, in *Giur. comm.*, 1970, I, 677. In dottrina P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti, fra negozio e giusta causa dell’attribuzione* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 15; A. DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 301, per il quale nel nostro ordinamento, come negli altri di *civil law* il fondamento o la giustificazione delle prestazioni va sempre ricercato in... cause negoziali o legali che accompagnano quelle prestazioni; ALBANESE, *Ingiustizia*, 221, ove alla nt. 52 ulteriori riferimenti di giurisprudenza.

<sup>(50)</sup> V. TRABUCCHI, voce *Arricchimento*, cit., 67-68, che afferma: “La volontà dell’impovertito negli atti da lui posti in essere che risultano economicamente dannosi è causa sufficiente di tutte le loro conseguenze”.

esplicazione dell'autonomia privata — che in ambito negoziale è principio fondamentale, oltre che tutelato dall'art. 41 Cost. — e la certezza dei traffici, non esponendoli al ripensamento interessato dell'impoverito. In particolare, lo squilibrio economico originario delle prestazioni è di regola irrilevante, in quanto “domina, in sede di formazione del contratto, il principio dell'autonomia contrattuale, e ciascuno è libero di contrattare a condizioni a sé svantaggiose e vantaggiose per la controparte” <sup>(51)</sup>.

La situazione è radicalmente differente, però, nel contesto di gruppo, in virtù dell'esercizio della direzione e coordinamento. Non deve dimenticarsi, infatti, che il contratto fra società appartenenti al gruppo si realizza in attuazione di una politica imprenditoriale decisa dalla *holding* e a cui sono assoggettate le dominate. Conseguentemente, la società avvantaggiata e quella impoverita, pur prestando il consenso alla conclusione del contratto, *non partecipano all'operazione spontaneamente* (ossia nell'esercizio della rispettiva autonomia negoziale), ma in quanto attuano gli indirizzi gestori imposti dalla capogruppo nell'esercizio della direzione unitaria <sup>(52)</sup>. Non ricorrono pertanto le esigenze che giustificano — rispetto all'azione generale di arricchimento — l'individuazione della giusta causa nel negozio valido <sup>(53)</sup>.

Il discorso finora svolto, si badi, è coerente se riferito agli scambi infragruppo. Qualche complicazione supplementare insorge, invece, allorché il rapporto contrattuale venga instaurato con un terzo rispetto alla struttura di gruppo <sup>(54)</sup>. Certo, anche in tale ipotesi non può dirsi

<sup>(51)</sup> GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2010, 347 e la dottrina e la giurisprudenza a nt. 62.

<sup>(52)</sup> Naturalmente si fa riferimento al negozio fra società eterodirette. Laddove il negozio intercorresse con la capogruppo, questa potrebbe essere convenuta ex art. 2497, 1 co., e non come beneficiario consapevole. La conclusione proposta è condivisa dalla dottrina occupatasi del problema a seguito della riforma (GUZZI, *Partecipazioni*, cit., 256; DAL SOGLIO, *Sub art. 2497*, cit., 2346). Essa risulta suffragata, inoltre, dalla riflessione antecedente alla riforma di un autorevole autore, il quale proponeva di ricorrere — a fronte di operazioni dannose per una delle società del gruppo, che ne fosse parte — al rimedio dell'azione generale di arricchimento, sul presupposto che tali scambi, pur sperequati (e per questo espressione di un abuso di direzione unitaria della capogruppo, che in essi si concretizzava), avessero un titolo perfettamente valido ed efficace. V., PAVONE LA ROSA, *Le società controllate*, cit., 624; seguito sul punto da MIOLA, *Trasferimenti*, cit., 1600.

<sup>(53)</sup> In particolare non c'è l'esigenza di tutelare la libertà di iniziativa economica privata, perché il negozio infragruppo, se conseguenza dell'attività di eterodirezione, non ne è espressione; e non c'è nemmeno quella di far valere il principio di auto-responsabilità, secondo cui “le conseguenze sfavorevoli del proprio agire materiale, *liberamente volute*, ricadono nella sfera patrimoniale del soggetto che ha agito senza possibilità di addossarle ad altri” (così BRECCIA, *L'arricchimento*, cit., 996).

<sup>(54)</sup> Si pensi alla prestazione di garanzia a favore di una banca da parte di una società per un debito di un'altra, appartenente al medesimo gruppo (società sorella o controllante), cui la garante sia stata indotta da un'attività di eterodirezione abusiva.

che la giusta causa dello spostamento patrimoniale risieda nel contratto in applicazione del principio di autoresponsabilità<sup>(55)</sup>, poiché l'impovertito subisce comunque delle conseguenze sfavorevoli che non sono — a causa dell'eterodirezione cui è sottoposto — *liberamente volute*. Perciò, l'arricchimento non può dirsi in tal caso *giustificato* dall'esercizio dell'autonomia negoziale della società disponente. Permane inalterata, dunque, l'esigenza di tutelare i suoi soci e creditori dall'abuso di direzione e coordinamento concretizzatosi in un impoverimento (che nella prospettiva della dominata è) senza giusta causa.

D'altro canto, però, occorre anche considerare che il contratto è in tal caso espressione della libertà di iniziativa economica privata del terzo, la quale, assieme all'affidamento dello stesso nella validità ed efficacia dell'atto e alla sicurezza dei traffici, costituiscono valori considerati meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento vigente<sup>(56)</sup>. Di fronte a queste due istanze di protezione contrapposte, una soluzione equilibrata pare essere quella che consente l'esperibilità del rimedio *ex art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c.*, nonostante l'atto di disposizione trovi il proprio titolo in un contratto, in quanto l'adeguato temperamento con le ragioni del beneficiario è comunque garantito dal fatto che costui è perseguibile con l'azione indennitaria in esame solo qualora si sia avvantaggiato dell'eterodirezione abusiva "consapevolmente". La consapevolezza del carattere abusivo dell'eterodirezione all'origine dell'arricchimento pare, infatti, capace di giustificare il sacrificio dei valori — appena enunciati — di cui il contratto è espressione dal punto di vista del terzo estraneo al gruppo, al fine di realizzare *la funzione di tutela* propria dell'azione *ex art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c.* In altri termini, il requisito della consapevolezza prescritto da tale norma deve essere valorizzato per trovare un adeguato punto di equilibrio fra la tutela dei soggetti lesi dall'eterodirezione contraria alla correttezza societaria ed imprenditoriale e quella dei terzi (estranei al gruppo), con cui la società dominata instauri una relazione contrattuale.

Se si accetta tale conclusione in merito alla ricostruzione del concetto di giusta causa, l'azione in esame si differenzia nettamente, sotto questo profilo, da quella di arricchimento ingiustificato, in quanto la presenza di un atto di autonomia privata valido non ne esclude l'esperibilità. L'obbligazione indennitaria a carico del beneficiario consapevole dovrebbe sorgere, cioè, a prescindere da qualsiasi va-

<sup>(55)</sup> TRABUCCHI, voce *Arricchimento*, cit., a nt. 62.

<sup>(56)</sup> In altre parole, il contratto di cui sia parte il soggetto non sottoposto all'attività di direzione e coordinamento cui è assoggettata la controparte sottende dei valori che non possono essere automaticamente sacrificati all'esigenza di tutelare le ragioni della eterodiretta e, con essa, dei suoi soci e creditori.

lutazione in merito alla validità giuridica del titolo che ha permesso ad un soggetto (del gruppo o meno) di conseguire il vantaggio ingiustificato.

La disposizione di cui al 2 co., ult. parte, dell'art. 2497 c.c. sembra, allora, recepire la distinzione fra “giustificazione del fatto che ha prodotto l'arricchimento e giustificazione dell'arricchimento prodotto” (57). La fonte dell'obbligo di indennizzo lì previsto, pertanto, è la mancanza di giustificazione della conseguenza economica di un fatto, il quale si assume possa anche avere una causa perfetta (58).

In altri termini, il legislatore ha previsto l'utilizzabilità, nel contesto di gruppo, di un rimedio per riequilibrare spostamenti patrimoniali — riconducibili ad atti di autonomia privata — realizzati a condizioni sproporzionate (59).

Quanto appena rilevato, peraltro, potrebbe risultare del tutto superfluo qualora si accogliesse la recentissima opinione (60), secondo la quale la fattispecie in cui la “controllata si sia arricchita a seguito di operazioni direttamente svolte con un'altra società sorella, la quale ne sia uscita danneggiata, trov[a] sussunzione nella prima e non nella seconda parte dell'art. 2497, 2 co., c.c. E infatti, laddove una società abbia tratto vantaggio dal contrarre direttamente con un'altra a condi-

(57) Si tratta della distinzione evidenziata da TRABUCCHI, voce *Arricchimento*, cit., 67. L'opinione è stata ripresa da BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, 48, il quale distingue fra conformità al diritto della vicenda giuridica di cui l'arricchimento è il riflesso economico e spettanza di questo risultato economico. La possibilità di utilizzare l'arricchimento ingiustificato anche in presenza di un contratto valido era già stata colta da alcuni civilisti (TRABUCCHI, voce *Arricchimento*, cit., 67; P. BARCELLONA, *Note*, cit., 12 e 21, il quale ha affermato esplicitamente come l'esistenza di un valido negozio non rappresenterebbe un ostacolo formalmente insuperabile ad un distinto controllo sulla giustificazione del trasferimento di ricchezza), ma respinta dalla giurisprudenza teorica e pratica dominanti. La tesi che si sostiene nel testo è stata accolta in generale in relazione all'art. 2041 c.c. da DELL'AQUILA, *L'arricchimento senza giusta causa come correttivo dell'autonomia contrattuale*, in *Riv. giur. sarda*, 1994, 857-858, il quale afferma che non vale affermare che l'istituto dell'arricchimento non si applica agli atti espressione dell'autonomia privata, poiché l'art. 1322, co. 1, c.c., prevede anche che l'autonomia privata debba essere esercitata “nei limiti imposti dalla legge”.

(58) Riprendendo le intuizioni di TRABUCCHI, possiamo dire che la dottrina civilistica e la giurisprudenza dominante, nel discutere di giusta causa dell'arricchimento, non compiono la distinzione che riteniamo, invece, posta a fondamento della norma in discussione, ma ritengono che l'assenza di giustificazione debba riguardare non l'arricchimento come tale — ossia come vicenda economica —, bensì prima ancora il fatto che lo produce (che si ripercuote a cascata sul primo), non potendo così trovare applicazione l'azione quando lo spostamento si fondi su un titolo negoziale (così esattamente GUIZZI, *Partecipazioni*, cit., 256).

(59) Tale conclusione, tuttavia, non è condivisa da una delle prime pronunce giurisprudenziali in materia di responsabilità nel gruppo, ove si legge che “un'eventuale azione per « arricchimento senza causa » [sarebbe] comunque impercorribile nel caso di specie a fronte di un'espressa regolamentazione negoziale degli impegni reciproci delle parti” (Trib. Milano, 23 aprile 2008, cit., 1).

(60) VALZER, *La responsabilità*, cit., 186 nt. 173.

zioni fuori mercato, imposte dalla *holding*, essa, così facendo, avrà (prima che tratto beneficio) propriamente “preso parte” al fatto lesivo”. Dunque, non trovando applicazione in tale ipotesi la responsabilità del beneficiario consapevole, sarebbe inutile interrogarsi se sia o meno configurabile la giusta causa dell’arricchimento.

Tale conclusione non sembra, però, condivisibile, perché si basa sull’idea di una rigida alternatività fra i rimedi di cui all’art. 2497 2 co., c.c. In pratica, questa tesi parte dal presupposto che la possibilità di esperire il primo implichi necessariamente la non esperibilità del secondo.

Al contrario, sembra preferibile ritenere che vi possano essere dei casi in cui l’esperibilità dell’azione ai sensi della prima parte del 2 co., dell’art. 2497 c.c. non esclude che l’attore abbia il potere e l’interesse ad agire, in alternativa, ai sensi della seconda parte del medesimo comma (v. anche *infra* nel testo). Così, sebbene sia corretto affermare che nell’esempio riportato è possibile agire contro la società sorella anche per aver preso parte al fatto lesivo, rimane comunque rilevante il rimedio previsto dalla norma successiva e, dunque, la necessità di verificare se quest’ultimo sia precluso dal fatto che l’atto fonte del pregiudizio, in quanto negozio valido ed efficace, costituisca “giusta causa” del trasferimento patrimoniale.

Ed inoltre, sempre a sostegno della rilevanza della questione se negli scambi infragruppo l’esistenza di un contratto valido ed efficace costituisca o meno quella “giusta causa” che preclude il ricorso al rimedio indennitario generale, occorre anche considerare quanto rilevato in merito all’imputazione della responsabilità *ex art.* 2497, 2 co., prima parte c.c. agli amministratori delle società eterodirette. Laddove questi ultimi siano perseguibili come soggetti che hanno preso parte all’abuso di eterodirezione, analoga azione può essere esercitata anche contro la società eterodiretta parte, per ipotesi, di uno scambio infragruppo dannoso per una società sorella. E ciò perché il rapporto organico consiste — differenziandosi dalla rappresentanza di diritto comune — nell’imputazione all’ente dell’atto e non solo dei suoi effetti; dunque, nel caso in esame, si può imputare all’ente la partecipazione all’abuso di direzione e coordinamento.

Tuttavia, si è già rilevato come il coinvolgimento in responsabilità degli amministratori delle società eterodirette non derivi automaticamente dalla semplice *partecipazione oggettiva*, ossia *dal porre in essere un contributo causalmente efficiente* al realizzarsi del danno per i soci e i creditori di una società del gruppo, e possa essere escluso per mancanza di *colpa* degli stessi (e quindi per assenza di un criterio di imputazione soggettivo necessario a renderli responsabili dell’illecito sanzionato all’art. 2497, 2 co., prima parte, c.c.). Se ricorre tale even-



tualità, la società che ha contratto direttamente con una sorella, applicando condizioni dannose per quest'ultima, non potrà essere perseguita per aver preso parte al fatto lesivo — dato che tale partecipazione non è ascrivibile all'organo per mezzo del quale la società agisce —, bensì invece per aver tratto consapevolmente beneficio dal contratto infragruppo, frutto di un'eterodirezione abusiva. Emerge, dunque, di nuovo l'importanza della sanzione contro i beneficiari consapevoli rispetto ai negozi infragruppo.

#### 2.4.1. Segue.

In merito al presupposto dell'assenza di giusta causa, occorre comunque aggiungere che non si riproporranno, per l'applicazione dell'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c., le difficoltà incontrate dalla dottrina civilistica nel determinare il significato di tale nozione *ex art.* 2041 c.c.

La tipizzazione di ipotesi specifiche di arricchimento ingiustificato — di cui la fattispecie in esame costituisce un esempio —, infatti, determina l'effetto di rendere l'ingiustizia del vantaggio *in re ipsa*, essendo la legge stessa a prescrivere una specifica reazione contro di esso. Rispetto all'azione in esame, pertanto, non ricorre per l'interprete la necessità (e la difficoltà) di applicare la clausola generale (giusta causa) prevista dalla disciplina dell'azione generale di arricchimento <sup>(61)</sup>.

Il concetto di giusta causa, cioè, risulta desumibile dallo stesso tenore letterale della disposizione introdotta dalla riforma. Quest'ultima privilegia l'interesse alla redditività e al valore della partecipazione e quello all'integrità del patrimonio sociale, rispetto ad altri interessi (della capogruppo, delle società sorelle), con i primi confliggenti, la realizzazione dei quali sia perseguita tramite un'attività di eterodirezione abusiva. Ne consegue che l'arricchimento ricavato da un'operazione lesiva per i soci minoritari e i creditori di una dominata *non risulta giustificato da un interesse meritevole di tutela*, che consente di conservare il vantaggio. Al contrario, esso sacrifica proprio gli interessi protetti dal 1 co. dell'art. 2497 c.c. <sup>(62)</sup>, divenendo, pertanto, fonte dell'obbligo restitutorio.

<sup>(61)</sup> V. in generale, ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 53.

<sup>(62)</sup> Negli stessi termini ANGELICI, *La riforma*, cit., 200. Mi sembra che la valutazione effettuata dal legislatore nella norma in esame sia espressione della definizione di giusta causa fornita, in relazione all'azione generale di arricchimento, da BIANCA, *La responsabilità*, cit., 818, secondo cui sussiste un obbligo di indennizzo quando “il vantaggio economico conseguito a carico di altri non è giustificato da un interesse meritevole di tutela”. Pertinente pare anche la definizione fornita da LARENZ-CANARIS, *Lehrbuch*, cit., 136, per i quali c'è giusta causa quando il diritto concede a taluno di mantenere l'arricchimento in via definitiva in rapporto con un'altra persona.

2.4.2. *La ricerca, tramite l'interpretazione sistematica, della giustificazione del requisito della consapevolezza richiesto dall'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c.*

È attinente con il problema del bilanciamento dei contrapposti interessi del beneficiario e dell'impovertito e quindi, in definitiva, con l'individuazione della "giusta causa" del trasferimento patrimoniale un'ulteriore questione: quella dell'arricchimento imposto. La dottrina civilistica classifica con tale espressione le ipotesi in cui, in *assenza di rapporti contrattuali*, l'arricchimento si produce per iniziativa unilaterale dell'impovertito, non essendo "voluto né preventivabile" da parte dell'arricchito<sup>(63)</sup>.

Si tratta di un'ipotesi a fronte della quale la dottrina civilistica ha intuito la necessità di contemperare la tutela dell'impovertito con quella dell'arricchito (e in particolare della sua libertà di rifiutare il vantaggio)<sup>(64)</sup>, imponendo, al fine dell'utile esperimento dell'azione, un requisito ulteriore a quelli previsti dalla disciplina generale, in linea di massima consistente nel fatto che l'*accipiens* abbia acconsentito alla prestazione, o l'abbia consapevolmente ricevuta, o ne abbia tollerato l'esecuzione<sup>(65)</sup>.

Proprio tali considerazioni relative all'arricchimento imposto, consentono di ricostruire sistematicamente il significato del requisito della "consapevolezza" prescritto dall'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c.

Quest'ultima deve intendersi come effettiva conoscenza — da parte del beneficiario — dell'esercizio *contra legem* (cioè contrario ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale) della direzione unitaria dal quale deriva il vantaggio e, quindi, del carattere lesivo di quest'ultimo per una componente del gruppo<sup>(66)</sup>. La previ-

<sup>(63)</sup> Questa la definizione fornita da ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 264-265; in senso analogo ASTONE, *L'arricchimento*, cit., 175.

<sup>(64)</sup> TRIMARCHI, *L'arricchimento*, cit., 10-11, per il quale, applicando semplicemente la disciplina degli artt. 2041 e 2042 c.c., si creerebbe una situazione reciproca a quella dell'espropriazione: l'azione di arricchimento attribuirebbe al danneggiato un diritto di espropriazione, in quanto si imporrebbe all'arricchito il pagamento di una somma di denaro contro l'attribuzione di altra utilità (mentre nell'espropriazione si impone la privazione di una cosa contro il pagamento di un'indennità in denaro); GALLO, *L'arricchimento*, cit., 83, il quale afferma che, diversamente, "chiunque potrebbe andare in giro per la città effettuando sevizi di vario genere... sicuro poi di ottenere il corrispettivo"; GOFF OF CHIEVELEY and JONES, *The law of restitution*, London, 1993, 16. Favorevole a valorizzare gli stati soggettivi dell'impovertito e dell'arricchito anche BRECCIA, *L'arricchimento*, cit., 1015.

<sup>(65)</sup> ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 266; ASTONE, *L'arricchimento*, cit., 176.

<sup>(66)</sup> LIBONATI, *L'impresa*, cit., 287; BADINI-CONFALONIERI, VENTURA, *Sub art. 2497*, cit., 2171, i quali intendono il requisito della consapevolezza come "conoscenza della provenienza del vantaggio da un'azione pregiudizievole. In altre parole un elemento psicologico più debole rispetto al dolo ed alla colpa (del resto configurabili solo con riferimento alla condotta illecita), ma pur sempre dato dalla coscienza di beneficiare dell'atto illecito altrui"; DAL SOGLIO, *Sub art. 2497*, cit., 2335. Si consideri l'esempio dei

sione di tale elemento soggettivo trova la propria giustificazione nell'imposizione, da parte del legislatore, di un requisito ulteriore rispetto a quelli richiesti per l'esperibilità dell'azione generale ex art. 2041 c.c. Pertanto, la scelta legislativa recepita nel comma in esame sembra accedere all'opinione dottrinarina appena ricordata in relazione all'arricchimento imposto<sup>(67)</sup>: il requisito della consapevolezza vale a limitare i casi nei quali i legittimati attivi possono esperire il rimedio, e quindi incide sul contenimento degli interessi contrapposti di questi ultimi e del beneficiario.

Così interpretata, la consapevolezza non può considerarsi elemento “eccentrico” che vale a differenziare la disciplina del rimedio restitutorio in esame da quella dell'azione di arricchimento senza causa<sup>(68)</sup>. Seppure si ritenga estraneo qualunque requisito soggettivo alla disciplina dell'azione di cui all'art. 2041 c.c., numerose sono, però,

soci minoritari della *holding*: “può dubitarsi che gli stessi siano tenuti all'indennizzo sol perché nelle comunicazioni sociali viene loro indicata la presenza di un vantaggio derivante da una data operazione, qualora manchino ulteriori informazioni idonee a rendere percepibile anche il pregiudizio per la società controllata” (BADINI-CONFALONIERI, VENTURA, *Sub art. 2497*, cit., 2171). A proposito del carattere consapevole dell'arricchimento è stata sostenuta l'opportunità di ricostruire la responsabilità dei beneficiari in termini obiettivi, in quanto l'uso dell'avverbio consapevolmente, se riferito ad una società, non può alludere ad un presupposto soggettivo, inteso come modo d'essere della volontà, se non come *factio iuris*. Pertanto — si è sostenuto — sembra piuttosto da riferire ad un carattere obiettivo dell'attività d'impresa, strutturata in modo da profittare dello svantaggio di cui soffre simmetricamente l'altra società. Un'attività d'impresa programmata in modo tale che alcune società profittino dei vantaggi ai danni di altre società, fa sì che le prime beneficino consapevolmente (vale a dire in modo non casuale ed occasionale, bensì come effetto di una programmazione *ad hoc* delle rispettive attività d'impresa in quanto “integrate” in gruppo), sì da essere poi obiettivamente responsabili. Così NIUTTA, *La novella*, cit., 405-406. L'opinione, sebbene interessante, pare partire da una premessa errata, ossia dalla constatazione che non sarebbe appropriato interpretare il requisito della consapevolezza come elemento soggettivo. Innanzitutto, una simile interpretazione in chiave obbiettiva della consapevolezza vale soltanto nell'ipotesi in cui il requisito si riferisca ad una società, non se riferito ad una persona fisica, che potrebbe benissimo essere responsabile ai sensi dell'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c. (per es. il socio della capogruppo). Inoltre, la dottrina ha ampiamente mostrato come le norme che variano i loro effetti a seconda che il destinatario versi o meno in uno stato soggettivo debbano, senza discussione, trovare applicazione anche nei confronti delle società, benché sfornite di sapere proprio. Al riguardo vale il principio secondo il quale alle società sono imputabili gli effetti dello stato di scienza, mala fede o dolo della persona fisica che ha agito in loro nome, sia essa rappresentante organico o volontario. Cfr. M. CAMPOBASSO, *L'imputazione di conoscenza nella società*, Milano, 2002, 1 e 229.

<sup>(67)</sup> In generale v. ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 265, il quale afferma che in caso di arricchimento imposto “si potrà esperire l'azione di arricchimento esclusivamente ove si dimostri... che l'accipiens... l'abbia [la prestazione] consapevolmente ricevuta” (corrispondente aggiunto).

<sup>(68)</sup> In questo senso v. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate*, cit., 256. Non condivisibile pare anche l'opinione di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 161, il quale afferma che in presenza di un approfittamento consapevole vi è comunque un concorso alla realizzazione del fatto lesivo. In realtà, sono numerose le ipotesi previste dal codice nelle quali il ricorrere dell'elemento soggettivo non fa venir meno la loro riconducibilità al principio dell'arricchimento ingiustificato.

le ulteriori norme del codice — applicazioni specifiche del principio generale di arricchimento ingiustificato ad ipotesi in cui questo risulta “imposto” — nelle quali il legislatore ha condizionato la nascita dell’obbligo di indennizzo al ricorrere di un particolare stato soggettivo del beneficiario (69).

Naturalmente, spiegare il significato del requisito della consapevolezza, riferendosi all’elaborazione della dottrina civilistica relativa all’arricchimento imposto, risulta agevole nei casi in cui il vantaggio derivi dall’iniziativa *unilaterale* della società dominata-impovertita. In tali frangenti, infatti, laddove non fosse stato prescritto il requisito soggettivo, l’attribuzione da parte del legislatore dell’azione indennitaria ai soci e ai creditori della società impoveritasi produrrebbe le medesime conseguenze inique che la dottrina ha avuto modo di rilevare a proposito di un arricchimento non voluto né preventivabile da parte dell’arricchito.

Ma anche quando il vantaggio infragruppo consegua ad un’operazione contrattuale, la necessaria presenza, a tal fine, del consenso prestato dall’arricchito non sembra sufficiente ad escludere il carattere imposto del beneficio e, dunque, ad inficiare la spiegazione proposta in merito alla necessità, per la nascita dell’obbligo restitutorio, della consapevolezza.

Non deve dimenticarsi, infatti, che il contratto infragruppo si realizza in attuazione di una strategia gestoria decisa dalla *holding* e a cui sono assoggettate le società dominate. Conseguentemente, la componente del gruppo avvantaggiata, pur prestando il consenso alla conclusione del contratto, non partecipa all’operazione spontaneamente, ma esegue gli indirizzi gestori imposti dalla capogruppo nell’esercizio della direzione unitaria. Quindi, il suo arricchimento può considerarsi imposto dalla capogruppo, perché conseguente all’attuazione di direttive da essa determinate, senza che le società dominate possano incidere sul relativo contenuto.

L’ottica dell’arricchimento imposto appare utile, inoltre, per spiegare la necessità del requisito soggettivo anche nei confronti di coloro che, pur non essendo direttamente parti dell’operazione infragruppo, acquisiscano un vantaggio indiretto. Come già rilevato, si tratterà, in genere, dell’arricchimento a favore di una delle società del gruppo (compresa la capogruppo), che ridonda, in virtù del rapporto partecipativo o organico, a vantaggio del socio o degli amministratori. Anche in questo caso si può parlare di un arricchimento che prescinde dalla

(69) A parte l’art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c., le norme in cui, a fronte di un arricchimento imposto, occorre la presenza di un requisito ulteriore, rispetto a quelli sufficienti ai sensi della disciplina generale sono, per esempio, gli artt. 1592, 1593, 2031, 2 co., c.c. V. per un’esauriente rassegna ASTONE, *L’arricchimento*, cit., 175 ss.

volontà del beneficiario, posto che l'incremento patrimoniale consegue, automaticamente, al rapporto (partecipativo o gestorio) intercorrente con il beneficiario diretto. L'elemento soggettivo evita così che la perseguibilità dell'arricchito in via mediata — soluzione preferibile, come detto, in considerazione della *ratio* dell'art. 2497, c.c. — determini risultati iniqui <sup>(70)</sup>.

Al contrario, invece, il riferimento alla figura dell'arricchimento imposto non pare idoneo a spiegare la prescrizione della consapevolezza di chi abbia tratto beneficio dall'attività di eterodirezione abusiva quando quest'ultimo sia un terzo estraneo alla struttura di gruppo. Poiché tale soggetto non è sottoposto all'attività di direzione e coordinamento, se costui contrae a condizioni particolarmente vantaggiose con una delle società dominate, lo fa nel pieno esercizio della propria libertà negoziale; pertanto l'arricchimento eventualmente conseguito non può dirsi imposto.

In tale evenienza, allora, il requisito della consapevolezza può essere spiegato rilevando che perseguire il terzo avvantaggiato dal contratto stipulato con una società eterodiretta, ma ignaro del fatto che il comportamento negoziale della controparte consegue ad un'attività di direzione e coordinamento abusiva, determinerebbe delle conseguenze inique. In tal modo, infatti, si sacrificerebbero — nella prospettiva del soggetto estraneo al gruppo — i valori della certezza dei traffici e dell'affidamento sulla validità ed efficacia del contratto, oltre a quelli individuati dalla dottrina civilistica nell'identificare comunque nell'atto di autonomia privata la giusta causa dell'attribuzione patrimoniale <sup>(71)</sup>.

D'altra canto, però, non si può negare che, limitandosi ad attribuire rilievo esclusivo a queste ultime istanze, verrebbero inevitabilmente ad essere sacrificate le esigenze di tutela che devono ritenersi sottese alla fattispecie di responsabilità in esame. Pertanto, la soluzione interpretativa più equilibrata — in assenza di qualsivoglia indicazione ricavabile dalla lettera della norma — pare essere quella che, da un lato, ammette l'esperibilità dell'azione *ex art.* 2497, 2 co., ult. parte, c.c. a fronte di un arricchimento derivante dall'eterodirezione abusiva anche se conseguito nell'ambito di un rapporto contrattuale, in modo da non circoscriverne eccessivamente la funzione di tutela <sup>(72)</sup>; e dall'altro, coniuga tale possibilità con la salvaguardia dei valori connessi

<sup>(70)</sup> Tale dovrebbe considerarsi la possibilità di agire contro un soggetto che non ha modo di evitare il beneficio a suo favore.

<sup>(71)</sup> V. sopra.

<sup>(72)</sup> Abbiamo già rilevato sopra che l'inaccettabilità della qualificazione del contratto di per sé come giusta causa dell'arricchimento nel caso dell'azione *ex art.* 2497, 2 co., prima parte, c.c., consegue ad un'interpretazione teleologica della medesima disposizione. Il significato del requisito della consapevolezza deve quindi essere ricostruito partendo da tale assunto.

al contratto stipulato dal soggetto estraneo al gruppo, escludendone la legittimazione passiva se in buona fede rispetto all'attività *contra legem* da cui trae origine il proprio vantaggio. In pratica, l'effettiva conoscenza da parte del beneficiario che il proprio arricchimento consegue all'esercizio dell'eterodirezione contraria ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale è l'elemento capace di qualificare il vantaggio economico a danno della società dominata come non giustificato da un interesse meritevole di tutela, nonostante esso si fondi su un contratto.

Pertanto, si può concludere che, nell'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c., la consapevolezza

— limita l'ampia capacità espansiva della previsione di responsabilità dei beneficiari<sup>(73)</sup>, escludendo dal relativo ambito di applicazione i soggetti arricchitisi in buona fede<sup>(74)</sup>;

— e, dunque, *contempera* la tutela dell'impoverito (*rectius*, dei suoi soci e creditori) con quella di chi ottiene un vantaggio, o in quanto questo prescinde dalla sua volontà (c.d. arricchimento imposto) o in quanto costui, quale parte di un contratto con l'eterodiretta, è portatore di interessi, che appare iniquo sacrificare a prescindere dal suo stato soggettivo di mala fede (c.d. principio *fraus omnia corrumpit*, nell'ipotesi del terzo estraneo al gruppo).

#### 2.4.3. *Il rilievo, ai fini dell'esperibilità dell'azione indennitaria ex art. 2497, 2 co., ult. part., c.c. della volontà della società eterodiretta.*

È discussa dalla dottrina civilistica anche la possibilità di consi-

<sup>(73)</sup> Per l'attribuzione di una simile funzione al requisito della consapevolezza v. DAL SOGLIO, *Sub art. 2497*, cit., 2346; FIGÀ-TALAMANCA, GENOVESE, *Riforma*, cit., 1210. Già prima della riforma, sulla necessità di limitare la propagazione della responsabilità nel gruppo, v. LIBONATI, *Responsabilità*, cit., 1519, in base alla considerazione che la struttura di gruppo ha una consistenza organizzativa sostanziale, cui corrisponde un costo (di organizzazione e di azione), che merita almeno in principio riconoscimento.

<sup>(74)</sup> Il requisito della consapevolezza pare capace di temperare l'elasticità della norma in esame (sulla cui capacità espansiva v. oltre, nell'ambito della riflessione sul significato sistematico della disposizione), in quanto esso, in relazione a taluni soggetti, dovrà essere specificamente provato dall'attore. Se si considera, per es., la posizione degli amministratori della società sorella avvantaggiata, il cui stato soggettivo è rilevante per l'accertamento del requisito della consapevolezza rispetto alla società amministrata (cfr. M. CAMPOBASSO, *L'imputazione*, cit., I e 229), è possibile affermare che è assai improbabile che costoro abbiano ricevute dalla capogruppo informazioni idonee a valutare il carattere abusivo dell'eterodirezione che avvantaggia la loro società. Essi sono privi degli strumenti necessari a valutare l'attività del gruppo: hanno chiara la situazione della loro società, ma sono dipendenti dalla controllante, per quanto riguarda le notizie relative al gruppo (per es. in ordine al fatto che nel piano strategico, un'operazione dannosa sia destinata ad essere riequilibrata dai vantaggi compensativi o da un'operazione diretta ad elidere il danno; cfr. per ampie considerazioni in tal senso, anche se riferite agli amministratori della dominata, MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 221).

derare come giusta causa la volontà della prestazione del soggetto danneggiato.

L'opinione preferibile pare essere quella che si pronuncia in senso negativo <sup>(75)</sup>.

Il che vale a maggior ragione rispetto alla fattispecie in esame, in cui si prevede un requisito soggettivo per l'arricchito, ma non per l'impovertito.

Anche a voler accogliere l'opinione opposta <sup>(76)</sup>, tuttavia, non pare possa escludersi l'insorgere dell'obbligazione restitutoria: la prestazione della società del gruppo, causa dell'impovertimento, non può considerarsi volontaria (e quindi, per la tesi che si critica, giustificata), in quanto indotta dalla capogruppo in forza del potere di direzione e coordinamento di cui è titolare.

### 2.5. *La sussidiarietà del rimedio indennitario.*

L'art. 2042 c.c. prescrive che l'azione di arricchimento “non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito”.

La sussidiarietà esclude l'esercizio del rimedio indennitario quando l'impovertito è legittimato ad esperire azioni fondate su titoli diversi <sup>(77)</sup>.

Peraltro, anche in merito al dato della sussidiarietà, si assiste, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, non ad una riflessione di carattere generale ed astratto, ma a soluzioni molto diversificate che riguardano il caso singolo. Il principio sembra operare in modo diverso a seconda delle caratteristiche delle situazioni concrete in cui viene applicato <sup>(78)</sup>.

Occorre chiarire, intanto, come debba concepirsi la sussidiarietà: se il principio debba essere inteso in astratto o in concreto, dato che dalla scelta dell'una o dell'altra opzione derivano conseguenze applicative diverse.

<sup>(75)</sup> Si parafrasa la motivazione di Cass., 10 giugno 1976, cit., 1867. Affermano l'irrelevanza della volontà dell'impovertito, ai sensi dell'art. 2041 c.c., TRIMARCHI, *L'arricchimento*, cit., 12; ASTONE, *L'arricchimento*, cit., 156.

<sup>(76)</sup> Sostenuta da varie pronunce, per i riferimenti alle quali v. ASTONE, *L'arricchimento*, cit., 152 ss.

<sup>(77)</sup> Per tutti v. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 821. Cfr. anche la Relazione al Re che afferma: “Dalla dottrina e dalla giurisprudenza favorevole all'azione di arricchimento è stato acquisito il principio secondo cui essa è proponibile solo in via sussidiaria, nel caso cioè in cui il danneggiato, esercitando altra azione, non possa conseguire l'indennizzo per il pregiudizio subito. È ovvio infatti, che, là dove si possa eliminare una situazione anormale con l'applicazione di una norma particolare, il ricorso all'azione generale mancherebbe del suo presupposto, ossia del pregiudizio, altrimenti evitabile”.

<sup>(78)</sup> ASTONE, *L'arricchimento*, cit., 216.

La giurisprudenza maggioritaria (e più recente) intende il concetto di sussidiarietà in astratto, nel senso che la *mera esistenza* di un'altra azione, *astrattamente disponibile*, preclude il ricorso all'azione di arricchimento <sup>(79)</sup>.

Tuttavia parte della dottrina ha notato che nulla, nel dettato dell'art. 2042 c.c., impedisce di verificare in concreto la possibilità di promuovere l'altra azione disponibile, in modo da consentire l'utilizzo del rimedio restitutorio nel caso in cui l'esercizio di quello risarcitorio risulti inutile <sup>(80)</sup>.

La concezione concreta della sussidiarietà individua l'esatta portata del principio in questi termini: l'esperibilità di un diverso rimedio, astrattamente idoneo ad indennizzare l'intero pregiudizio, ma che, in concreto, non abbia prodotto un risultato utile, non rende inammissibile l'azione di arricchimento <sup>(81)</sup>.

Inoltre, è necessario precisare come il rimedio di cui all'art. 2041 c.c. abbia carattere sussidiario non solo nell'ipotesi in cui l'"altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito" spetti all'impoverito nei confronti dell'arricchito, ma anche quando essa sia esperibile contro un terzo <sup>(82)</sup>. Tale ultima puntualizzazione è particolarmente rilevante, ove ci si interroghi sul rapporto fra l'azione ai sensi del 1 comma e quella contro il beneficiario consapevole: ipotesi in cui il rimedio diverso da quello restitutorio può essere diretto contro un soggetto terzo rispetto all'arricchito <sup>(83)</sup>.

<sup>(79)</sup> ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 334, afferma che si usa parlare di sussidiarietà in astratto, perché in astratto va compiuta la valutazione dell'esistenza di un diverso rimedio offerto all'impoverito a tutela del proprio diritto. L'azione indennitaria è preclusa non solo quando all'impoverito l'ordinamento offra sin dall'inizio un'altra azione, ma anche quando detta azione esisteva ed è andata perduta (a causa di prescrizione o decadenza, o perché carente di uno dei suoi requisiti, o perché respinta nel merito). Cfr. anche gli ampi riferimenti di giurisprudenza citati dal medesimo autore pag. 335 nt. 89, 90, 91; e da ultimo Cass., SS.UU., 8 ottobre 2008, n. 24772, cit., che afferma che la sussidiarietà dell'azione significa che l'azione di arricchimento può avere ingresso solo quando nessun'altra azione sussista ovvero se questa, pur esistente in astratto, non possa essere esperita per carenza *ab origine* di taluno dei suoi requisiti.

<sup>(80)</sup> GALLO, *Arricchimento*, cit., 54; ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 339 ss. Ma anche la giurisprudenza più recente considera la sussidiarietà in concreto, nelle ipotesi in cui l'azione diversa da quella di arricchimento sia indirizzata verso un soggetto terzo rispetto all'arricchito.

<sup>(81)</sup> Secondo tale concezione, la sussidiarietà esclude l'esperibilità dell'azione di arricchimento finché esistono altre difese; quando queste ultime vengono meno, senza un risultato utile, inizia la tutela (minore, limitata e sussidiaria) dell'arricchimento senza causa.

<sup>(82)</sup> DI PAOLA-PARDOLESI, voce *Arricchimento*, cit., 6, ove si trovano anche i riferimenti alla giurisprudenza; SPITALI, *L'arricchimento*, cit., 1867; ASTONE, *L'arricchimento*, cit., 101-102, ove sono citati ulteriori riferimenti giurisprudenziali. L'opinione trova conferma normativa nell'art. 2038 c.c.

<sup>(83)</sup> Il problema del se l'azione contro il beneficiario sia subordinata ad un *beneficium excussionis* è posto da MONTALENTI, *Direzione*, cit., 319.



Per risolvere la questione del modo di concepire la sussidiarietà occorre considerare che la responsabilità di cui al 2 comma, ult. parte, dell'art. 2497, c.c. ha natura accessoria rispetto a quella per abuso dell'attività di direzione e coordinamento (1 comma) <sup>(84)</sup>.

Ciò risulta dall'inequivoco tenore letterale della disposizione in esame: il vantaggio deriva — com'è reso evidente dall'uso del pronome "ne" — dal fatto lesivo descritto al 1 comma e, perciò, presuppone la sua realizzazione. L'esperibilità del rimedio di cui all'art. 2497, 2 co., ult. parte, implica, quindi, che i (soci minoritari e i creditori) legittimati attivi possano far valere anche l'azione risarcitoria prevista al 1 comma.

Tale rapporto di accessorietà, dunque, esclude la possibilità di concepire la sussidiarietà fra l'azione contro la capogruppo e il rimedio indennitario in esame in astratto: poiché l'esistenza dell'azione risarcitoria è condizione per l'esperibilità di quella restitutoria, accedendo ad una concezione della sussidiarietà in astratto, quest'ultima non sarebbe mai utilizzabile. Si verrebbe, in pratica, ad una inaccettabile *interpretatio abrogans* del dettato legislativo, che già solo da un punto di vista meramente letterale pare sancire la cumulabilità o almeno l'alternatività delle azioni disciplinate.

D'altronde, l'applicazione di tale concezione della sussidiarietà appare in contrasto con la *ratio* per cui è stata introdotta la responsabilità del beneficiario consapevole accanto a quella della capogruppo: garantire l'effettività della tutela dei soci minoritari e dei creditori della dominata. È chiaro, infatti, che tale obiettivo si realizza solo dotando tali soggetti dei mezzi per poter conseguire concretamente il ristoro dei danni patiti, non già privandoli, a fronte dell'esperibilità di un'azione (quella risarcitoria), della possibilità di ricorrere ad un diverso rimedio (indennitario) a prescindere dalla concreta capacità satisfattiva della prima <sup>(85)</sup>.

Il concetto di sussidiarietà in concreto risulta, invece, adattabile al rapporto esistente fra il 1 e il 2 co. dell'art. 2497, c.c.: i soci o i creditori della società eterodiretta possono esercitare il rimedio indennitario *solo* a condizione che l'esercizio dell'azione contro la capogruppo non conduca al risarcimento del danno.

Tale soluzione, inoltre, potrebbe ritenersi conforme alla *ratio* del 2 comma dell'articolo in esame: in fondo, l'esigenza di tutelare effetti-

<sup>(84)</sup> V. DAL SOGLIO, Sub *art. 2497*, cit., 2346, il quale afferma che "È chiaro che...la responsabilità in parola, avendo natura accessoria a quella del primo comma, non può prescindere dalla responsabilità delle società o degli enti dominanti, per i quali l'accertamento del ruolo causale è passaggio imprescindibile affinché, accertato il fatto dannoso (o l'inadempimento) e il pregiudizio logicamente successivo, si possa avere sentenza di condanna".

<sup>(85)</sup> La sussidiarietà implica di per sé una limitazione delle difese del soggetto leso. Risulta allora inconciliabile con una disciplina che aspira invece a realizzarne la tutela effettiva e sostanziale.

vamente gli interessi menzionati al 1 comma non è menomata dall'applicazione della sussidiarietà in tale forma, poiché qualora l'esercizio dell'azione per l'abuso di eterodirezione risulti praticamente inutile (a causa, per es. di insolvenza della capogruppo), il danneggiato può ricorrere al rimedio contro il beneficiario.

Tuttavia, sembra addirittura possibile sostenere che il combinato disposto del 1 e del 2 co. dell'art. 2497 c.c. recepisca una soluzione ancora più radicale: la *disapplicazione* — per una scelta di politica del diritto — della regola di sussidiarietà, anche nella sua forma meno restrittiva <sup>(86)</sup>.

Infatti, mentre l'art. 2042 c.c. prescrive senz'altro il carattere sussidiario (anche a voler intendere tale carattere nella sua forma più blanda, cioè in concreto) del rimedio indennitario generale, analoga previsione non è ripetuta per l'azione in esame.

Oltre a tale differenza di carattere testuale, inoltre, un'indicazione contraria all'estensione del principio di sussidiarietà all'azione contro il beneficiario consapevole proviene dalla previsione, nei suoi confronti, di una responsabilità *solidale*.

Parte della dottrina civilistica nega la compatibilità fra solidarietà e sussidiarietà, quando a tale concetto si attribuisca il significato — fra i molteplici possibili — di onere di preventiva escussione <sup>(87)</sup>.

In effetti, proprio a ciò sembra ridursi il concetto di sussidiarietà intesa in concreto: si impone al danneggiato di agire contro un soggetto diverso dall'arricchito e quindi di escuterlo preventivamente (beneficio di escussione *ope legis*); potendosi perseguire l'arricchito solo se l'azione risarcitoria non abbia condotto ad un risultato utile <sup>(88)</sup>. Dunque, l'applicazione della sussidiarietà in concreto determina il venir meno di uno degli elementi fondamentali del vincolo solidale: la possibilità per il creditore di costringere ciascun debitore, *a sua scelta*, all'adempimento per la totalità <sup>(89)</sup>.

<sup>(86)</sup> Sostengono la disapplicazione della regola della sussidiarietà nel caso del rimedio indennitario di cui all'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c. GUIZZI, *Partecipazioni*, cit., 257; DAL SOGLIO, *Sub art. 2497*, cit., 2347.

<sup>(87)</sup> DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIX, 1979, 312; G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Napoli, 1974, 175 ss. ove ampi riferimenti alla dottrina; MESSINEO, *Manuale di diritto civile*, III, Milano, 1954, 541 ss.; RUBINO, *Delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, diretto da SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1957, 145 che afferma: "non si ha obbligazione solidale là dove tra i vari debitori o creditori vi è, in ordine al pagamento, non parificazione, ma graduazione".

<sup>(88)</sup> Tale conclusione trova un fondamento positivo nell'art. 2038 c.c. L'articolo viene considerato dalla dottrina come espressione legislativa della concezione in concreto della sussidiarietà. Dalla disposizione si induce che la sussidiarietà in concreto significa poter agire contro l'arricchito quando il diverso soggetto tenuto al risarcimento è stato "inutilmente escusso".

<sup>(89)</sup> G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione*, cit., 152 e 178, il quale afferma anche la

Ne consegue l'impossibilità di considerare l'onere di preventiva escussione come modalità della solidarietà, in quanto esso contrasta con la *ratio* di tutela del danneggiato, che tale istituto esplica anche nell'art. 2497 c.c. <sup>(90)</sup>.

L'onere di preventiva escussione, infatti, addossa ai soci minoritari e ai creditori della società dominata il rischio dell'insolvenza della capogruppo, costringendoli a sopportare i costi e i tempi giudiziari (inerenti al giudizio di cognizione e di esecuzione contro la capogruppo) che avrebbero evitato, potendo agire direttamente contro l'altro coobbligato. Tanto più che normalmente le azioni di responsabilità previste dal diritto societario vengono esperite proprio al verificarsi di situazioni di crisi, nelle quali è conveniente poter agire direttamente verso quei soggetti di cui si conosca la solvibilità <sup>(91)</sup>.

Inoltre, la funzione di garantire l'effettività della tutela dei creditori e dei soci della eterdiretta, che deve essere attribuita alla disposizione in esame (su cui cfr. oltre), verrebbe fortemente attenuata se si considerasse il rimedio lì disciplinato come avente carattere sussidiario rispetto all'azione di cui al 1 comma. Non si riesce a vedere, infatti, l'utilità pratica dell'introduzione di una fattispecie dalla portata applicativa teoricamente tanto ampia qual è quella ex art. 2497, co. 2, ult. parte, c.c., se poi — stante l'operare del principio di sussidiarietà — il rimedio che i danneggiati devono esperire per ottenere il ristoro dei danni rimane, in via principale, l'azione contro la capogruppo. Così

possibilità che venga meno l'elemento dell'identità del contenuto giuridico della pluralità di prestazioni: il debitore sussidiario sarà tenuto non alla medesima prestazione dell'obbligato primario, ma solo a quanto risulterà ancora dovuto dopo l'escussione infruttuosa di quest'ultimo.

<sup>(90)</sup> Pur essendo possibile solo un cenno in questa sede, occorre puntualizzare che la *ratio* della solidarietà consiste nella tutela sostanziale del creditore (o del danneggiato se si considera l'art. 2055 c.c.), al fine di garantirgli un risarcimento integrale. Il fine viene perseguito tramite la possibilità di ottenere da ciascun coobbligato l'intero perché *a*) al creditore non è addossato il rischio della mancata individuazione di uno o più coobbligati; *b*) non gli è addossato il rischio di insolvenza di uno o più di essi; *c*) lo stesso dovrà sopportare minori costi nel perseguimento della tutela giudiziaria (GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 12). La dottrina che considera la sussidiarietà come possibile modalità della solidarietà, ritiene che l'onere di preventiva escussione non contrasti con tale funzione di tutela del creditore. Mi sembra, al contrario, che il beneficio di escussione si ponga in contrasto con le due ultime funzioni della solidarietà (*sub b e c*).

<sup>(91)</sup> Si noti come in questo caso non ricorra nemmeno l'esigenza di economia dei rimedi, che si trasformerebbe in economia delle tutele. Cfr. ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 347 ss. D'altronde la dottrina ha sottolineato come i c.d. “travasi di valori” fra società del gruppo, attuativi di una direzione unitaria abusiva si verificano frequentemente proprio nell'ambito di situazioni di crisi, in cui l'insolvenza può interessare varie società ad esso appartenenti, fra cui la capogruppo, mentre la società avvantaggiata potrebbe essere *in bonis* e per questo in essa vengono concentrate le residue attività. Cfr. BONFATTI, *La promozione*, cit., 39; MIOLA, *Le garanzie*, cit., 218. *Risulta quindi più vantaggiosa e, perciò, più conforme alla ratio dell'art. 2497 c.c., la soluzione che disapplica completamente la sussidiarietà.*

opinando, infatti, si relegherebbe il rimedio indennitario ad un ruolo del tutto subalterno nell'economia della responsabilità nel gruppo, al pari di quello che fino ad oggi ha rivestito l'art. 2041 c.c. rispetto alla responsabilità risarcitoria <sup>(92)</sup>.

La disapplicazione della sussidiarietà, d'altro canto, non deve ritenersi nemmeno soluzione contraria ai principi. Più che un carattere *naturale* (verrebbe da dire ontologico) dell'azione di arricchimento, infatti, la sussidiarietà costituisce un requisito legale introdotto per prevenirne applicazioni arbitrarie. Il legislatore, pertanto, nel disciplinare un'ipotesi specifica, può certamente scegliere di non attribuire al rimedio restitutorio carattere sussidiario, come dimostrano alcune disposizioni del codice civile <sup>(93)</sup>.

Quest'ultima osservazione, inoltre, risulta confermata dall'indagine comparatistica: negli ordinamenti stranieri l'azione per arricchimento ingiustificato non è un rimedio sussidiario <sup>(94)</sup>.

### 2.5.1. *La sussidiarietà nel rapporto fra le azioni previste dal 2° co., dell'art. 2497 c.c.*

In merito alla sussidiarietà nel rapporto fra i due diversi rimedi previsti dall'art. 2497 2° co., c.c., *quando azionati nei confronti di*

<sup>(92)</sup> Compie questa notazione proprio in relazione all'applicazione dell'art. 2042 c.c. ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 332.

<sup>(93)</sup> V. gli artt. 935, 937 e 939 c.c. e anche l'art. 940 c.c., come interpretato dalla dottrina maggioritaria, che però concernono il caso dell'esperibilità dei rimedi contro il medesimo soggetto. Inoltre la più recente dottrina ritiene che l'interpretazione tradizionale della sussidiarietà *ex art. 2042 c.c.*, sia ormai anacronistica (SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 77; ALBANESE, *Ingiustizia*, 345 e 410 ss.). Occorrerebbe, pertanto, assoggettare tale disposizione ad una riduzione teleologica, interpretandola nel senso che l'azione di arricchimento è preclusa solo se ed in quanto il soggetto impoverito abbia ottenuto la riparazione del pregiudizio subito mediante l'esercizio di altro rimedio. L'ordinamento, cioè, escluderebbe solo il concorso *cumulativo* fra il rimedio risarcitorio e quello indennitario; non vi sarebbe invece ragione di escludere il concorso alternativo (che consente al danneggiato di scegliere quale rimedio esperire) (SIRENA, *La restituzione* cit., 78). Pertanto non sembra condivisibile il rilievo di quella recentissima dottrina secondo la quale la disposizione in esame "rendendo possibile una pretesa patrimoniale nei confronti di chi...è semplicemente il punto d'arrivo finale delle operazioni di storno di ricchezza *da altri effettivamente operate*, legittima un'estensione del giudizio che, sulla base del diritto comune, sarebbe invero preclusa" e che esclude la possibilità, stante la mancanza di un rapporto di sussidiarietà rispetto al rimedio di cui al co. 1 dell'art. 2497 c.c., di ricondurre il titolo dell'azione al rimedio, residuale, dell'art. 2041 c.c. (VALZER, *La responsabilità*, cit., 185 ss.). Come per altre azioni aventi natura indennitaria, l'assenza della sussidiarietà non è di per sé elemento sufficiente ad escludere che un determinato rimedio non avente funzione risarcitoria possa essere sistematicamente ricondotto all'istituto generale *ex art. 2041 c.c.*

<sup>(94)</sup> Per il sistema tedesco v. MOSCATI, voce *Arricchimento*, cit., 460; per quelli di *common law*, v. GALLO, *Arricchimento*, cit., 52. Tanto che si è giunti ad affermare che la regola del concorso fra rimedi risarcitori e restitutori fa ormai parte del diritto comune europeo (SIRENA, *La restituzione*, cit., 81).

*soggetti diversi*, non è dato ricavare alcuna indicazione dal tenore letterale della disposizione in commento.

Il principio di sussidiarietà inteso in astratto preclude in assoluto — *cioè a prescindere dal conseguimento del risarcimento* — al danneggiato, che dispone dell'azione contro il concorrente al fatto lesivo, di esperire il rimedio contro il beneficiario consapevole. Tale soluzione, particolarmente restrittiva, non pare conforme all'esigenza di tutela cui l'articolo in esame risponde. Mediante la previsione di due rimedi differenti, l'uno risarcitorio e l'altro indennitario, infatti, il legislatore sembra aver voluto offrire ai possibili danneggiati dall'eterodirezione abusiva (creditori e soci dell'eterodiretta) la più ampia possibilità di conseguire il ristoro del pregiudizio subito, proprio grazie alla capacità di tali rimedi di coprire fattispecie diverse e di rendere perseguibili più obbligati. La pluralità dei rimedi assolve, in altri termini, una funzione di garanzia (in senso atecnico) del conseguimento del ristoro del danno.

L'applicazione della sussidiarietà sortirebbe, invece, un effetto esattamente antitetico: quello di restringere i rimedi esperibili dai danneggiati.

Maggiormente adeguata alla *ratio* del 2 comma dell'articolo in esame potrebbe ritenersi la concezione della sussidiarietà in concreto. Come già notato in relazione all'azione contro la capogruppo, in fondo l'esigenza di tutelare effettivamente gli interessi menzionati al 1 comma non è menomata dall'applicazione della sussidiarietà in tale forma, poiché qualora l'esercizio dell'azione contro il concorrente all'abuso di eterodirezione risulti praticamente inutile, il danneggiato può ricorrere al rimedio contro il beneficiario.

Tuttavia, la *ratio* dell'articolo in esame, oltre che la previsione della solidarietà fra chi ha preso parte al fatto lesivo e chi ne ha tratto consapevolmente beneficio, può giustificare il concorso del rimedio indennitario (oltre che con l'azione contro la capogruppo anche) con l'azione risarcitoria di cui al 2 comma, prima parte, dell'art. 2497 c.c.

L'applicazione nel caso in esame della sussidiarietà in concreto addossa, infatti, ai soci o ai creditori della dominata il rischio dell'inadeguatezza delle risorse patrimoniali o dell'insolvenza del concorrente all'abuso di eterodirezione e i costi dell'infruttuoso giudizio nei suoi confronti, menomando la funzione di *Schutzrecht* dell'art. 2497 c.c. <sup>(95)</sup>.

<sup>(95)</sup> Si pensi per es. al caso in cui beneficiario sia una società sorella e gli amministratori della dominata o quelli della capogruppo siano i concorrenti al fatto lesivo: può accadere certamente che il patrimonio di questi due ultimi legittimati passivi non sia capiente rispetto all'entità del danno da risarcire. In quest'ipotesi è certo maggiormente conforme all'esigenza di tutela, cui la disposizione risponde, consentire ai legittimati attivi di esperire direttamente il rimedio restitutorio. Il rischio dell'insolvenza del convenuto come concorrente può realizzarsi per es. quando sia chiamata a rispondere

### 2.5.2. *La sussidiarietà in relazione al medesimo convenuto.*

In riferimento alla responsabilità nel gruppo, l'applicabilità della regola della sussidiarietà presenta un ulteriore profilo rilevante.

In concreto, niente vieta che il medesimo soggetto abbia “preso parte al fatto lesivo” e, in connessione con ciò, ne abbia “tratto consapevolmente beneficio”, sì da risultare contestualmente integrati i presupposti applicativi di entrambe le previsioni dell'art. 2497, 2 co., c.c. <sup>(96)</sup>.

In questo caso si pone il problema di verificare l'esperibilità da parte del danneggiato del rimedio indennitario, avendo costui titolo per esercitare anche la diversa azione per concorso nel fatto lesivo. La questione non ha un rilievo puramente teorico. Certo nella pratica il danneggiato ha interesse ad esercitare l'azione risarcitoria, che gli consente di percepire un risarcimento integrale, ossia non limitato alla minor somma fra arricchimento e impoverimento. Tuttavia, occorre anche considerare che mentre l'azione indennitaria è soggetta all'ordinario termine di prescrizione decennale, l'azione di responsabilità *ex art.* 2043 c.c. — sempre che si riconosca natura aquiliana alla responsabilità *ex art.* 2497, 2 co., prima parte, c.c. — si prescrive in cinque anni. Da qui il possibile interesse dei soci e dei creditori della eterodiretta a ricorrere all'azione in esame quando quello risarcitorio risulta estinto.

Prima di attribuire rilievo alla diversa disciplina della prescrizione, peraltro, occorre capire se essa possa trovare applicazione nell'ambito del gruppo. Si è infatti sostenuto che tutte le azioni *ex art.* 2497 c.c., sono soggette alla prescrizione quinquennale prevista per i rapporti societari (art. 2949 c.c.) <sup>(97)</sup>. Tale conclusione, però, sembra tutt'altro che certa, dato che la giurisprudenza della Cassazione è costantemente orientata ad affermare che la prescrizione breve si applica esclusivamente ai diritti che scaturiscono dal rapporto societario, e cioè dalle relazioni fra i soggetti dell'organizzazione sociale in dipendenza diretta del contratto di società o dalle situazioni determinate dallo svolgimento della vita in società, mentre ne restano esclusi tutti gli altri diritti che trovano la loro ragion d'essere negli ordinari rapporti giuridici che una società può contrarre al pari di ogni altro

come tale una delle società capogruppo, in caso di attività congiunta di direzione e coordinamento (v. per tale ipotesi il cap. II).

<sup>(96)</sup> Per uno spunto in tal senso CARIELLO, *Dal controllo cit.*, 58, il quale, anzi, ritiene che il cumulo dei due titoli di responsabilità *ex art.* 2497, 2 co., c.c., in capo al medesimo soggetto sia ipotesi normale. Quindi, in tal caso, il problema della sussidiarietà si presenta non con riferimento alla possibilità di esperire l'azione diversa da quella di arricchimento contro il terzo, ma contro il medesimo arricchito.

<sup>(97)</sup> DAL SOGLIO, *Sub art.* 2497, *cit.*, 2347.

soggetto<sup>(98)</sup>. Ciò premesso, non pare che l'ingiustificato arricchimento derivante dai rapporti infragruppo possa essere ricondotto entro la massima ricavabile dalle pronunce della Suprema corte: intanto perché non necessariamente la responsabilità dei beneficiari consapevoli determina l'instaurarsi di una relazione fra “soggetti dell'organizzazione sociale” (si pensi al caso, al quale si fa più di frequente riferimento, della società sorella, che è soggetto estraneo alla dominata); ed inoltre, perché il fatto determinante tale tipo di responsabilità non risulta “dipendente dal contratto di società”.

Ma allora, se si condivide che le vicende all'origine della responsabilità di cui all'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c. non possano rientrare entro la previsione dell'art. 2949 c.c., la questione del possibile esercizio dell'azione risarcitoria o di quella indennitaria nei confronti del medesimo soggetto acquista certamente un rilievo pratico<sup>(99)</sup>.

Proprio in relazione a tale questione, uno degli argomenti addotti dai sostenitori dell'applicazione della sussidiarietà in astratto in relazione all'azione generale di arricchimento è quello per cui, se si consente l'esperibilità di quest'ultima nonostante l'esistenza di un diverso rimedio *astrattamente* utilizzabile (ma di fatto estintosi), si potrebbe vanificare il regime della prescrizione e della decadenza<sup>(100)</sup>. Si tratta di una conclusione, però, respinta dalla dottrina più moderna, la quale ritiene che la sussidiarietà debba essere intesa in concreto: ha senso escludere l'esercizio dell'azione indennitaria solo per il tempo in cui sussistono altre difese per il danneggiato; nel momento in cui queste vengono meno, seppure per prescrizione o decadenza, può attivarsi la tutela, minore e limitata, dell'indennizzo. In tal modo non si incorre in un aggiramento della prescrizione o della decadenza dell'azione principale: quest'ultima viene meno definitivamente, quindi quelle discipline non vengono affatto distolte dalla funzione per cui sono previste; ciò che rimane esperibile è un rimedio differente<sup>(101)</sup>.

In riferimento all'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c., dunque, aderendo a tale seconda — preferibile — opinione, la sussidiarietà deve essere valutata in concreto, poiché, se da una parte, non ricorre l'esigenza per soddisfare la quale si è suggerito la completa disapplicazione della stessa nei casi precedentemente esaminati<sup>(102)</sup>; dall'altra, però,

<sup>(98)</sup> V. Cass. 13 luglio 2004, n. 12957, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 7; Cass., 27 luglio 2004, n. 14094, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 7; Cass., 1 giugno 1993, n. 6107, cit., 967.

<sup>(99)</sup> Parte della dottrina civilistica occupatasi specificamente dell'art. 2041 c.c. ha sostenuto che la prescrizione o decadenza del rimedio risarcitorio non precludono l'esperibilità del rimedio restitutorio (v. ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 123).

<sup>(100)</sup> V. ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 344, che pure rifiuta tale argomentazione.

<sup>(101)</sup> ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 343 ss.

<sup>(102)</sup> Non credo che qui sia possibile sostenere la disapplicazione totale della sussidiarietà, poiché in questa ipotesi non può configurarsi l'esigenza che depone in tal

risulta più coerente con la funzione di tutela effettiva dei soci e dei creditori della società eterodiretta consentire loro di esperire il rimedio indennitario, qualora l'azione risarcitoria sia prescritta.

### 3. *L'indennizzo ed il nesso di solidarietà fra l'obbligazione risarcitoria e quella restitutoria.*

Terminata l'analisi dei presupposti del rimedio in esame, occorre dedicare qualche cenno all'indennizzo che esso consente di percepire.

La responsabilità di cui all'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c., avente natura indennitaria<sup>(103)</sup>, consiste nell'obbligo di corrispondere un indennizzo di importo non superiore al vantaggio conseguito.

La limitazione oggettiva dell'indennizzo — perfettamente corrispondente a quella prevista nell'art. 2041, c.c. — ha la funzione di evitare che l'azione — finalizzata a rimediare ad uno spostamento patrimoniale privo di causa — possa creare nuovi squilibri a danno, questa volta, di chi si sia originariamente arricchito (in misura minore rispetto al danno patito dall'impoverito).

L'art. 2497 c.c. prevede, inoltre, l'applicazione della solidarietà, che implica, *ex latere debitoris*, l'obbligo di pagare l'intero con effetto liberatorio per gli altri consorti. Chiaramente, l'obbligazione solidale del beneficiario consapevole è limitata ad un importo pari all'indennizzo. Il che tuttavia non è di ostacolo all'operare dell'istituto della solidarietà<sup>(104)</sup>.

Qualora si consenta ai legittimati attivi di agire direttamente contro il beneficiario, disapplicando il principio di sussidiarietà, occorrerà, pertanto, ammettere un "concorso integrativo" fra rimedio risarcitorio e rimedio restitutorio: se l'impoverito ha già ottenuto l'indennizzo per l'ingiustificato arricchimento, potrà ulteriormente pretendere dagli altri obbligati in solido (per responsabilità risarcitoria) soltanto il risarcimento dell'eventuale danno ulteriore, dopo averne fornito la prova<sup>(105)</sup>.

senso (insolvenza o insufficienza del patrimonio dell'obbligato principale, da superare tramite l'esercizio del rimedio restitutorio verso un diverso soggetto, senza l'ostacolo della sussidiarietà pur intesa in concreto), posto che obbligato al risarcimento e all'indennizzo è il medesimo soggetto. La disapplicazione della sussidiarietà non trova in tal caso alcuna giustificazione, che consenta di superare la concezione tradizionale del rimedio indennitario.

<sup>(103)</sup> V. Trib. Milano, 25 aprile 2008, cit.

<sup>(104)</sup> La solidarietà permane nonostante l'adempimento soggettivamente alternativo sia previsto per una parte soltanto della prestazione (GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 56 nt. 169).

<sup>(105)</sup> Così ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 412, sebbene in riferimento all'art. 2041 c.c.; SIRENA, *La restituzione*, cit., 78.



Ciò che crea maggiori difficoltà di inquadramento generale è la previsione di “un modello di solidarietà passiva « diseguale »” <sup>(106)</sup>. In particolare — si è rilevato — è piuttosto insolito che si qualifichi “solidale” una responsabilità che non solo ha un *titolo* differente da quella della capogruppo e da quella di chi ha “preso parte” alla direzione illecita, ma che, inoltre, è “— almeno potenzialmente e da un punto di vista quantitativo — distinta [dalle precedenti], dovendosi non solo provare, ma anche quantificare un arricchimento che non necessariamente corrisponde al danno sofferto dalla società « svuotata »” <sup>(107)</sup>.

Si è affermato, inoltre, che “per l’applicazione del principio della solidarietà, è *necessario* che il soggetto abbia concorso a produrre il danno, mentre *non è sufficiente* che egli si sia limitato a profittare dell’altrui comportamento dannoso” <sup>(108)</sup>.

Tale rilievo è certamente da condividere qualora si consideri la solidarietà prevista dall’art. 2055 c.c. Ma altrettanto certamente l’obbligazione solidale risarcitoria contemplata da tale disposizione non può trovare applicazione rispetto alla fattispecie del beneficiario consapevole in quanto costui — non avendo fornito alcun contributo causale alla realizzazione dell’evento lesivo, ma avendone soltanto tratto un vantaggio — non è un soggetto al quale il fatto lesivo dell’abuso di eterodirezione è co-imputabile unitamente alla capogruppo e ai concorrenti *ex art. 2497, 2 co., prima parte, c.c.* Viene dunque a mancare il substrato strutturale della solidarietà risarcitoria, che è costituito “sempre [da]ll’obbligazione soggettivamente complessa” <sup>(109)</sup>, prescritta dal legislatore in relazione al con-debito risarcitorio con l’espressione “medesimo fatto dannoso”.

Il titolo della co-obbligazione solidale imputabile al beneficiario consapevole deve essere individuato, invece, nella c.d. “rispondenza per indennità” <sup>(110)</sup>, la quale deriva proprio da un atto lecito dannoso qual è l’arricchimento ingiustificato <sup>(111)</sup>.

Ma allora la scelta compiuta dal legislatore della riforma nel prevedere la solidarietà all’art. 2497, 2 co., ult. part. c.c. risulta conforme

<sup>(106)</sup> Secondo la felice espressione di GUERRERA, *Gruppi di società*, cit., 27.

<sup>(107)</sup> NIUTTA, *La novella*, cit., 398.

<sup>(108)</sup> Cfr. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 145, ove si riferisce tale opinione alla Corte di Cassazione. L’autore cita a sostegno di tale affermazione Cass., 13 maggio 1989, n. 2204, in *Riv. Corte conti*, 1989, 167; Cass., 18 luglio 1987, n. 6341, *Mass. foro it.*, 1987; Cass., 29 gennaio 1981, n. 693, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 885.

<sup>(109)</sup> GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 45, il quale afferma che “l’art. 2055 c.c. [è] applicazione dell’art. 1294 c.c.: ribadisce nel campo del condebito risarcitorio l’adempimento secondo solidarietà dell’o.s.c.”.

<sup>(110)</sup> ORLANDI, *La responsabilità solidale*, cit., 182 ss., 199 ss.

<sup>(111)</sup> Riconducono l’arricchimento ingiustificato entro tale categoria RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, cit., 158; MAZZOLA, *Responsabilità* cit., 202 ss.

a quella ricorrente in altre fattispecie astratte: la solidarietà in relazione alla c.d. rispondenza per indennità (che può derivare dall'assunzione del rischio altrui) viene ritenuta applicabile anche nel caso dell'art. 18 l. 990/1969 sull'assicurazione obbligatoria <sup>(112)</sup>. In entrambe tali ipotesi l'obbligazione solidale dei diversi responsabili (l'autore del danno e l'assicuratore, nella prima ipotesi; la capogruppo, gli eventuali concorrenti all'abuso di eterodirezione e il beneficiario consapevole di quest'ultimo, nella seconda) trae origine da titoli diversi non unificati entro il medesimo fatto dannoso.

Quanto rilevato offre lo spunto anche per spiegare il significato della specifica prescrizione della solidarietà nei confronti del beneficiario consapevole; mentre il vincolo solidale dei concorrenti all'eterodirezione abusiva avrebbe potuto ricavarsi dai principi in via interpretativa. "L'automatismo normativo" circa l'applicazione della solidarietà passiva, infatti, vale soltanto al ricorrere dell'*eadem causa obligandi*; in assenza di quest'ultima — come nel caso dell'obbligo restitutorio del beneficiario consapevole rispetto a quelli imposti dalle disposizioni precedenti — è richiesta una specifica previsione che associ ad una fattispecie l'applicazione della solidarietà <sup>(113)</sup>.

#### 4. *Inquadramento sistematico del rimedio contro i beneficiari consapevoli.*

Conclusa la ricostruzione dei caratteri della fattispecie contemplata dal 2 comma, ult. parte, dell'art. 2497 c.c. possiamo procedere a stabilirne il significato sistematico.

Al proposito, sembra proficuo distinguere la ricostruzione della funzione del rimedio in esame a seconda che lo si consideri isolatamente — valorizzandone i caratteri intrinseci, che abbiamo appena cercato di evidenziare — o nel microsistema della responsabilità del gruppo, come delineato dall'art. 2497, 1 e 2 co., c.c.

##### 4.1. *La funzione dell'azione ex art. 2497, 2 co., ult. parte c.c., considerata isolatamente.*

Per quanto concerne il primo profilo, l'azione contro il beneficia-

<sup>(112)</sup> In verità la disposizione citata non contiene una previsione specifica di solidarietà. Eppure la dottrina maggioritaria ritiene applicabile l'istituto a tale ipotesi. Cfr. per maggior approfondimento GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 54 ss. e la dottrina citata ivi a nt. 166.

<sup>(113)</sup> GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 44. V. oltre cap. IV per gli sviluppi che tale considerazione determina in ordine al problema della *holding* persona fisica.

rio consapevole assolve la funzione di eliminare gli effetti di illegittime operazioni infragruppo. Si tratta, pertanto, di un rimedio restitutorio con finalità riequilibratrice, al quale i soci minoritari e i creditori della dominata possono ricorrere per ottenere la reintegrazione del proprio patrimonio, depauperato dall'eventuale “travaso” di valori subito dalla società cui fanno riferimento. Tale spostamento patrimoniale viene considerato dall'ordinamento lesivo di una posizione giuridica meritevole di protezione e, come tale, suscettibile di essere eliminato.

Nell'esplicare la funzione suddetta, il rimedio in esame pare trovare il proprio antecedente storico nella c.d. azione revocatoria aggravata, prevista dall'art. 91 della vigente legge sull'amministrazione straordinaria, evitando però di riproporre le inadeguatezze proprie di quest'ultimo strumento. Un simile accostamento non deve essere considerato inappropriato: la dottrina ha, infatti, ricondotto entro il *genus* dei rimedi c.d. restitutori non solo l'azione generale di arricchimento, ma anche le azioni c.d. reali quali la revocatoria e la rivendica<sup>(114)</sup>.

La revocatoria aggravata è volta “nella logica del sistema dell'insolvenza dei gruppi societari, ad integrare la responsabilità « contrattuale » prevista per gli amministratori della società controllante”<sup>(115)</sup>. In particolare, essa esplica la funzione — a fronte delle speciali relazioni esistenti fra le società del gruppo, che consentono con maggior facilità operazioni di depauperamento del patrimonio di alcune entità a favore di altre<sup>(116)</sup> — di “riequilibrare i rapporti interni di gruppo” nei confronti della società che abbia subito indebite spoliazioni, come conseguenza della direzione unitaria<sup>(117)</sup>. Si tratta, dunque, di un'a-

<sup>(114)</sup> GALLO, *Arricchimento*, cit., 23.

<sup>(115)</sup> PAVONE LA ROSA, *Le società controllate - I Gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, Torino, 1993, 623.

<sup>(116)</sup> DACCÒ, *Sub art. 90*, cit., 491; Trib. Milano, 8 luglio 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, 573.

<sup>(117)</sup> Per l'attribuzione di tale funzione alla revocatoria prevista dall'art. 91 della vigente legge sull'amministrazione straordinaria (o dall'art. 3, 3 co., l. 95/1979, che conteneva una disposizione identica a quella successiva) v. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate*, cit., 623; ID., *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2001, 570; ABBADESSA, *I gruppi*, cit., 140, il quale afferma che la revocatoria (prevista nella legge sull'amministrazione previgente) riusciva ad “assicurare una efficace reintegra del patrimonio dell'affiliata leso da particolari politiche di gestione della capogruppo; LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 142 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Società di persone e imprese individuali di gruppo nell'amministrazione straordinaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 634; MAFFERI ALBERTI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: due anni di esperienze*, in *Giur. comm.*, 1981, I, 812; BORGIOI, *Direzione unitaria*, cit., 26; MIOLA, *Le garanzie*, cit., 217, il quale afferma che l'azione revocatoria è stata almeno una volta utilizzata dal legislatore nella sua funzione di rimedio a trasferimenti patrimoniali indiretti intragruppo a carattere pregiudizievole: nel caso dell'azione revocatoria aggravata di cui all'art. 3, 3 co., l. 95/79 (a nt. 55 ulteriori riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza). L'autore aggiunge (e il rilievo pare particolarmente importante per il prosieguo della riflessione) che la funzione recuperatoria con finalità ricostruttiva

zione che, per un verso, costituisce un rimedio integrativo rispetto alla responsabilità risarcitoria contemplata all'art. 90 della legge sull'amministrazione straordinaria per l'abuso di direzione unitaria<sup>(118)</sup>; e che, per altro verso, adempie una funzione recuperatoria con finalità riequilibratrice a favore della dominata, vittima di una strategia gestoria "abusiva".

Entrambi tali caratteri sono predicabili anche rispetto al rimedio dell'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c.<sup>(119)</sup>.

Introducendo quest'ultimo, dunque, il legislatore della riforma sembra aver recepito i rilievi — mossi da autorevole dottrina — concernenti l'inadeguatezza dello strumento della revocatoria rispetto alle esigenze da soddisfare nel contesto di gruppo; e l'opportunità di sostituirlo con la previsione di "una specifica azione di arricchimento"<sup>(120)</sup>.

#### 4.2. Segue: possibili interferenze fra il rimedio in esame e la ratio della nuova disciplina delle esenzioni dalla revocatoria fallimentare.

Un aspetto meritevole di qualche osservazione è quello attinente

*dell'asse patrimoniale è propria di ogni forma di azione revocatoria, a prescindere dalla varietà di forme e modalità per il suo esercizio.*

<sup>(118)</sup> Oltre a PAVONE LA ROSA, *Le società controllate*, cit., 623, assegnano alla revocatoria aggravata una funzione di completamento della responsabilità degli amministratori della capogruppo nell'amministrazione straordinaria ABBADESSA, *I gruppi*, cit., 140.

<sup>(119)</sup> Con la particolarità che la nuova disciplina del gruppo prevede la legittimazione attiva (e il diritto a percepire l'indennizzo) dei singoli soci minoritari e dei creditori della dominata: la funzione riequilibratrice ed integrativa del nuovo rimedio, dunque, è diretta verso soggetti differenti dalla società dominata. E che la responsabilità indennitaria è integrativa della responsabilità risarcitoria non degli amministratori della capogruppo (art. 90 l. amm. str.), ma di quella della capogruppo.

<sup>(120)</sup> L'autore cui si fa riferimento nel testo è PAVONE LA ROSA, *Le società controllate*, cit., 623 ss.; Id., *L'insolvenza nelle aggregazioni di gruppo*, cit., 1506. L'autore afferma che la revocatoria "poggia...su presupposti ben determinati e coinvolge atti legalmente tipizzati, onde non è idonea ad eliminare ogni pregiudizio conseguente ad operazioni che una società appartenente ad un gruppo può aver compiuto con altre entità ad essa aggregate". Conf. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori* in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di BRICOLA-GALGANO, Bologna-Roma, 2001, 249, il quale nota che i travasi patrimoniali fra società del gruppo di solito vengono realizzati non attraverso specifici atti di disposizioni, bensì per il tramite di scelte gestionali (per es. rinuncia ad opportunità economiche, sfruttate dal'altra società), sottratte all'inefficacia; GAMBINO, *Tutela del debitore e dei creditori nelle procedure concorsuali conservative dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1982, 718-719; ABBADESSA, *I gruppi*, cit., 103 ss. e 121 ss.; MIOLA, *Le garanzie*, cit., 144, il quale suggerisce l'utilizzo di azioni a carattere recuperatorio proprio come rimedio più efficace nei confronti delle garanzie fra infragruppo. Il primo autore sottolinea anche la preferibilità dell'uso dell'azione di arricchimento invece di una responsabilità sanzionatoria al fine di meglio temperare la tutela degli interessi dei soci esterni e dei creditori delle dominate danneggiate, con quelli dei medesimi soggetti della società capogruppo (MIOLA, *Trasferimenti*, cit., 1506).

l'affinità funzionale fra l'azione revocatoria e il rimedio restitutorio in esame: entrambi sono finalizzati alla ricostruzione del patrimonio del soggetto leso da un atto di disposizione <sup>(121)</sup>.

Dato tale assunto, pare interessante evidenziare le possibili interferenze fra il rimedio ex art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c. e le innovazioni contemplate dalla riformata disciplina fallimentare in merito alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa. Infatti, “il depotenziamento dell'azione revocatoria potrebbe avere un impatto sulle azioni risarcitorie, a seguito di una sorta di « travaso » di bisogni di tutela” che mediante la prima non possono più essere soddisfatti (sia per la previsione di esenzioni, sia per la riduzione del periodo sospetto) e che tenderanno a trovare sfogo tramite le seconde <sup>(122)</sup>. In considerazione anche del carattere “aperto” della fattispecie in esame e della conseguente ampiezza del suo possibile ambito di applicazione <sup>(123)</sup>.

La nuova disciplina delle esenzioni di cui all'art. 67, 3 co., lett. e) e d) dispone che siano sottratte all'azione revocatoria le operazioni di esecuzione del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis l. fall.) e di quelli di risanamento, nel caso in cui — dato l'esito negativo della soluzione stragiudiziale — si apra il fallimento. Al contrario, nessun correttivo è stato previsto ri-

<sup>(121)</sup> Afferma che il profilo funzionale della revocatoria consiste nella ricostruzione del patrimonio dell'imprenditore oltre che nella attuazione della *par condicio*, MIOLA, *Le garanzie*, cit., 218 nt. 56. L'affinità funzionale affermata nel testo sussiste sia rispetto alla revocatoria aggravata, sia rispetto a quella ordinaria. In merito al contesto in cui l'azione restitutoria e la revocatoria possono essere esercitate, occorre notare che la seconda trova applicazione solo nell'ambito di procedure concorsuali. Si può comunque affermare che, quando è esperibile l'azione restitutoria da parte dei creditori, sussisterà anche il presupposto per dichiarare il fallimento della loro società o per ricorrere all'amministrazione straordinaria. Si ritiene, infatti, che il danno ai creditori previsto all'art. 2497, 1 co., c.c., sussista soltanto quando il patrimonio della società dominata sia insufficiente al soddisfacimento del loro credito (come espressamente previsto per l'art. 2394 c.c.). Tale presupposto indicherebbe una situazione ancora più grave dell'insolvenza (cfr. la giurisprudenza citata da MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 54 nt. 121). Mi sembra di dover sottolineare, tuttavia, che la possibile interferenza del rimedio restitutorio e della revocatoria può configurarsi esclusivamente nelle ipotesi in cui quest'ultima azione non adempia la sola funzione di ripristinare la *par condicio creditorum*, posto che in questi casi, quantomeno, non sussisterebbe il pregiudizio patrimoniale che è presupposto indefettibile dell'azione di arricchimento.

<sup>(122)</sup> STANGHELLINI, *Il credito “irresponsabile” alle imprese e ai privati: profili generali e tecnici di tutela*, in *Società*, 2007, 403, cui si riferisce il virgolettato; conf. DI MARZIO, *La riforma « privatizza » la crisi dell'impresa*, in *Dir. e Prat. fallimento*, 2006, 17 ss.

<sup>(123)</sup> Si consideri anche il fatto che il perseguimento di soluzioni stragiudiziali delle situazioni di insolvenza, se riflette in linea di principio interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, può, tuttavia, coincidere con l'ampliamento delle occasioni di abusi da parte degli istituti di credito, ai quali l'accordo di salvataggio riconosce, quasi sempre, incisivi poteri di intervento nella gestione delle società in crisi e che, a fronte della nuova disciplina della revocatoria, tenderanno ad avvalersi del rubinetto del credito per imporre alle imprese politiche ad essi gradite. In tal senso con chiarezza MAZZONI, *Capitale sociale*, cit., 540.

spetto all'applicazione della nuova disciplina della responsabilità nel gruppo, per l'ipotesi in cui le operazioni astrattamente censurabili siano state poste in essere in esecuzione di un piano volto al superamento della situazione di crisi. Al di fuori dell'ambito delle esenzioni dalla revocatoria fallimentare, dunque, il ricorso ad un tentativo stragiudiziale di soluzione della situazione di difficoltà, in cui versa un'impresa, non ha alcun rilievo positivo <sup>(124)</sup>.

Inoltre, abbiamo già rilevato parlando dell'arricchimento come proprio a fronte di una situazione di difficoltà finanziaria che interessi il gruppo, più frequenti risultino i tentativi di spoliazione di alcune società a vantaggio di altre. Con il conseguente verificarsi della fattispecie, cui è connessa l'azione in esame.

Ne deriva che, in astratto, una determinata operazione, compiuta in esecuzione di un piano di risanamento <sup>(125)</sup>, per ipotesi espressione di un'attività di eterogestione abusiva, *possa, da una parte, essere esentata dalla revoca, in forza della previsione di cui all'art. 67, 3 co., lett. d) o e) l. fall.; e dall'altra essere fonte dell'obbligo restitutorio del beneficiario consapevole* <sup>(126)</sup>.

L'esempio cui viene spontaneo pensare sono gli scambi di beni e servizi a condizioni squilibrate: certamente tali operazioni possono rientrare nelle esenzioni appena menzionate; e, d'altro canto, in quanto idonee a realizzare un arricchimento (e un corrispondente impoverimento), legittimano l'esperimento dell'azione contro il beneficiario consapevole. Si pensi, ancora, ad una qualunque prestazione di garanzia o ad un pagamento per un debito contratto da altra società del gruppo. Entrambi questi atti, da un lato, avvantaggiano il creditore garantito (o soddisfatto) e il debitore principale <sup>(127)</sup>; dall'altro depau-

<sup>(124)</sup> BONFATTI, *La promozione*, cit., 45; CENNERAZZO, *Azione di responsabilità per concessione abusiva di credito: gli spazi di legittimazione del curatore fallimentare dopo la sentenza delle "sezioni unite"*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, 30 ss. La dottrina ha infatti sottolineato come il legislatore, pur incentivando le soluzioni stragiudiziali delle crisi tramite la previsione in tali casi di esenzioni dalla revocatoria, non si sia spinto fino a toccare, rispetto alle medesime ipotesi, il tema della responsabilità civile (PORTALE, *La legge fallimentare riformata: note introduttive, (con postilla sulla disciplina delle società di capitali)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, 369).

<sup>(125)</sup> Con tale espressione ci riferiamo sia all'accordo di ristrutturazione dei debiti previsto dal nuovo art. 182-bis l. fall., sia al piano attestato di risanamento previsto dall'art. 67, 3 co., lett. d), l. fall. Per questi ultimi la possibilità che il piano risulti contrario ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale consegue al carattere stragiudiziale degli stessi. Ma la medesima possibilità può verificarsi anche nel primo caso, posto che sebbene l'accordo di ristrutturazione dei debiti sia soggetto ad omologazione, pare discutibile che il tribunale sia legittimato a sindacare gli eventuali aspetti pregiudizievoli dello stesso per i soci minoritari delle società del gruppo e per i relativi creditori. Cfr. BONFATTI, *La promozione*, cit., 46.

<sup>(126)</sup> Conf. VICARI, *I finanziamenti delle banche ai fini ristrutturativi*, in *Giur. comm.*, 2008, 508.

<sup>(127)</sup> Il vantaggio patrimoniale di cui quest'ultimo può beneficiare consiste o

perano la società disponente<sup>(128)</sup>. Nei confronti di entrambi questi soggetti può esperirsi (purché ricorra il requisito soggettivo della consapevolezza) il rimedio restitutorio contro il beneficiario consapevole, che può surrogare l'esercizio della revocatoria nei confronti, per esempio, del creditore, qualora fallisca il garante.

Il rimedio restitutorio — avente un ambito di applicazione potenzialmente sovrapponibile all'area di esenzione dalla revocatoria —, pertanto, potrebbe costituire un deterrente rispetto al ricorso alle soluzioni stragiudiziali della crisi, per le quali il legislatore della riforma ha manifestato un netto *favor*<sup>(129)</sup>. Si tratta di un difetto di coordinamento fra riforma societaria e riforma fallimentare che rischia di produrre effetti antitetici rispetto alle linee guida della recente riforma organica delle procedure concorsuali, volte ad incentivare soluzioni negoziali delle crisi, a tal fine introducendo un “ombrello di protezione” dalla revocatoria per gli atti esecutivi dei piani di risanamento<sup>(130)</sup>.

Posto che i canoni di interpretazione della legge impongono di ricondurre a sistema le disposizioni potenzialmente confliggenti (nel presupposto dell'esistenza del legislatore razionale), l'elemento della fattispecie di responsabilità indennitaria in esame di cui ci si può avvalere per comporre tale contraddizione è l'assenza di giusta causa.

L'attuazione di una soluzione stragiudiziale della crisi, cioè, costituirebbe la *giusta causa* degli arricchimenti che si realizzano durante la sua esecuzione, a condizione che le previsioni dell'accordo siano —

nella concessione del credito stesso (se la garanzia è contestuale ed è quindi condizione per l'erogazione dello stesso), o in una dilazione di pagamento, o in una diminuzione del tasso di interesse (qualora il vantaggio sia corrisposto dal creditore non contestualmente alla concessione del credito). Ma il vantaggio attuale per il debitore consiste anche nel rafforzamento della sua credibilità, cosicché può ricevere credito (*ex novo* o ulteriore) e quindi godimento attuale di ricchezza (MASTROPAOLO, *I contratti*, cit., 97; SIMONETTO, *La fideiussione*, cit., 40).

<sup>(128)</sup> In quanto si restringe la sua capacità di soddisfare i propri creditori, che dovranno concorrere sul patrimonio della loro debitrice anche col creditore garantito. D'altronde in caso di garanzia personale, la società garante assume una ulteriore obbligazione. Cfr. MIOLA, *Le garanzie*, cit., 201 ss., ove le garanzie infragruppo sono proprio annoverate fra gli atti suscettibili di pregiudicare il patrimonio della società garante e quindi i suoi creditori. Questo è proprio il danno contro il quale sono tutelati i creditori ex art. 2497, 1 co., c.c. Sul problema in esame v. *amplius* BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., 414 ss.

<sup>(129)</sup> TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, in *Dir fall.*, 2006, 278.

<sup>(130)</sup> NIGRO, « Privatizzazione delle procedure concorsuali e ruolo delle banche », in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, 359 ss.; INZITARI, *L'abusiva concessione del credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Società*, 2007, 462. La riforma accoglie quindi, nell'introdurre una disciplina “bancocentrica”, i suggerimenti della dottrina proposti già vari anni fa da G. Rossi, *Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale*, in *Riv. soc.*, 1996, 321 ss.

al momento della conclusione e durante l'esecuzione — concretamente realizzabili ed idonee a prevenire o rimuovere lo stato di crisi <sup>(131)</sup>.

Occorre peraltro rilevare che l'affinità funzionale del rimedio di cui all'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c. e dell'azione revocatoria può anche determinare un effetto positivo. Si è parlato in dottrina di esenzioni “virtuali” dalla revocatoria, conseguenti al dimezzamento del nuovo periodo sospetto previsto dalla riforma: il sistema instaurato, considerata la durata media delle istruttorie prefallimentari italiane, rende l'esercizio delle revocatorie poco più che un miraggio. In pratica — si afferma — la revocatoria è stata privata di qualsiasi efficacia concreta, senza che siano stati introdotti rimedi alternativi, idonei a surrogare la funzione di tutela <sup>(132)</sup>.

In realtà, un simile strumento, almeno nell'ambito dei gruppi, esiste — per quanto rilevato sopra — ed è proprio l'azione contro il beneficiario consapevole.

#### 4.3. Segue: il significato sistematico del rimedio contro i beneficiari consapevoli dell'eterodirezione abusiva.

##### 4.3.1. La funzione residuale della responsabilità del beneficiario consapevole nel sistema di Konzernhaftungsrecht.

Nel passare alla riflessione in merito al significato sistematico dell'azione contro il beneficiario, credo sia indispensabile effettuare qualche richiamo a quanto detto in merito al rimedio contro i concorrenti al fatto lesivo.

Anche la previsione della responsabilità di chi abbia consapevolmente beneficiato dell'abuso di direzione e coordinamento condivide la funzione di “valvola di sicurezza” <sup>(133)</sup>, che connota l'intero primo capoverso dell'art. 2497 c.c.

Lo scopo della previsione in esame è quello di consentire un ampliamento “estremo” <sup>(134)</sup> della responsabilità nel gruppo, in quanto

<sup>(131)</sup> Nella disciplina del codice civile, il legislatore valuta come ingiustificato — e come tale fonte dell'obbligo restitutorio — il vantaggio economico conseguito a danno dei soci minoritari e dei creditori della società dominata. In caso di accordo di ristrutturazione, tuttavia, il bilanciamento di interessi contrapposti sotteso alla norma codicistica deve essere coordinato con quello recepito nella riforma fallimentare, che ha considerato l'acquisizione di vantaggi particolari da parte dei creditori aderenti all'accordo di ristrutturazione a discapito degli altri (e dei soci esterni della dominata) giustificata dall'interesse dell'ordinamento alla soluzione stragiudiziale della crisi. Sulla questione della ricostruzione del concetto di giusta causa in relazione alla responsabilità del beneficiario consapevole cfr. ANGELICI, *La riforma*, cit., 200; BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., 414 ss.

<sup>(132)</sup> GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 186 ss.

<sup>(133)</sup> CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 57.

<sup>(134)</sup> Interessante mi sembra riportare il parere di un autorevole esponente della



essa risulta capace di allargare ulteriormente il novero dei soggetti che possono essere convenuti, rispetto a quanto già reso possibile dalla previsione estremamente generica — e dunque suscettibili di un’applicazione ampia — contenuta nella prima parte del comma 2, dell’art. 2497 c.c.

Per renderlo figurativamente, il fenomeno determinato dalle due disposizioni appena citate è stato descritto come “trasmissione concentrica della responsabilità”<sup>(135)</sup> all’interno e all’esterno del gruppo. Nel senso che l’applicazione della responsabilità di “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo” e “chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio” conduce ad una *estensione progressiva* del novero dei soggetti tenuti al risarcimento dei danni ex art. 2497, 1 co., c.c.: si coinvolge in responsabilità — tramite il ricorso a due successive fattispecie aperte — oltre all’autore dell’abuso, anche il mero concorrente al fatto lesivo; ed inoltre, chi, passivamente, ma consapevolmente, abbia ottenuto un incremento patrimoniale privo di giusta causa.

L’azione contro il beneficiario svolge, sistematicamente, una funzione di *completamento e integrazione*<sup>(136)</sup>: essa “entra in gioco...nel momento in cui gli altri rimedi cessano dalla loro funzione protettiva”<sup>(137)</sup>, completando la tutela offerta dalle azioni risarcitorie aventi finalità prevalentemente sanzionatoria, di cui al 1 e al 2 comma, prima parte, dell’art. 2497 c.c.<sup>(138)</sup>.

commissione che ha elaborato il testo della riforma, secondo cui “...il secondo comma...effettivamente dà un’apertura enorme a chiunque abbia tratto beneficio”. Così GAMBINO, nel testo della seduta della commissione legislativa del 17 dicembre 2002, consultabile nel cd-rom allegato a AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Milano, Giuffrè, 2006. Interessante risulta anche l’osservazione di ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 340, il quale — riferendosi all’azione generale di arricchimento, ma con uno spunto trasponibile anche a quella in esame che ne è applicazione — afferma che il rimedio indennitario costituisce “l’estrema possibilità di ristoro in omaggio ad un’esigenza che è sì di giustizia..., ma che è anche espressione dell’oggettiva tendenza dell’ordinamento al controllo di ogni spostamento patrimoniale...” (corsivo aggiunto).

<sup>(135)</sup> CARIELLO, *Direzione*, cit., 1249.

<sup>(136)</sup> Significativamente — anche se anteriormente alla riforma — sembrano notare come la responsabilità indennitaria per arricchimento ingiustificato assuma un ruolo integrativo della semplice responsabilità risarcitoria sia LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 115, il quale rileva come in base alla previsione dell’art. 3, ult. comma, l. 95/1979, non sia possibile far valere la responsabilità degli amministratori di una società controllata che si sia avvantaggiata a danno di un’altra controllata. Con la responsabilità prevista da tale articolo si colpiscono coloro che hanno elaborato la politica da cui il sacrificio deriva, ma non si riesce a coinvolgere l’arricchito; sia PAVONE LA ROSA, *L’insolvenza*, cit., 1506.

<sup>(137)</sup> ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 340, il quale, propone una ricostruzione della funzione sistematica dell’art. 2041 c.c., analoga a quella proposta nel testo per l’art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c.

<sup>(138)</sup> Ha sostenuto la necessità di avvalersi ad un tempo di rimedi risarcitori e rimedi reintegrativi (azione di arricchimento) per un’adeguata tutela delle società del gruppo PAVONE LA ROSA, *L’insolvenza*, cit., 1506, che ripropone l’idea in vari scritti successivi.

In virtù di queste caratteristiche, la disposizione in esame diviene norma di chiusura <sup>(139)</sup> del sistema del *Konzernhaftungsrecht*.

In sostanza, nel sistema della responsabilità nel gruppo delineato dall'art. 2497 c.c., essa esplica una funzione parallela a quella propria dell'azione generale di arricchimento rispetto ai rimedi risarcitori di diritto comune. Così come l'azione ex art. 2041 c.c. è stata “formulata per coprire certi casi che sfuggono alle specifiche previsioni” <sup>(140)</sup>; anche il rimedio contro il beneficiario consapevole trova applicazione in ipotesi non riconducibili alle fattispecie che lo precedono <sup>(141)</sup>.

L'esistenza di un'obbligazione risarcitoria, infatti, presuppone che si possa addebitare ad un soggetto la responsabilità del danno cagionato ad altri. E nel nostro ordinamento l'addebito presuppone che il soggetto tenuto al risarcimento abbia contribuito causalmente alla produzione del danno <sup>(142)</sup>. Tale elemento non è, al contrario, richiesto per il rimedio in esame, che vede dunque esteso il proprio ambito di applicazione oltre i limiti propri della responsabilità (risarcitoria) prevista dalle disposizioni precedenti.

L'azione indennitaria, quindi, risulta capace di coinvolgere in responsabilità solidale soggetti, contro i quali non si dispone delle azioni — fondate su titoli diversi — di cui al 1 e al 2 co., prima parte dell'art. 2497 c.c., in quanto essi non hanno concorso causalmente al realizzarsi dell'evento lesivo, ma hanno, al contrario, mantenuto un atteggiamento “in un certo senso passivo” <sup>(143)</sup>. Tale rimedio consente, in pratica, di pervenire ad una ripartizione dei costi della politica di gruppo dannosa su un insieme di soggetti più ampio, di quello risultante dall'applicazione della (già estesa) clausola generale relativa alla mera partecipazione al fatto lesivo <sup>(144)</sup>.

<sup>(139)</sup> Qualifica l'art. 2041 c.c. come norma di chiusura dell'ordinamento, nel senso di norma “formulata per coprire casi che sfuggono alle specifiche previsioni”, SCHLESINGER, voce *Arricchimento*, cit., 1007.

<sup>(140)</sup> SCHLESINGER, voce *Arricchimento*, cit., 1007; DI PAOLA-PARDOLESI, voce *Arricchimento*, cit., 2, ove si afferma esplicitamente che “il legislatore, con scelta consapevole, ha rinunciato a fornirne (della fattispecie) una definizione; al contempo, non ha fatto mistero della volontà di varare un precetto ampio ed elastico, *bon à tout faire*: quasi una clausola di chiusura del sistema, da affiancare a quella dettata in materia di responsabilità civile”.

<sup>(141)</sup> BIANCA, *La responsabilità*, cit., 810; ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., *passim*.

<sup>(142)</sup> GUIZZI, *Partecipazioni*, cit., 256.

<sup>(143)</sup> Cfr. LIBONATI, *L'impresa*, cit., 286, il quale afferma che l'art. 2497, 2 co., c.c. “allarga la fattispecie a figure obiettivamente individuabili anche se subiettivamente neutre quanto all'azione compiuta”; ANGELICI, *La riforma*, cit., 146-147; BONFATTI, *La promozione*, cit., § 13, il quale, rispetto ai legittimati passivi ai sensi dell'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c., utilizza l'espressione di “spettatori interessati”; GUIZZI, *Partecipazioni*, cit., 256, che ritiene derivare tale responsabilità dal “solo fatto di essersi avvantaggiata a danno di altra società” (corsivo aggiunto).

<sup>(144)</sup> Così DAL SOGLIO, *Sub atr. 2497*, cit., 2334 e 2347.

D'altronde, solo riconoscendo all'azione in esame una simile funzione è possibile giustificare la previsione di un'ulteriore fattispecie di responsabilità che si affianca a quelle precedenti, nel rispetto del principio di economia dei rimedi <sup>(145)</sup>.

Concludendo, è possibile affermare che mentre il 2 comma, prima parte dell'art. 2497 c.c. svolge una funzione residuale rispetto alle condotte che hanno *causato* l'evento lesivo; il 2 comma, ultima parte, adempie una funzione *residuale* ovvero di *chiusura* rispetto alla responsabilità nel gruppo in generale, consentendo di sanzionare anche i soggetti avvantaggiati dall'eterodirezione *contra legem*.

#### 4.3.2. Segue: gli elementi “elastici” della fattispecie.

La funzione espansiva della responsabilità nel gruppo svolta dalla disposizione in esame si manifesta, inoltre, in relazione all'indennizzo che il beneficiario deve eventualmente corrispondere all'attore. L'indennizzo, infatti, è capace di comprendere — e quindi di costituire lo strumento per la restituzione del — l'arricchimento che pure non corrisponda ad un effettiva perdita di un altro soggetto e che, pertanto, non costituisce un valore computabile nella determinazione del risarcimento del danno <sup>(146)</sup>. Quest'ultimo non può svolgere alcuna funzione restitutoria, “appunto perché l'arricchimento del danneggiante non rileva per definizione né come danno emergente, né come lucro cessante del danneggiato ed è quindi escluso dall'oggetto dell'obbligazione risarcitoria ai sensi dell'art. 1223 c.c.” <sup>(147)</sup>. In tal modo la previsione dell'azione restitutoria *ex art. 2497, 2 co.*, ultima parte, c.c., a fianco dei rimedi risarcitori *ex art. 2497, 1 e 2 co.*, prima parte, c.c. che svolgono solo una funzione compensativa, soddisfa il principio di efficienza della

<sup>(145)</sup> Quale principio che impone di evitare un ingiustificato concorso di tutele. Cfr. ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 347. Il principio viene rispettato dal rimedio indennitario in esame, posto che esso fornisce una tutela diversa e aggiuntiva rispetto a quella propria delle azioni risarcitorie.

<sup>(146)</sup> Così SIRENA, *La restituzione*, cit., 65 ss., che pure ammette che tale affermazione non è pacifica in dottrina. Un'ipotesi nella quale il rimedio indennitario in esame potrebbe esplicitare la propria funzione integrativa della responsabilità risarcitoria nel contesto del gruppo potrebbe essere quella nella quale si verifici, in conseguenza dell'eterodirezione abusiva, la perdita di opportunità economiche da parte di una dominata a vantaggio di un'altra o la sottrazione ad una dominata di un mercato in cui la capogruppo decide che debba operare altra società. Il profitto lucrato in questo caso dal beneficiario non è formalizzabile concettualmente come il risarcimento di un danno se il futuro sfruttamento da parte dell'altra società dominata dell'opportunità economica o del mercato è meramente ipotetico (per indicazioni in tal senso cfr. la giurisprudenza e la dottrina relative alla sfruttamento abusivo della proprietà intellettuale contenuta in SIRENA, *La restituzione*, cit., 67 nt. 6). Se ne potrà però chiedere la restituzione tramite il rimedio restitutorio.

<sup>(147)</sup> SIRENA, *La restituzione*, cit., 67 ss. e 82; CARUSI, *Principio*, cit., 80.

responsabilità civile, ossia consente di realizzare pienamente le “finalità preventive e deterrenti dell’illecito”<sup>(148)</sup>.

La fattispecie del beneficiario consapevole deve, poi, la propria elasticità — e, dunque l’ampia capacità espansiva che gli si attribuisce — al fatto che essa “non si caratterizza in base ad elementi intrinseci”, ma per le conseguenze economiche di un fatto: lo spostamento patrimoniale non giustificato da un interesse meritevole di tutela<sup>(149)</sup>.

D’altro canto, come già accennato, la volontà del legislatore di attribuire alla disposizione in esame tale ampia capacità espansiva è testimoniata anche dalla particolare configurazione assunta da due presupposti essenziali del rimedio contro l’arricchimento ingiustificato<sup>(150)</sup>.

Per quanto concerne l’assenza di giusta causa, già si è detto che a tale presupposto viene riconosciuta<sup>(151)</sup> la funzione di delimitare ragionevolmente i casi di ricorso all’azione, impedendo che questa divenga un rimedio idoneo “a costituire un rifacimento di tutto l’ordinamento giuridico...”<sup>(152)</sup>. Funzione che tale elemento esplica a seconda del significato attribuitogli, sul quale sussiste una profonda incertezza.

Nei rapporti infragruppo, la presenza di un atto di autonomia privata che dà titolo allo spostamento patrimoniale non esclude l’esperibilità del rimedio. Pertanto, al restringimento del concetto di “giusta causa” rispetto all’azione di indennizzo di cui all’art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c., corrisponde un *ampliamento dei limiti di ammissibilità del controllo sugli spostamenti di ricchezza nel gruppo*.

Inoltre, la mancata identificazione della giusta causa con un titolo giuridicamente idoneo alla produzione dell’effetto traslativo attribuisce all’azione in esame una funzione ulteriore: quella di strumento di controllo degli spostamenti patrimoniali<sup>(153)</sup> realizzati da atti di autonomia negoziale assolutamente validi ed efficaci, che non giustifi-

<sup>(148)</sup> Così in relazione all’indennizzo in generale SIRENA, *La restituzione*, cit., 82.

<sup>(149)</sup> Si riprendono le osservazioni effettuate in relazione all’art. 2041 c.c., da SCHLESINGER, voce *Arricchimento*, cit., 1007 (cui si riferisce il virgolettato) e BRECCIA, *L’arricchimento*, cit., 985, n. 35, i quali fanno riferimento alle parole della Relazione della Commissione reale al progetto preliminare del codice del 1936, 27-28, che afferma come “il precetto che nessuno deve arricchirsi senza legittima causa a danno di altri è uno di quei precetti ampi ed elastici, che è bene siano formulati in un codice...”. V. anche ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 378, per cui la responsabilità da arricchimento consegue ai riflessi economici di un fatto, che, inteso come comportamento del soggetto, può configurarsi in qualunque modo.

<sup>(150)</sup> Tale particolare configurazione corrisponde, pertanto, a due profili di diversità riscontrabili fra l’azione generale di arricchimento e il rimedio contemplato all’art. 2497, 2 co., c.c., che pure è espressione del medesimo principio.

<sup>(151)</sup> Fin dalle osservazioni di ROTONDI, *L’azione di arricchimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, 392.

<sup>(152)</sup> TRABUCCHI, voce *Arricchimento*, cit., 66 ss.

<sup>(153)</sup> NICOLUSSI, *Lesione*, cit., 431.

chino, però, i loro effetti economici sul piano sostanziale. Ciò in quanto l'atto negoziale realizza uno scambio che danneggia gli interessi protetti dall'art. 2497, 1 co., c.c.

In merito al carattere della sussidiarietà, il tenore letterale e la *ratio* della disposizione in esame depongono certamente nel senso della disapplicazione della stessa intesa nella sua forma più rigorosa (*id est* in astratto); e, probabilmente — se si accoglie la riflessione svolta sopra —, anche della sussidiarietà considerata in concreto.

La dottrina civilistica sembra orientata a considerare la sussidiarietà non come un carattere connaturale dell'azione di arricchimento, ma piuttosto come uno strumento (ulteriore rispetto al requisito della giusta causa) per limitarne l'utilizzo<sup>(154)</sup>. Pertanto, qualora se ne ammetta la disapplicazione nel gruppo, sarà possibile sfruttare *a pieno la potenzialità espansiva insita nel principio di indebito arricchimento*, evitando l'emersione di qualunque vuoto di tutela nei confronti dei soggetti protetti dalla nuova disposizione.

In conclusione, in ordine all'introduzione di una previsione che si configura quale norma di chiusura del sistema della responsabilità nel gruppo non può che ripetersi quanto già puntualizzato in merito alla responsabilità dei concorrenti al fatto lesivo: la funzione sistematica della responsabilità dei beneficiari consapevoli deve ricercarsi nell'esigenza di apprestare una tutela *sostanziale* dei danneggiati, tale, cioè, da assicurare loro un risarcimento effettivo<sup>(155)</sup>. In altri termini, è possibile affermare che la previsione di un rimedio aggiuntivo rispetto a quello contemplato dalle disposizioni precedenti (art. 2497, 1 e 2 co., prima parte, c.c.) soddisfa un'esigenza di garanzia (in senso atecnico) del reale ristoro del pregiudizio patito dai soci e dai creditori dell'eterodiretta, in quanto offre loro la possibilità di coinvolgere in responsabilità una serie potenzialmente molto ampia di soggetti per titoli differenti.

<sup>(154)</sup> V. ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 332 ss., il quale afferma che la propensione della scienza giuridica italiana per un'interpretazione estremamente restrittiva dei requisiti dell'azione di arricchimento ha trovato il suo terreno più fertile proprio nel disposto dell'art. 2042, c.c.; ASTONE, *L'arricchimento*, cit., 214 e 235.

<sup>(155)</sup> Per il rilievo secondo cui la previsione della responsabilità dei beneficiari consapevoli (come riportato anche in merito alla responsabilità dei concorrenti) soddisferebbe l'intento di rafforzare la tutela risarcitoria individuale dei soci e dei creditori sociali della dominata, v. GUERRERA, *La responsabilità* cit., 144; GUIZZI, *Partecipazioni*, cit., 255, il quale nell'affermare come la responsabilità delineata dall'art. 2497, 1 co., c.c., costituisca una tutela forte delle ragioni dei soci, aggiunge che essa “viene poi ad essere ulteriormente potenziata...dalla previsione di una responsabilità della società che ha tratto profitto dall'esercizio della direzione unitaria, per il solo fatto di essersi avvantaggiata a danno di altra società”. Per l'attribuzione di una simile funzione sistematica anche all'azione generale di arricchimento v. ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 340.

Il che pare dimostrato anche dalle caratteristiche intrinseche dei rimedi indennitari, cui l'azione in esame è riconducibile. Essi consentono di colpire l'arricchimento ingiustificato prodottosi nel patrimonio altrui a spese dell'attore. Come tale, l'azione contro i beneficiari consapevoli permette di aggredire il travaso di valori patrimoniali determinato dall'eterodirezione abusiva, agendo contro quei soggetti *presso i quali la ricchezza è stata allocata* dalle scelte strategiche della capogruppo, in modo da consentire con elevato margine di probabilità il ristoro dell'impovertimento.

Una previsione (di responsabilità) avente tali connotati è pienamente coerente con la configurazione della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento come *Schutzrecht*, ovvero come una previsione normativa articolata, anzitutto, in termini di *Konzernhaftungsrecht* e connotata da una *Schutzfunktion* <sup>(156)</sup>.

#### 4.3.3. La funzione deterrente dell'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c.

Occorre, comunque, sottolineare che l'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c. esplica una funzione anche in relazione a quei soggetti che potenzialmente possono avvantaggiarsi dell'abuso di direzione e coordinamento. Si tratta, in particolare, della funzione deterrente nei confronti dell'arricchito, fondata sul brocardo *neminem cum alterius detrimento fieri locupletiore* <sup>(157)</sup>.

Tale funzione risulta essere particolarmente rilevante in relazione alla caratteristica peculiare della fattispecie in esame, la quale richiede che ci si avvantaggi "consapevolmente" dell'attività di direzione e coordinamento scorretta. L'elemento soggettivo della consapevolezza riguarda certamente non solo la fonte dalla quale l'arricchimento proviene (l'eterodirezione abusiva), ma anche — anzi, preliminarmente — l'acquisizione dell'arricchimento stesso. Pertanto, la possibilità di incorrere nella responsabilità prevista dall'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c., dovrebbe dissuadere il potenziale beneficiario *consapevole* dal te-

<sup>(156)</sup> Il rilievo per cui la nuova disciplina del capo IX è, principalmente, strutturata come espressione di una *Haftungsrechtspolitik*, in quanto volto all'adozione di regole di *konzernspezifische Haftung* è comune a CARIELLO, *Direzione*, cit., 1251 e n. 8; TOMBARI, *Riforma*, cit., 1082 ss., il quale propone tuttavia anche una lettura del capo IX tale da potervi ricavare principi di *Organisationsrecht*; Relazione illustrativa del decreto 6/2005. Per la dottrina tedesca, relativamente alla disciplina dei gruppi dell'AktG del 1965 MÜLBERT, *Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht-Bemerkungen zum BGH Beschluss vom 17.3.1997 - II ZB/96*, in *ZHR*, 1998, 20 ss.; SCHMIDT, *Konzernunternehmen, Unternehmensgruppe und Konzern-Rechtsverhältnis*, in *Testschrift für M. Lutter zum 70. Geburtstag*, Köln, 2000, 1167 ss.

<sup>(157)</sup> Per uno spunto in tal senso, in relazione all'art. 2041, ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 371.

nere una condotta che potrebbe procurargli un vantaggio ingiustificato a spese di qualche società del gruppo <sup>(158)</sup>.

<sup>(158)</sup> Si pensi, per es., agli amministratori di una società del gruppo che potrebbero, a seguito di un'operazione che comporti un incremento dell'utile di quest'ultima, vedere incrementata la loro remunerazione, parametrata proprio agli utili di esercizio. Nei confronti di tali soggetti potrebbe esplicare una funzione deterrente (nel senso di disincentivarli dal partecipare all'operazione per ipotesi scorretta per altra società) non solo la responsabilità per aver preso parte al fatto lesivo, ma anche — e anche nell'ipotesi in cui per qualsivoglia motivo la prima non sia esperibile — il rimedio contro i beneficiari consapevoli.

## CAPITOLO IV

### LA RESPONSABILITÀ DELLA PERSONA FISICA *HOLDING*

SOMMARIO: 1. Verifica dell'esistenza di una norma espressa capace di disciplinare la fattispecie. — 1.1. Premessa. — 1.2. La rilevanza della persona fisica *holding* come fattispecie concreta. — 1.3. *Segue*. — 1.4. Accertamento, rispetto all'ipotesi della *holding*-persona fisica, di una fattispecie astratta giuridicamente rilevante. — 1.4.1. *Segue*: le innovazioni introdotte dalla riforma fallimentare in ordine alla fallibilità in estensione del socio unico. — 1.4.2. Conclusioni. — 1.5. La persona fisica *holding* nell'ordinamento tedesco. — 1.6. Ricerca di una disciplina per la fattispecie astratta della *holding*-persona fisica: l'argomento a contrario. — 1.7. Il 2 co., prima parte, dell'art. 2497 c.c. Inidoneità di una responsabilità a titolo di concorso a perseguire la *holding*-persona fisica. — 1.8. *Segue*: il 2 co., prima parte, dell'art. 2497, c.c. L'inadeguatezza di una responsabilità accessoria a disciplinare la responsabilità della capogruppo individuale. — 1.8.1. Ipotesi nelle quali è possibile imputare la responsabilità *ex art.* 2497, 1 co., c.c. ad un ente collettivo. — 1.8.2. Ipotesi in cui non sia possibile imputare ad un ente collettivo la responsabilità per abuso di eterodirezione. — 1.8.5. L'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c. — 1.9. *Segue*: l'utilizzo delle clausole generali di responsabilità. — 1.9.1. Il ricorso alla clausola generale della responsabilità aquiliana per risarcire i soci. — 1.9.2. *Segue*: e per risarcire i creditori. — 1.9.3. La responsabilità *ex art.* 1218. — 1.9.4. Ulteriori obiezioni contro l'applicazione alla responsabilità della *holding* personale della disciplina di diritto comune. — 1.10. Conclusioni sull'esito della ricerca di una norma alternativa all'art. 2497, 1 co., c.c., per disciplinare la responsabilità della capogruppo individuale. — 2. L'interpretazione costituzionalmente orientata come criterio decisivo per individuare il trattamento da riservare alla capogruppo-persona fisica. — 2.1. Premessa. — 2.2. L'analogia come unica soluzione "interpretativa" costituzionalmente legittima. — 2.3. *Segue*: conseguenze applicative. — 2.4. Un'osservazione conclusiva. — 3. L'accertamento dell'identità di *ratio*. — 3.1. Il rilievo, per accertare l'identità di *ratio*, della funzione di *Schutzrecht* dell'art. 2497. — 3.2. Il rilievo, per accertare l'identità di *ratio*, dell'attività. — 3.3. la rilevanza dell'attività nel parallelo con la teoria dell'amministratore di fatto. — 3.4. Le indicazioni ricavabili dalla riflessione dottrina in merito alla responsabilità da direzione unitaria nella l. 270/1999. — 4. L'assenza di limitazioni al ricorso all'analogia. — 5. Le indicazioni emergenti dai lavori preparatori e dall'interpretazione storico-sistemica.

#### 1. *Verifica dell'esistenza di una norma espressa capace di disciplinare la fattispecie.*

##### 1.1. *Premessa.*

L'art. 2497 c.c., fin dall'*incipit*, pone all'interprete un problema ermeneutico concernente l'ambito soggettivo di applicazione della re-



sponsabilità per attività di direzione e coordinamento *contra legem*: al 1 comma, infatti, tale disposizione individua quali legittimati passivi all'azione risarcitoria (esperita dai soci o dai creditori della società controllata) esclusivamente “le società o gli enti”.

La formula divenuta legge è frutto di una modifica — di poco precedente l'entrata in vigore del decreto legislativo — allo schema approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, il quale utilizzava, per individuare i soggetti responsabili, il generico pronome “chi” <sup>(1)</sup>.

La versione originaria della disposizione induceva a ritenere che anche una persona fisica potesse esercitare l'attività di direzione e coordinamento e, di conseguenza, risultare responsabile per il danno arrecato ai soci esterni o ai creditori della società eterodiretta <sup>(2)</sup>.

La modifica determina, invece, il restringimento del novero dei legittimati passivi all'azione di responsabilità ai soli enti collettivi — società <sup>(3)</sup>, associazioni, fondazioni, enti pubblici — escludendone gli individui <sup>(4)</sup>.

Il problema che si pone all'interprete è verificare quale debba essere la disciplina da applicare all'attività di direzione e coordinamento abusiva, quando esercitata da una persona fisica <sup>(5)</sup>.

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

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

<sup>(3)</sup> Probabilmente di qualsiasi tipo, a prescindere, cioè, dal requisito della personalità giuridica. Cfr. CARIELLO, *Direzione*, cit., 1249 nt. 55, il quale preferisce interpretare estensivamente il termine società “in ragione di una consapevole non restrizione legislativa dei tipi societari ritenuti suscettibili di esercitare attività di direzione e coordinamento e di essere destinatari delle disposizioni che tale attività sono chiamate a regolare”; M. RESCIGNO, *Eterogestione*, cit., 333; GUGLIEMUCCI, *La responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Dir. fall.*, 2004, cit., 42, ove ci si interroga — prediligendo una risposta negativa — anche sulla possibilità di comprendere fra le società quelle di fatto.

<sup>(4)</sup> Che l'indicazione relativa alla modificazione del tenore dello schema di decreto legislativo sia stata fatta oggetto di una nota della presidenza del Consiglio dei Ministri non è certo un segreto. Sulle motivazioni della correzione si interrogano PORTALE, *Riforma delle società e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. giur.*, 2003, 147; D'ALESSANDRO, *Società per azioni*, cit., 43. Per una spiegazione della limitazione ai legittimati passivi da parte del legislatore che prescinde da motivi contingenti concernenti la fase di gestazione del nuovo articolato, si rimanda a VALZER, *La responsabilità*, cit., 236 ss.

<sup>(5)</sup> Occorre puntualizzare, in apertura della presente riflessione, come essa abbia ad oggetto l'ipotesi in cui la persona fisica sia *titolare* ed *eserciti* l'attività di direzione e coordinamento, cioè quell'attività che connota lo *status* di *holding* (per maggiori approfondimenti v. sopra cap. II). L'idea di partenza è quella secondo cui sia possibile ricostruire una scala crescente di influenza gestoria, che va “dalla (episodica) induzione all'inadempimento dei doveri incombenti agli amministratori della controllata, alla avocazione « organizzata » di importanti aree della funzione gestoria, alla (sistematica) inge-

Tale problema riguarda direttamente l'oggetto del presente la-

renza « di fatto » nell'amministrazione della società" (GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 133 nt. 71). Affinché il socio persona fisica sia qualificabile come *holding* occorre non soltanto che costui vanti il controllo di una società, ma, in aggiunta, anche la sua autonoma imprenditorialità (che potrebbe derivare sia dal fatto che di per sé il socio di controllo eserciti direttamente un'attività imprenditoriale, sia dal fatto che il socio dominante di una società A abbia una posizione di influenza anche su un'ulteriore società B (seguendo l'elaborazione propria della dottrina e della giurisprudenza tedesca su cui cfr. RONDINONE, *I gruppi*, cit., 326 ss.; GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 141; MAUGERI, *Partecipazione*, cit., 284; e oltre, nel testo, ove si espone la tesi proposta in Germania da ZÖLLNER, *Il concetto di impresa nel diritto dei gruppi*, (trad. it.), in *Riv. soc.*, 1978, 17 ss. e 23 ss. e recepita dalla Suprema corte tedesca)) oltre all'effettivo esercizio di un'attività di direzione e coordinamento. Mi sembra, quindi, possibile affermare che la non assunzione della qualifica di *holding* da parte del socio di controllo possa dipendere:

— dall'impossibilità di accertare un suo interesse imprenditoriale autonomo ed esterno alla società controllata, (nonostante lo stesso eserciti effettivamente la propria influenza dominante, in modo da assumere il governo dell'impresa). Il che può dipendere dalla non imputabilità diretta al socio di un'attività imprenditoriale o dal fatto che la sua influenza dominante, effettivamente esercitata, sia circoscritta ad un'unica società (cosicché verrebbe a mancare il requisito dell'interesse imprenditoriale, secondo la tesi elaborata nell'ordinamento tedesco. V. sopra; e cfr. GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 122 ss., e 343 ss.; MAUGERI, *Partecipazione*, cit., 284 ss., il quale afferma che affinché si applichi la disciplina del gruppo occorre essere in presenza di "un ente portatore di interessi di impresa". Ove ci si trovi di fronte ad un azionista di controllo che eserciti l'eterodeterminazione del potere degli amministratori o del comitato esecutivo di una società monade (cfr. M. COSSU, *Società aperte e interesse sociale*, Torino, 2006, 270), senza che tale attività sia animata dallo scopo di privilegiare il suo interesse imprenditoriale, il conflitto socio-società può essere agevolmente governato con i tradizionali strumenti del diritto societario comune; MÜLBERT, *Unternehmensbegriff*, cit., 1 ss. e 31 ss, secondo il quale "agli azionisti che partecipano in una sola società non può mai spettare la qualità di impresa"; in senso contrario, ossia ritenendo applicabile la disciplina del capo IX del c.c. anche in caso di dominio di un'unica società BUSSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità*, cit., 80 ss.);

— dal fatto che il socio di controllo non eserciti effettivamente la propria influenza dominante, ma si limiti ad amministrare le proprie partecipazioni (cfr. per tutti, da ultimo, MAUGERI, *Partecipazione*, cit., 287; MÜLBERT, *Unternehmensbegriff*, cit., 52; OLG Stuttgart, 12 maggio 1999, in *AG*, 2000, 229, 231; cui adde G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia*, cit., 39 ss.);

— dal fatto che per integrare la fattispecie di cui all'art. 2497, 1 co., c.c. occorre che possa configurarsi un'attività, cioè una pluralità di atti teleologicamente indirizzati ad uno scopo, mentre non risulta sufficiente un singolo atto o singoli atti sporadici, seppure capaci di influenzare la gestione del gruppo (per uno spunto cfr. MONTALENTI, *Direzione*, cit., 321; la distinzione fra "la compartecipazione episodica — in forma di induzione, cooperazione o agevolazione — a singoli, seppure gravi, atti di mala gestione degli amministratori e l'esercizio sistematico di un potere oppressivo di indirizzo e di controllo sull'attività degli organi legittimamente nominati" è chiaramente affermata in GUERRERA, *Gestione "di fatto"* cit., 175 nt. 136). Cfr. sul punto anche G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia*, cit., 166 nt. 5, ove si afferma che "per holding o capogruppo individuale (si intende) il vertice organizzativo del gruppo, il soggetto a cui giuridicamente si imputa l'attività di coordinamento del gruppo e che pertanto è concettualmente distinto dal socio di comando della società capogruppo, titolare di un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria di quest'ultima. Ove si negasse questa distinzione (e la titolarità dell'influenza dominante fosse reputata sufficiente a far assumere la qualifica di holding), « capogruppo finirebbe per essere considerata sempre una persona fisica (o tutt'al più, varie persone fisiche riunite in sindacato di voto) »" (l'autrice riprende nel virgolettato il pensiero di Corsi, *Lezioni di diritto dell'impresa*, Milano, 1992, 171). In senso contrario si pronuncia invece RONDINONE, *I gruppi*, cit., 415.

voro, in quanto la dottrina largamente maggioritaria ritiene di poter ovviare alla restrittiva individuazione dei legittimati passivi ex art. 2497, 1 co., c.c. imputando alla *holding* individuale la responsabilità di “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo” prevista al 2 comma prima parte della medesima disposizione. Esso, pertanto, atiene alla ricostruzione dell’ambito di applicazione — sotto il profilo dei legittimati passivi — di quest’ultima disposizione oltre che di quella contenuta nel comma precedente.

Nell’affrontare tale questione, la seguente indagine si articolerà in una *pars destruens*, volta a verificare l’applicabilità di norme dell’ordinamento diverse dall’art. 2497, 1 co., c.c. all’ipotesi in esame; e in una *pars costruens* dedicata invece alla dimostrazione del perché l’estensione analogica di tale ultima disposizione paia costituire l’unico alternativa praticabile per risolvere il problema <sup>(6)</sup>.

### 1.2. *La rilevanza della persona fisica holding come fattispecie concreta.*

Prima di esaminare quale soluzione applicare alla fattispecie concreta della persona fisica che eserciti un’attività di direzione e coordinamento, pare logicamente pregiudiziale verificare se la questione possa rivestire un qualche interesse sul piano pratico. Se, cioè, si tratti di una fattispecie suscettibile di ricorrere nella realtà con una frequenza tale da non dover essere relegate fra i problemi la cui indagine divenga mero esercizio speculativo <sup>(7)</sup>.

<sup>(6)</sup> Nota CARIELLO, *La pubblicità*, cit., 473, sebbene in riferimento all’articolo 2497-bis c.c. che “a prescindere dalle espressioni utilizzate dal legislatore, non si può escludere a priori la praticabilità di percorsi argomentati che derivino dal procedimento analogico... un’applicazione di singole disposizioni contemplate nel capo IX anche laddove l’attività di direzione e coordinamento sia esercitata, disponendone, da un soggetto non entificato”. Per la possibile applicazione dell’art. 2497, 1 co., c.c. a qualsiasi soggetto “che sia titolare di poteri all’interno dell’organizzazione societaria” v. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazione di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, RDS, 2009, 204. Alla soluzione dell’estensione analogica alla capogruppo persona fisica della disciplina di cui all’art. 2497, 1 co., c.c. sono pervenuti — indipendentemente dal presente lavoro — VALZER, *La responsabilità*, cit., 199, in part., 226 ss. e PRESTIPINO, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2011, 105 ss., lavori dei quali si è potuto tener conto soltanto dopo che la presente riflessione era terminata.

<sup>(7)</sup> Sono grato per lo spunto alle seguenti osservazioni alla Prof.ssa G. SCOGNAMIGLIO. Sulla questione v. anche le interessanti osservazioni (che invero riprendono spunti già prima della riforma proposti dalla dottrina interrogatasi sulla possibilità di configurare anche la persona fisica come holding (v. di seguito)) di VALZER, *La responsabilità*, cit., 229, secondo il quale la scelta finale compiuta dal legislatore (confermata anche da alcuni passaggi dei lavori preparatori sui quali v. il prgr. ad essi dedicato) delinea un “« modello » di gruppo di società coerente con quanto tipicamente accade

Induce a porsi tale interrogativo il rilievo — già formulato prima della riforma — per cui “ciò che rende la fattispecie in esame diversa rispetto a quelle testualmente previste (società ed enti) è la circostanza che, rispetto alla persona fisica, è più difficile, in base ai dati offerti dalla realtà empirica, che l’interferenza o l’influenza sulla gestione della società controllata si sollevi al piano dell’ (o si iscriva nell’) esercizio programmatico di un’attività, intesa come serie di atti teleologicamente orientati; o per lo meno è più difficile che di un siffatto programma di attività si abbia un’evidenza esterna, quale può essere costituita, nel caso della società o dell’ente dalla dichiarazione statutaria di un determinato oggetto sociale, che ben può consistere... nell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento” (corsivi aggiunti) (8). Essendo l’effettivo esercizio dell’attività di eterodirezione condizione imprescindibile dell’applicazione della disciplina dell’articolo di apertura del capo IX, è evidente che — qualora quanto appena detto fosse vero — la mancata percezione dello stesso da parte dei soci minoritari e dei creditori delle società dominate precluderebbe la possibilità di far valere la responsabilità *ex art.* 2497, 1 co., c.c.; rendendo, perciò, inutile verificare se essa possa essere estesa oltre l’ambito di applicazione definito dal tenore letterale della norma (società o enti).

Ancora, si è rilevato che “[è] più difficile che si abbia un’adeguata documentazione delle strategie gestionali di gruppo che la persona fisica capogruppo intende attuare e si tenga un’adeguata contabilità degli eventuali danni e dei relativi vantaggi compensativi, con la conseguenza che sarebbe probabilmente molto complicata altresì la fruizione del “privilegio del gruppo” che, come si è constatato, l’art. 2497 comma 1 ricollega all’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento” (9). Ciò potrebbe indurre a ritenere che, in mancanza dell’applicabilità della regola “puoi danneggiare, a condizione che si provveda affinché il danno sia *aliunde* compensato” (10), venga meno l’incentivo a costituire un gruppo con al vertice una persona fisica.

nella realtà”; tuttavia — prosegue l’autore — tale scelta non preclude la possibilità che il gruppo sia strutturato con al vertice una persona fisica.

(8) G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, cit., nella riflessione della quale mi pare di cogliere l’eco dell’osservazione di LIBONATI, *Partecipazione in società ed esercizio di attività economica in forma di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, 552 ss.

(9) G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, cit.

(10) G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, cit., 14, la quale rileva che si tratta di una regola sicuramente più favorevole all’agente della regola che si esprime nel divieto puro e semplice di cagionare danno ad altri. Si aggiunge qui anche che la regola dei vantaggi compensativi, che sicuramente costituisce un regime di favore per coloro che possono rientrare nella fattispecie prevista dall’art. 2497, 1 co., c.c., è più favorevole anche della regola della *compensatio lucri cum damno*, ritenuta dalla dottrina civilistica di applicazione generale, ma che ha requisiti applicativi molto stringenti (la compensa-

A parte il fatto che tali difficoltà sono state ridimensionate dalla stessa autrice che le ha rilevate <sup>(11)</sup>, mi pare che l'insufficienza delle medesime a sminuire il rilievo pratico della fattispecie della capogruppo individuale sia dimostrato dalla casistica giurisprudenziale <sup>(12)</sup>: è sufficiente scorrere un repertorio giuridico per rendersi conto che i giudici sono stati ripetutamente investiti di controversie nelle quali ricorreva la fattispecie della persona fisica-*holding*.

E a tale esito non ha costituito un ostacolo:

— né la circostanza che la persona fisica, per sua natura, non svolga un'attività programmata *ex ante* al pari degli enti collettivi;

— né la difficoltà in merito all'accertamento di un adeguato apparato organizzativo, necessario, fra l'altro, a consentire l'operatività del meccanismo dei vantaggi compensativi, specialmente se intesi in un'accezione c.d. “ragionieristica” <sup>(13)</sup>. È vero, infatti, che il requisito dell'organizzazione relativo all'esercizio dell'attività nel caso della persona fisica-*holding* deve essere specificamente dimostrato, non potendo essere desunto dalla forma societaria <sup>(14)</sup>. Ma — almeno a livello di affermazione di principio — la giurisprudenza non ha mai dubitato che la *holding* personale possa “operare...attraverso un'organizzazione...” <sup>(15)</sup>. Anzi, alcune sentenze dimostrano di accogliere una no-

zione del danno deve provenire da effetti vantaggiosi dello stesso atto lesivo). Su quest'ultima regola v. *infra*.

<sup>(11)</sup> G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, cit., 25.

<sup>(12)</sup> Lo rileva, nell'affermare che la presenza di una società nel ruolo di *holding* non pare connaturato alla struttura del gruppo, GUIZZI, *Partecipazioni*, cit., 209. A parte le sentenze che si citeranno di seguito, ove ne ricorrerà la necessità, risulta particolarmente rilevante Cass., 18 novembre 2004, n. 10688, la quale ammette incidentalmente la configurabilità di una persona fisica-*holding* anche in relazione alla nuova disciplina di diritto societario; e Cass., 29 novembre 2006, n. 25275, consultabile in *De jure*, ove si legge “questa Corte ha più volte statuito che è configurabile una c.d. “holding” di tipo personale allorché una persona fisica, che sia a capo di più società di capitali in veste di titolare di quote o partecipazioni azionarie, svolga professionalmente, con stabile organizzazione l'indirizzo, il controllo ed il coordinamento delle società medesime (non limitandosi così al mero esercizio dei poteri inerenti alla qualità di socio)...”.

<sup>(13)</sup> V. da ultimo sulle due possibili versioni della teoria dei vantaggi compensativi G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, cit., prgr. 6 e ss., alla quale, come già sopra detto, si deve la constatazione che l'applicazione del privilegio della esimente dei vantaggi compensativi richiede comunque, per poterne fruire, una adeguata organizzazione contabile (sono debitore al riguardo degli spunti ricevuti oralmente dall'autrice).

<sup>(14)</sup> Così FARINA, *Società holding, holding personale e attività d'impresa*, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2928 ss., e TRENTINI, *Qualità della holding ed assoggettabilità a fallimento*, in *Fallimento*, 2003, 614, sebbene entrambi con riferimento al requisito organizzativo richiesto, in relazione all'attività, dall'art. 2082 c.c.

<sup>(15)</sup> Così Trib. Genova, 26 settembre 2005, in *Società*, 2006, 321, il quale cita al riguardo, quali precedenti conformi, Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 713; Cass., 9 agosto 2002, n. 12113, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3077; Cass., 13 marzo 2003, n. 3724, in *Giur. piem.*, 2003, 378. Il parallelo che si instaura nel testo fra il requisito dell'organizzazione relativo all'attività prescritto dall'art. 2082 c.c. (cui si riferiscono le sentenze edite in materia di persona fisica *holding*) e quello cui fa riferimento G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, cit., ai fini dell'operatività del meccanismo dei

zione di organizzazione estremamente ampia. In particolare si è rilevato che l'organizzazione imprenditoriale autonoma "non dovrebbe essere ritenut[a] necessari[a], poiché, almeno nella *holding* pura, l'imprenditore *holder* si avvale senza intermediazioni dei mezzi costituiti dalle imprese da lui dirette e coordinate..."<sup>(16)</sup>. Se si condivide tale impostazione, si può ammettere che l'organizzazione non rappresenti un requisito capace di distinguere le fattispecie concrete suscettibili o meno di essere ricondotte alla previsione dell'art. 2497, 1 co., c.c.

A quanto osservato dalla giurisprudenza, inoltre, si può aggiungere un ulteriore rilievo, teso anch'esso a smentire che la presenza di un'organizzazione contabile valga, nei casi concreti, a limitare il ricorrere (e, dunque, l'importanza di occuparsi) della *holding*-persona fisica.

Quand'anche non si condivida la possibilità per la capogruppo individuale di avvalersi dell'apparato organizzativo delle società dominate, anche al fine di effettuare le rilevazioni contabili necessarie all'operare del meccanismo dei vantaggi compensativi, ad un risultato analogo è possibile comunque pervenire tramite la stipulazione dei c.d. *management contracts*, molto diffusi nei paesi anglosassoni. La dottrina<sup>(17)</sup> ha, infatti, rilevato che l'accentramento che essi determinano può avere per oggetto le funzioni in materia contabile, di strategia finanziaria, di programmazione aziendale (ovvero tutte funzioni attinenti all'operatività dei vantaggi compensativi); e che tale accentramento può essere localizzato non necessariamente nella capogruppo, bensì anche in una società del gruppo, magari totalitariamente partecipata<sup>(18)</sup>.

### 1.3. Segue.

In un recente contributo dottrinale è stata anche proposta la tesi secondo la quale "il legislatore [della riforma del diritto societario] ha inteso riservare [tramite la previsione dell'art. 2497, 1 co., c.c.] lo svolgimento dell'attività imprenditoriale di direzione e coordinamento

vantaggi compensativi risulta avvalorato dal fatto che quest'ultima fa riferimento ad una "adeguata contabilità" e certamente dell'organizzazione imprenditoriale *ex art.* 2082 c.c. come ricostruita dalla dottrina fanno parte anche i "modelli procedurali contabili" (CORSI, *Lezioni*, cit., 35).

<sup>(16)</sup> V. Trib. Padova, 2 novembre 2001, in *Società*, 2002, 588, la quale addirittura arriva ad affermare che alla persona fisica *holding* non serve più che "un telefono cellulare"; Cass., 13 marzo 2003, n. 3724, cit.; Trib. Napoli, 8 gennaio 2007, in *Fallimento*, 2007, 407.

<sup>(17)</sup> MONTALENTI, *La traslazione*, cit., 436 ss.

<sup>(18)</sup> MONTALENTI, *La traslazione*, cit., 442; DACCÒ, *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, Milano, 2002, 7.

di società a soggetti diversi dalle persone fisiche”. In altre parole — si afferma — la disciplina del nuovo capo IX del codice civile novellato sarebbe espressione di “un deciso ed inequivocabile intento di cancellare per sempre la figura della *holding* personale” (19).

Se ciò fosse vero, non avrebbe senso interrogarsi sul trattamento normativo da applicare all’attività di eterodirezione contraria ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale (secondo la fattispecie oggetto dell’art. 2497, 1 co., c.c.) posta in essere da un individuo.

In realtà l’opinione appena citata pare criticabile sotto almeno due profili.

L’intento del legislatore di escludere la configurabilità della persona fisica-*holding* è desunto sia dall’eliminazione, nella disciplina del capo IX, di qualunque espressione lessicale cui possano essere ricondotti i soggetti individuali (20); sia dal fatto che la norma dove è rimasta la generica espressione “chi” (art. 2497, 2 co., c.c.) non risulta idonea a fondare la configurabilità della capogruppo persona fisica, perché disciplina una responsabilità avente un titolo diverso dall’esercizio dell’attività di eterodirezione, necessario a configurare, appunto, la fattispecie in esame (21).

Da questi rilievi, tuttavia, pare lecito indurre esclusivamente che la disciplina del capo IX non è *letteralmente* applicabile alla fattispecie concreta della capogruppo personale, ma non che il legislatore abbia inteso ammettere solo un’organizzazione di gruppo con al vertice un ente collettivo. La tesi in esame, attribuisce alla nuova disciplina un intento *definitorio* della nozione di gruppo: il legislatore della riforma avrebbe concepito il gruppo soltanto come “un’aggregazione di imprese dirette e coordinate da una società o un ente, *piuttosto che da una singola persona fisica*” (corsivi aggiunti) (22). Ciò però è smentito dalla Relazione illustrativa al d.lgs. 6/2003, la quale espressamente afferma che “nell’attuare la delega, all’art. 2497 si è innanzitutto ritenuto non opportuno dare o richiamare una qualunque nozione di gruppo...”.

(19) GIOVANNINI, *La responsabilità*, cit., 189 ss., cui appartengono i virgolettati.

(20) V. l’eliminazione del “chi” in apertura dell’art. 2497, 1 co., c.c. nella versione entrata in vigore; l’eliminazione del riferimento alle “persone fisiche” contenuto nella versione provvisoria dell’art. 2497-*bis*, 2 co., c.c.; l’eliminazione del termine “chi” dagli artt. 2497-*quinquies* e *sexies* da parte del decreto 6 febbraio 2004, n. 37 (c.d. correttivo).

(21) GIOVANNINI, *La responsabilità*, cit., 191.

(22) GIOVANNINI, *La responsabilità*, cit., 199.

1.4. *Accertamento, rispetto all'ipotesi della holding-persona fisica, di una fattispecie astratta giuridicamente rilevante.*

Per quanto appena rilevato, dunque, non può certo escludersi che nell'ambito del fenomeno di gruppo trovi una sua collocazione anche l'imprenditore individuale, ed in particolare, che costui si ponga al vertice dell'organizzazione, rivestendo il ruolo di *holding* <sup>(23)</sup>.

Anzi, esiste un'espressa previsione normativa della figura della capogruppo personale all'art. 80, 2 co., della l. 270/1999: nel riferirsi ad ipotesi di controllo facenti capo a "soggetti diversi dalle società", la disposizione delinea una fattispecie, in cui un imprenditore individuale (o forse anche un ente pubblico o privato) ha il controllo di altre società ai sensi dell'art. 2359 1 e 2 co., c.c. <sup>(24)</sup>. Siccome il controllo rileva ai sensi del 1 co., lett. b) della medesima disposizione al fine di individuare le "imprese di gruppo"; e tenuto conto che le imprese individuali non possono essere partecipate, è evidente che le stesse possono essere annoverate fra le imprese facenti parte del gruppo rilevante ai fini della disciplina dell'amministrazione straordinaria solo come soggetti posti al vertice dell'aggregato di società.

La rilevanza della questione inerente la disciplina della responsabilità della persona fisica-*holding*, inoltre, emerge anche dalle novità introdotte dalla riforma.

In primo luogo — in quanto compresa nel capo IX — occorre considerare la presunzione relativa di esercizio di attività di direzione e ordinamento *ex art. 2497-sexies*, prevista nei confronti del soggetto controllante.

La disposizione si riferisce testualmente soltanto alla "società o ente", escludendo l'applicabilità della presunzione alla persona fisica, coerentemente con la norma di apertura della disciplina del gruppo.

Da essa deriva, tuttavia, un'indicazione legislativa fondamentale in merito alla configurazione di una organizzazione di gruppo: nella normalità delle ipotesi, in sede di riscontro dell'esistenza dell'attività di direzione e coordinamento, non può farsi a meno del controllo: quest'ultima situazione giuridica costituisce normalmente (sebbene

<sup>(23)</sup> Così LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 130; G. SCOGNAMIGLIO, *Società di persone*, cit., 626; CHIOMENTI, *I soggetti passivi della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, 174; BRANCADORO, *Amministrazione straordinaria dei gruppi di imprese e imprenditori persone fisiche*, in *Dir. fall.*, 1982, 736; NIESSEN, *La proposta di VII direttiva sui conti di gruppo*, in *Il gruppo di società e il bilancio consolidato di gruppo*, in AA.VV., Milano, 1981, 36, il quale afferma che "si è potuto constatare, almeno in certi Paesi, la tendenza crescente ad organizzare gruppi di notevoli dimensioni, alla cui testa sono state poste società di persone e imprenditori individuali" (corsivo aggiunto). Dopo la riforma GUIZZI, *La responsabilità*, cit., 209, richiamando il noto insegnamento della sentenza Caltagirone.

<sup>(24)</sup> PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese*, cit., 562; GALGANO, *Direzione*, cit., 58.



non necessariamente) il *prius* <sup>(25)</sup> dell'attività di direzione e coordinamento. Ciò è rilevante, ai fini della presente riflessione, in quanto è opinione comune in dottrina che il controllo possa essere imputato ad un imprenditore persona fisica, così come a qualunque altro soggetto individuale <sup>(26)</sup>. Ne consegue che, stante il legame riconosciuto a livello normativo fra la previsione *ex art.* 2359 c.c. e l'attività di direzione e coordinamento <sup>(27)</sup>, può certamente ricorrere una fattispecie concreta nella quale una persona fisica eserciti le prerogative della *holding* in forza del controllo su una pluralità di società. Rispetto alla capogruppo individuale, semmai, non opera la facilitazione probatoria (per i legittimati attivi all'azione di responsabilità) costituita dalla presunzione legale relativa <sup>(28)</sup>.

Peraltro, sempre in merito alla genesi del gruppo, occorre tenere in considerazione la disposizione di cui all'art. 2497-*septies* la quale legittima — secondo parte della dottrina — la stipulazione di contratti di coordinamento gerarchico che possono costituire “la piattaforma generatrice... dei poteri della direzione unitaria in assenza di una precedente fonte di controllo” <sup>(29)</sup>. Ora, sembra particolarmente arduo giustificare giuridicamente che l'accordo di dominazione debba necessariamente — in coerenza con il dettato letterale della disposizione che si riferisce esclusivamente a società ed enti — avere come controparte della società che si assoggetta all'eterodirezione un ente avente natura collettiva. Non sembra, cioè, possibile limitare l'autonomia privata, di cui il contratto è espressione, per quanto concerne i soggetti legittimati a stipulare un accordo di dominazione <sup>(30)</sup>.

Inoltre, non solo è oggi consentita la costituzione di società per azioni unipersonali a responsabilità limitata. Ma — circostanza particolarmente significativa in tema di gruppi — è stata anche abrogata la previsione della illimitata responsabilità del socio unico (persona fi-

<sup>(25)</sup> CARIELLO, sub *art.* 2497, 1895. Lo stretto legame fra *Abhängigkeit* e *einheitlicher Leitung* risulta confermato (in quanto in presenza della prima si presume la seconda) anche dalla disciplina dell'*Aktiengesetz*, agli artt. 15 ss. BUSSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità*, cit., 79 e la giurisprudenza citata a nt. 40.

<sup>(26)</sup> D'ALESSANDRO, *Imprese individuali, gruppi e amministrazione straordinaria*, in *Giust. civ.*, 1981, 3025; G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia*, cit., 4 nt. 8, ove abbondanti riferimenti legislativi; Id., *Società di persone*, cit., 812, ove si puntualizza come l'art. 2359 c.c., non precluda la possibilità di configurare un imprenditore individuale quale controllante, poiché esso si limita a definire il controllo di società su società, lasciando impregiudicata la questione in esame; GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 122 nt. 37.

<sup>(27)</sup> Sancito oggi dalla stessa riforma. Per la ricostruzione di tale rapporto v. per tutti TOMBARI, *Il gruppo*, cit., 56 ss. e G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia*, cit., 9 ss., ove ampi riferimenti alla dottrina.

<sup>(28)</sup> GALGANO, *Direzione*, cit., 59.

<sup>(29)</sup> VALZER, *Il potere*, cit., 876.

<sup>(30)</sup> PRESTIPINO, *La responsabilità*, cit., 111.

sica), che sia al contempo tale anche rispetto ad altre società di capitali (art. 2497, 2 co., lett. a), c.c.)<sup>(31)</sup>.

La prima modifica incentiverà la costituzione di gruppi formati da società dominate unipersonali<sup>(32)</sup>, in considerazione del fatto che la più rapida circolazione delle azioni (rispetto alle quote di s.r.l.) risulta maggiormente conforme alle esigenze della grande impresa, normalmente strutturata come gruppo<sup>(33)</sup>. Il fenomeno dei gruppi formati da società con un unico socio dovrebbe quindi divenire maggiormente diffuso.

Tale constatazione, collegata alla nuova disciplina delle società unipersonali introdotta con la riforma, diviene rilevante ai fini della presente indagine in conseguenza della seconda novità appena menzionata: la soppressione del previgente art. 2497, 2 co., lett. a), c.c. determina la piena libertà di costituire gruppi con struttura c.d. a ragghiera, formati da società per azioni (o anche s.r.l.) dominate da un unico *socio persona fisica*<sup>(34)</sup>, aumentando notevolmente le possibilità che ricorra la fattispecie della *holding personale*.

Ciò perché l'art. 2497, 2 co., lett. a), c.c. previg. contemplava l'ipotesi in cui socio unico fosse proprio un *individuo*, come risultava chiaramente dalla legge delega per l'attuazione della direttiva comunitaria, dalla relazione al d.lgs. 3 marzo 1993 n. 88<sup>(35)</sup> e dall'art. 2, § 2,

<sup>(31)</sup> La perdita della responsabilità limitata legata a tale ipotesi, valeva, prima della riforma, solo in riferimento alle s.r.l., poiché soltanto queste potevano costituirsi come società unipersonali, mantenendo, salvo le ipotesi previste dalla legge, il beneficio della responsabilità limitata per il socio unico.

<sup>(32)</sup> La società unipersonale è considerata "come piattaforma fisiologica della grande impresa di gruppo". Per tale rilievo, *ante riforma*, cfr. PIRAS, *Gruppi e società uni personali*, in *Riv. soc.*, 1993, 593; PELLIZZI, *Unico azionista e controllo totalitario indiretto*, in *Giur. comm.*, 1981, 632; WEIGMANN, voce *Società di un solo socio*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., XIV, Torino, 1997, 219; SORCI-STAGNO D'ALCONTRES, voce *Società unipersonali*, in *Enc. dir.*, agg., VI, Milano, 2002, 1079. Dopo la riforma cfr., WEIGMANN, *I gruppi di società*, cit., 202; LEVI, *La società per azioni unipersonale*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, a cura di LANZI-V. FRANCESCHELLI, Milano, 2004, 157. L'importanza del *sole shareholder* (unico azionista persona fisica) e delle *wholly owned subsidiary* (società totalmente controllata) è riconosciuta da tempo nel diritto anglosassone sui gruppi. Cfr. BALLANTINE, *Separate entity of parent and subsidiary corporation*, in *California Law Review*, (12) 1925. Per la rilevanza assunta dalla società unipersonale nel contesto del gruppo (in particolare della figura del gruppo di fatto qualificato), v. nell'ordinamento tedesco BHG, caso "Autokran", 16 settembre 1985, in *AG*, 1986, 15, proprio con riferimento al socio unico-persona fisica di sette GmbH.

<sup>(33)</sup> LEVI, *La società*, cit., 158.

<sup>(34)</sup> Interpretano le novità in materia di società unipersonali come espressive della volontà del legislatore di dare piena ammissione nell'ordinamento ai gruppi basati sul controllo di una sola *persona giuridica*, WEIGMANN, *I gruppi di società*, cit., 202; D'ALESSANDRO, *Società per azioni*, cit., 29 ss. Le stesse novità possono essere ritenute rilevanti anche in ordine alla capogruppo-unico socio-persona fisica stante l'abrogazione della eccezione alla responsabilità limitata prevista nel previgente art. 2497 c.c. (v. nel testo).

<sup>(35)</sup> All'art. 17, § 1, lett. c) si prevedeva il principio dell'esclusione della responsabilità limitata "...quando una *persona fisica* sia il socio unico di più società".

La medesima relazione al decreto di attuazione della disciplina della s.r.l. uniper-

della XII direttiva comunitaria, di cui la disposizione considerata costituiva attuazione<sup>(36)</sup>.

La dottrina, infatti, ha sostenuto che l'interesse sotteso alla norma abrogata non fosse tanto “quello d'impedire l'esercizio contemporaneo di più imprese individuali in regime di responsabilità limitata, bensì piuttosto quello di scoraggiare l'esercizio contemporaneo di più imprese individuali dietro lo “schermo” di persone giuridiche distinte e, dunque,... la creazione di un « gruppo » di imprese”<sup>(37)</sup>. L'articolo soppresso, dunque, soddisfaceva l'esigenza di una disciplina speciale dei gruppi di società (rispetto a quella generale della società indipendente), basata sulla constatazione di una maggiore pericolosità per i terzi delle ipotesi nelle quali la società fosse strumento di un'attività imprenditoriale che in essa non si esauriva<sup>(38)</sup>. La disciplina speciale,

contenuta nella XII direttiva comunitaria, all'art. 17, lett. a), osservava che “nella perdita del privilegio della responsabilità limitata il Parlamento ha individuato la “sanzione” e la “disciplina speciale” più adatte per i casi in cui il socio unico sia una persona giuridica o sia una *persona fisica* socia unica di più società” (v., per tutti, NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, Torino, 1993, 439 nt. 29).

Che la previsione citata nel testo si riferisse al socio unico persona fisica poteva desumersi anche dal fatto che esse era preceduta, nel medesimo comma, da un'ulteriore ipotesi di responsabilità illimitata dell'unico socio persona giuridica: dunque per quest'ultima la sanzione scattava in base alla sola circostanza che gli appartenessero tutte le quote di un'unica s.r.l., senza necessità del presupposto ulteriore di essere unico socio di più società.

Per l'alternatività delle due condizioni contemplate dall'art. 2497, 2 co., lett. a), previgente v. TASSINARI, *La società a responsabilità limitata con un unico socio*, in *Giur. comm.*, 1994, 707 ss.

<sup>(36)</sup> L'art. citato così recitava: “...le legislazioni degli Stati membri possono [quindi si trattava di eccezione il cui recepimento era lasciato alla discrezione dei legislatori nazionali] prevedere disposizioni speciali e sanzioni: a) quando una *persona fisica* sia il socio unico di più società...” [corsivi aggiunti].

<sup>(37)</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *La disciplina della s.r.l. unipersonale: profili ricostruttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, 241. Per l'interpretazione della disposizione nel senso di escludere che la società unipersonale potesse essere una tecnica utilizzabile nell'ambito dei gruppi societari v. anche ANGELICI, *Il progetto di direttiva CEE sulla società unipersonale*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 404; GAMBINO, *Relazione al convegno di studi sul tema “La società unipersonale a responsabilità limitata”*, organizzato dal Consiglio Nazionale del Notariato e dalla Rivista “Giurisprudenza Commerciale”, tenutosi a Roma il 19 novembre 1995, ined.; CHIARELLI, *La dodicesima direttiva CEE alla luce di alcuni orientamenti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 139 ss. Ciò sembrava doversi indurre anche dalle intenzioni del legislatore comunitario, che considerava la società unipersonale uno strumento essenzialmente rivolto all'impresa di minori dimensioni (v. III e VI considerando della Direttiva comunitaria). La stessa direttiva comunitaria sottolineava come la previsione dell'eccezione al principio di responsabilità limitata del socio unico di s.r.l. fosse limitato alle sole ipotesi in cui la società unipersonale potesse dirsi inserita in un gruppo di imprese sia nell'art. 2, § 2 (“in attesa del coordinamento delle disposizioni nazionali in materia di diritto di gruppi”), sia nel preambolo della direttiva (nel quale si prevede la possibilità per gli Stati membri di introdurre una disposizione speciale “in attesa del coordinamento delle disposizioni nazionali in materia di gruppi”).

<sup>(38)</sup> Così ANGELICI, *Società unipersonali: l'esperienza comparatistica*, in *Società*, 1993, 894; NIUTTA, *La novella*, cit., 392 ss.

ritenuta idonea a tutelare adeguatamente le ragioni dei creditori delle società dominate, era stata individuata nell'illimitata responsabilità dell'unico socio-capogruppo per le obbligazioni di tutte le società eterodirette, in caso di loro insolvenza. La norma, in altri termini, svolgeva la funzione di garantire la *correttezza* del potere dell'unico azionista, sottoponendolo al rischio economico del suo esercizio, contribuendo così a colmare parzialmente una lacuna presente nel nostro ordinamento in assenza di una disciplina organica del gruppo: quella relativa alla fattispecie concreta della *holding*-persona fisica.

La riforma del diritto societario, dunque, abrogando questa previsione, "consente il contemporaneo esercizio di più imprese (sostanzialmente) individuali in regime di responsabilità limitata e, di riflesso, l'articolazione secondo la struttura del gruppo di un'impresa individuale" <sup>(39)</sup>.

Non prevede, però, per questa ipotesi un rimedio specifico capace di soddisfare quell'esigenza di tutela dei creditori delle società unipersonali, che aveva indotto il legislatore comunitario e quello nazionale a prevedere un'eccezione alla regola della responsabilità limitata dell'unico socio di s.r.l.. Da un punto di vista sistematico, ciò appare piuttosto singolare a fronte del fatto che il legislatore ha introdotto nell'ordinamento italiano una disciplina speciale della responsabilità nel gruppo — applicabile tuttavia soltanto quando al vertice dello stesso si collochi un ente collettivo — proprio a tutela degli interessi dei creditori delle società eterodirette e volta a garantire — non già tramite una responsabilità patrimoniale, bensì tramite la diversa tecnica della responsabilità risarcitoria — quella corretta gestione costituente la *ratio* anche della norma abrogata relativa al socio unico di più società di capitali <sup>(40)</sup>.

#### 1.4.1. Segue: *le innovazioni introdotte dalla riforma fallimentare in ordine alla fallibilità in estensione del socio unico.*

I rilievi appena effettuati circa le novità introdotte dalla riforma in relazione alla disciplina della fattispecie della persona fisica che sia socio unico di più società di capitali (rientrante nel previgente art.

<sup>(39)</sup> G. F. CAMPOBASSO, *La costituzione della società per azioni*, in *Società*, 2003, 294. Conf. WEIGMANN, *I gruppi di società*, cit., 210; SANTOSUOSSO, *Autonomia e semplificazione nella costituzione di società per azioni*, in *Dir. prat. soc.*, 2003, 4, 34.

<sup>(40)</sup> L'alternatività fra l'azione risarcitoria (da inadempimento) (qual è quella ex art. 2394 c.c., ma anche quella, modellata sulla falsariga di quest'ultima, dell'art. 2497, 1 co., c.c.) e l'imposizione di una garanzia *ex lege* a carico della società capogruppo è evidenziata, proprio con riferimento al fenomeno del gruppo, da ABBADESSA, *I gruppi*, cit., 127.

2497, 2 co., c.c.) acquistano rilievo, ai fini dell'indagine che si sta conducendo, anche sotto un diverso angolo visuale.

Prima della riforma, infatti, i creditori sociali di una società eterodiretta da una *holding* persona fisica <sup>(41)</sup> che fosse stata socia di più società di capitali <sup>(42)</sup> potevano trovare tutela nella responsabilità patrimoniale della stessa, grazie all'estensione a quest'ultima del fallimento della società dominata. In tal modo, infatti, i creditori di quest'ultima potevano far valere le proprie pretese su un patrimonio aggiuntivo rispetto a quello della società debitrice. E tale ampliamento della garanzia patrimoniale a favore dei creditori della fallita risultava, in caso di dissesto, più ampio rispetto a quello operante nella fase fisiologica dell'attività d'impresa, e dunque dotato di una maggiore capacità protettiva nei confronti dei soggetti che se ne avvantaggiavano: l'estensione del fallimento all'unico socio rendeva quest'ultimo responsabile per *tutte* le obbligazioni della società partecipata.

In altri termini, tramite il fallimento in estensione, i creditori della società dominata potevano far valere la responsabilità patrimoniale dell'unico socio come rimedio al depauperamento subito dalla società loro debitrice, in conseguenza di una *direzione unitaria abusiva che l'avesse condotta all'insolvenza*.

L'utilizzazione del fallimento della *holding* personale come tecnica di tutela dei creditori della società dominata <sup>(43)</sup>, peraltro, risultava particolarmente significativa, posto che in occasione di situazioni di crisi di gruppo è probabile tentare di accollare l'esposizione debitoria complessiva alla società insolvente, mentre le attività di questa vengono trasferite alle imprese sane <sup>(44)</sup>. Il che significa che al ricorrere di queste situazioni, più frequente e probabile risulta essere l'abuso del potere di direzione e coordinamento.

Tale tecnica di repressione degli abusi <sup>(45)</sup> perpetrati nei gruppi è

<sup>(41)</sup> Il discorso è nel testo limitato alla capogruppo personale, perché di essa si tratta nel presente capitolo; ciò non toglie che le osservazioni fatte nel testo non valessero *ante* riforma anche per la capogruppo-ente collettivo.

<sup>(42)</sup> Che l'art. 2362 c.c. previgente sia stato un importante riferimento normativo nella disciplina dei gruppi societari è rilevato da numerosi autori fra i quali, da ultimo, GIOVANNINI, *La responsabilità*, cit., 217-218.

<sup>(43)</sup> Sull'utilizzazione in tal senso dell'art. 147 l. fall. da ultimo NIGRO, sub art. 147, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, \*\*, diretto da JORIO, Bologna, 2007, 2183 ss.; e FABIANI, *Società insolvente e responsabilità del socio unico*, Milano, 1999, 124.

<sup>(44)</sup> MIOLA, *Le garanzie*, cit., 218.

<sup>(45)</sup> Non si obietti che i casi concreti su cui la giurisprudenza di seguito citata si è pronunciata soltanto in relazione ad abusi estremamente gravi realizzati tramite un totale stravolgimento delle regole societarie, a fronte dei quali non si configurerebbe un gruppo ma solo un'apparenza di gruppo. La medesima tecnica sanzionatoria, infatti, è stata considerata da parte della dottrina idonea ad essere applicata pure “al gruppo organizzato secondo regole fisiologiche” (cioè ad ipotesi riconducibili entro il nuovo capo IX del c.c. riformato. V. FABIANI, *Società insolvente*, cit., 73 nt. 77.

stata, inoltre, oggetto di un'applicazione "allargata" ad opera di parte della giurisprudenza di merito attraverso la costruzione della c.d. *holding* tiranna. In pratica il fallimento in estensione veniva dichiarato anche in casi in cui il socio della società fallita non fosse formalmente, ma solo sostanzialmente unico, tramite un'applicazione "analogica ovvero estensiva" dell'art. 2362 (o 2497) c.c. allora vigente <sup>(46)</sup>.

A seguito delle riforme del diritto societario e fallimentare, evidentemente, la regola della responsabilità illimitata del socio unico combinata con quella del fallimento in estensione di quest'ultimo non sono più utilizzabili come strumento di tutela dei creditori di una società dominata del gruppo. Infatti, — come già rilevato — la riforma ha ridotto ad ipotesi estremamente ridotte la perdita del beneficio della responsabilità illimitata da parte dell'unico socio (v. artt. 2325 e 2462 c.c.), abrogando, fra l'altro, quella previsione (art. 2497, 2 co., lett. b)) che espressamente faceva riferimento ad un gruppo con al vertice una persona fisica <sup>(47)</sup>. Inoltre oltre alla riforma del diritto societario occorre considerare anche quella del diritto fallimentare, a seguito della quale il nuovo art. 147 l. fall. esclude espressamente la fallibilità in estensione dei soci unici illimitatamente responsabili di società per azioni e a responsabilità illimitata <sup>(48)</sup>.

Ne consegue che la riforma sembra spostare il problema della sanzione dell'attività abusiva della capogruppo dall'ambito della responsabilità patrimoniale — fatta valere per mezzo del fallimento — a

<sup>(46)</sup> In pratica attraverso tale applicazione analogica o estensiva delle previsioni di responsabilità illimitata dell'unico socio si riusciva ad estendere il ricorso al combinato disposto di cui all'art. 2362 c.c. e 147 l. fall., in modo da pervenire "al travaso verticale delle obbligazioni in direzione ascensionale" (FABIANI, *Società insolvente*, cit., 73). Sulla possibilità di pervenire ad interpretazioni estensive o analogiche dell'art. 2362 (o 2497) c.c. previgente v. anche DI MARZIO, *Abuso dell'attività di eterodirezione ed insolvenza delle società dominate*, Torino, 2010, 324 e 325 e la dottrina e la giurisprudenza lì citata in nota. Adde v. anche Cass., 25 gennaio 2000, n. 804, in *Società*, 2000, 846 e Trib. Napoli 10 marzo 2004, in *Dir. fall.*, 2004, 594. *Tale costruzione ha trovato applicazione almeno una volta anche alla holding personale nella sentenza resa da App. Catania 18 gennaio 1997, in Giur. it.*, 1997, I, 2, 345.

<sup>(47)</sup> BLATTI-MINUTOLI, *Il fallimento della holding personale tra nuovo diritto societario e riforma della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, 428 affermano che il legislatore ha scientemente eliminato la clausola dell'illimitata responsabilità dalla materia dei gruppi societari.

<sup>(48)</sup> A quanto rilevato nel testo consegue che:

— il socio persona fisica può essere illimitatamente responsabile solo nei casi previsti agli artt. 2325 e 2462 c.c.;

— ma anche ove ricorra questa ipotesi, in presenza di una collocazione al vertice del gruppo della persona fisica stessa (magari perché la pluralità dei soci è solo apparente e la persona fisica *holding* non ha effettuato la pubblicità prescritta dall'art. 2362 c.c.) la sua responsabilità illimitata non ha alcuna funzione sanzionatoria di eventuali abusi (IANNELLO, *La fallibilità della holding personale tirannica tra presupposti ed effetti contraddittori*, in *Fallimento*, 2002, 1231); ed il fallimento in estensione — questo si utilizzabile come tecnica sanzionatoria degli abusi dello schermo societario (FABIANI, *Società insolvente*, cit., 124) — è dopo la riforma precluso.

quello della responsabilità risarcitoria <sup>(49)</sup>: “la modifica della disciplina codicistica del socio unico di società di capitali [e — occorre aggiungere — di quella del fallimento in estensione] ha tolto quasi completamente lo spazio per le tecniche di repressione degli abusi fondate sul “superamento” della responsabilità limitata dei soci e sull’assoggettamento di questi al fallimento (in ripercussione del fallimento della società...)” <sup>(50)</sup>.

Da qui deriva la rilevanza dell’oggetto della seguente riflessione: ovvero individuare quale fattispecie risarcitoria sia idonea ad essere applicata alla fattispecie concreta della persona fisica *holding*.

#### 1.4.2. Conclusioni.

Da quanto rilevato emerge, pertanto, che l’ipotesi della capogruppo-persona fisica costituisce certamente una fattispecie astratta giuridicamente rilevante <sup>(51)</sup>, per la quale, però, — a causa della limitazione soggettiva caratterizzante l’art. 2497, 1 co, c.c. — non è dato

<sup>(49)</sup> NIGRO, *sub art. 147*, cit., 2184, il quale rileva che “il nostro ordinamento sembra sempre più nettamente orientarsi...verso l’utilizzazione dello strumento della responsabilità risarcitoria piuttosto che dello strumento della responsabilità patrimoniale; e le due riforme, rispettivamente del diritto societario e del diritto concorsuale lo attestano”.

<sup>(50)</sup> NIGRO, *sub art. 147*, cit., 2184.

<sup>(51)</sup> Il ragionamento svolto nel testo ha la finalità di dimostrare l’esistenza di una lacuna nell’ordinamento relativa alla fattispecie della *holding*-persona fisica. Per la necessità di riscontrare la mancanza di una norma con riferimento ad una fattispecie rilevante al fine di individuare una lacuna dell’ordinamento v. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, 188. Rifacendosi all’opera appena citata (244 ss.), è possibile affermare come, in riferimento alla *holding* personale, sussistono i seguenti indici della sua rilevanza giuridica: *a*) un indice logico, consistente nel ritenere rilevante la fattispecie concreta complementare a quella espressamente contemplata da una norma modello (nel nostro caso, gli enti collettivi, da una parte, quelli individuali dall’altra) (cfr. ALCHOURRON-BULIGYN, *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Torino, 2005, 87); *b*) l’espressa previsione, già ricordata nel testo, della fattispecie omessa dalla norma considerata nella legge sull’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi oltre che nell’art. 2497, 2 co., lett. *a*), c.c., anteriore alla riforma (criterio dipendente dall’esistenza di una norma che funziona da indice di rilevanza); *c*) l’essere stata la medesima ipotesi oggetto di ripetuti pronunce giurisprudenziali (Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, cit.; Cass., 9 agosto 2002, n. 12113, cit.; Cass., 13 marzo 2003, n. 3724, cit.; Tib. e App. Catania, 3 e 18 gennaio 1997 cit.; Trib. Padova, 2 novembre 2001, cit.; Trib. Genova, 26 settembre 2005, cit. (criterio per cui i giudici devono decidere la questione attinente alla fattispecie non prevista, stante il divieto di non *liquet*); *d*) l’identità dei conflitti di interesse e dei danni che si determinano nel contesto di gruppo, a prescindere dalla natura del soggetto che ne è al vertice; *e*) la stessa indicazione proveniente dai lavori preparatori, in quanto, prima della versione definitiva, lo schema di riforma conteneva, in apertura, il pronome “chi”. Cfr., al proposito, anche la *Propuesta de código de sociedades mercantiles* in Spagna, la quale fornisce una nozione di gruppo per cui “si intende per società dominante quella che mostra potere di decisione sopra una o più società, che si qualificano dominate. Le norme contenute in questo codice si applicano a qualsiasi *persona fisica* o giuridica che abbia potere di decisione sopra più società dominate” (corsivo aggiunto).

individuare nel capo IX introdotto dalla riforma alcuna previsione che le sia *prima facie* applicabile. Inoltre, la mancanza per tale fattispecie di una disciplina espressa nell'art. 2497 c.c., unitamente alla nuova normativa in materia di società unipersonali, può favorire iniziative elusive delle previsioni relative alla responsabilità nel gruppo. L'applicazione di quest'ultima, infatti, dipendente in modo ineludibile dalla possibilità di configurare l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento da parte di società o enti, può essere facilmente aggirata ove in posizione apicale rispetto ad una struttura di gruppo si ponga una persona fisica, che eserciti l'eterodirezione senza l'interposizione di enti collettivi intermedi rispetto a quelli dominati.

Si rende, quindi, necessario verificare se esista una norma espressa — diversa dall'art. 2497, 1 co., c.c. — che possa disciplinare <sup>(52)</sup> la fattispecie astratta giuridicamente rilevante della capogruppo individuale in relazione alla questione di diritto della responsabilità per abuso di eterodirezione.

In caso di esito negativo dell'accertamento, occorrerà ammettere l'esistenza di una lacuna nell'ordinamento <sup>(53)</sup> da colmare analogicamente.

### 1.5. *La persona fisica holding nell'ordinamento tedesco.*

Il problema concernente la *holding*-persona fisica, sollevato dalla modifica dell'*incipit* dell'art. 2497, 1 co., c.c., rende opportuno esaminare, preliminarmente, la soluzione al riguardo adottata dall'ordinamento straniero che prevede una specifica disciplina dei gruppi: quello tedesco <sup>(54)</sup>. Tale indagine risulta capace di tracciare una sorta di *guide line* per l'indagine del problema che ci si pone in questo capitolo.

<sup>(52)</sup> Per applicare l'analogia occorre che un caso da decidere non sia previsto. "Che il caso da decidere non sia previsto significa non solo che esso non è previsto dalla... norma che si assume come modello (per noi il 1 comma, dell'art. 2497 c.c.), ma... che non è previsto da "nessuna" norma", con la precisazione che "il caso non deve essere già previsto agli effetti della disciplina che gli si vuol dare o negare (nel nostro caso la responsabilità per abuso di direzione e coordinamento), ma può ben risultare... regolato ad altri effetti". Così CARCATERRA, voce *Analogia*, (*Teoria generale*), in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 6.

<sup>(53)</sup> Per la definizione della quale v. CHIASSONI, *Tecnica*, cit., 186: "Mancanza, rispetto a un insieme di materiali giuridici..., di una norma che disciplini una fattispecie astratta giuridicamente rilevante..., in relazione ad una questione di diritto...".

<sup>(54)</sup> L'esame della problema della natura della capogruppo nell'ordinamento tedesco presuppone alcune puntualizzazioni. La disciplina del controllo (*Abhängigkeit*) e del gruppo (*Konzern*), nell'*Aktiengesetz* del 1965, è tutta imperniata sul concetto di impresa (*Unternehmen*). La partecipazione di controllo non è rilevante, ai fini della instaurazione di un rapporto di dominio-dipendenza su cui si fonda la costituzione del gruppo, quando fa capo ad un *Privataktionär*, ma solo quando fa capo ad un *Unternehmenaktionär* (§§ 17, 311 s., *AktG*). Tale scelta viene giustificata dagli stessi lavori preparatori dell'*AktG*, in base alla ragione che solo con riguardo a tale seconda ipotesi



L'evoluzione giurisprudenziale che ha interessato tale sistema giuridico, specie in materia di gruppi di fatto qualificati<sup>(55)</sup>, pare ispirata dal seguente principio: l'attività di direzione e coordinamento può provenire allo stesso modo e con identici pericoli per i soci esterni e i creditori delle società dominate tanto da un ente, munito o meno di personalità giuridica, quanto da una persona fisica.

L'*Aktiengesetz* del 1965 detta una disciplina del controllo (*Abhängigkeit*) e del gruppo (*Konzern*) tutta imperniata sul concetto di *Unternehmen*<sup>(56)</sup>.

Il concetto di impresa viene considerato uno *Zweckbegriff*, con la conseguenza di dover individuare per ogni norma o gruppo di norme lo specifico correlato concettuale assunto dal termine<sup>(57)</sup>.

Nel definirne la portata, la dottrina tedesca riconosce pacificamente che la qualifica di *Unternehmensaktionär*, ai fini del *Konzernrecht*, spetta al *Kaufmann*<sup>(58)</sup>.

A parte questa ipotesi generalmente accettata, la dottrina ha tentato però di ampliare il novero di soggetti a cui può essere riconosciuta la qualità di *Unternehmenaktionär*.

La teoria che ha trovato accoglimento nella giurisprudenza della Suprema Corte tedesca è fondata sull'assunto di dover determinare la

sussisterebbe il pericolo che costui possa sfruttare il potere di ingerenza nella gestione, derivantegli dalla propria partecipazione, a danno della società e a vantaggio del suo interesse imprenditoriale esterno ad essa. Soltanto nel caso in cui al socio sia imputabile un interesse imprenditoriale al di fuori della società partecipata, insorge il rischio che costui, per favorirlo, faccia valere la sua influenza a danno della prima. Si crea il rischio di un conflitto di interessi istituzionale, costituente il c.d. *Mittelpunkt* del *Konzernrecht*. V. EMMERICH-SONNENSCHNEIN, *Konzernrecht*, München, 1989, 37; WÜRDINGER, *Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen*, § 63, Heidelberg, 1981, 282-283; *Ausschussbereich zu den §§ 20 und 21 AktG*, in KROPPF, *Aktiengesetz. Textausgabe*, 1965, 42-43.

<sup>(55)</sup> Con tale espressione si designano nell'ordinamento tedesco quei gruppi di fatto di s.r.l. nei quali gli strumenti generali per la tutela dei soci esterni e dei creditori sociali (§ da 311 318 *AktG*), previsti per i gruppi non fondati su di un contratto di dominazione, si dimostrano — a causa dell'ampio incorporamento od annessione (*Eingliederung*) della società dipendente nel gruppo dell'impresa dominante — non pienamente funzionanti. Si tratta di una costruzione di matrice dottrinale e giurisprudenziale, elaborata in polemica con l'impostazione legislativa che prevede unicamente le fattispecie di *Vertragskonzerne* e di *faktische Konzerne*, per individuare una disciplina appropriata alle peculiarità del gruppo di fatto qualificato, individuate dalla dottrina tedesca nel danneggiamento persistente dell'interesse proprio dell'*Unternehmen* dipendente. Per un accurato studio in materia e per gli opportuni riferimenti bibliografici, relativi alla dottrina e alla giurisprudenza tedesca v. CHIEFFI, *Il gruppo di fatto qualificato*, Torino, 1997, 40 nt. 40 e 75 ss.

<sup>(56)</sup> La qualifica riveste un ruolo fondamentale in ordine alla definizione del concetto di gruppo, ai sensi del § 18 *AktG*. Lo stesso vale per tutti gli altri metodi di collegamento decritti dai §§ 15, 16, 19.

<sup>(57)</sup> V. RONDINONE, *I gruppi*, cit., 292, ove anche riferimenti alla dottrina tedesca.

<sup>(58)</sup> Nell'ordinamento tedesco è tale quel soggetto che eserciti autonomamente un'attività imprenditoriale (compiendo in nome proprio atti negoziali tipici della *wirtschaftlicher Verkehr*) ai sensi dei §§ 1-6 dell'*HGB*.

Per ulteriori ragguagli v. RONDINONE, *I gruppi*, cit., 319 e nt. 84.

portata di tale concetto in riferimento agli scopi di tutela <sup>(59)</sup> che connotano il *Konzernrecht*.

Tale orientamento giurisprudenziale è stato inaugurato dalla sentenza resa nel caso VEBA dal *Bundesgerichtshof* <sup>(60)</sup>, il quale ha affermato come, nel perseguire il fondamentale scopo di tutela dei soci di minoranza e dei creditori dai pericoli della *Konzernierung* <sup>(61)</sup>, il legislatore abbia distinto fra azionisti imprenditori e altri azionisti. Alla semplice partecipazione in società, per quanto elevata, è necessario che si aggiunga la presenza di interessi imprenditoriali esterni alla partecipata, per “fondare il serio timore che l’azionista possa far valere la propria influenza in pregiudizio della” stessa. Ma allora, “*la forma giuridica del soggetto titolare di tali interessi extrasociali — prosegue la Suprema Corte — non è di per sé decisiva...anche una persona fisica non imprenditore individuale...può essere portatore di interessi imprenditoriali extrasocietari dalle cui negative conseguenze la legge intende proteggere la società, e può così integrare la fattispecie dell’impresa dominante.*” (corsivi aggiunti) <sup>(62)</sup>.

Il principio che emerge dalla sentenza in esame può essere così riassunto: dal punto di vista della tutela — e cioè della *Schutzfunktion* ispirante la disciplina dei gruppi — dell’interesse delle società dominate, nonché di quelli dei loro soci di minoranza e creditori dal pericolo di imposizione di interessi imprenditoriali esterni, è indifferente che la direzione unitaria sia esercitata da una persona fisica o da un ente collettivo.

Tale orientamento è stato sviluppato nel caso *Autokran* <sup>(63)</sup>, nel quale la Suprema Corte tedesca ha ritenuto di poter qualificare come *beherrschendes Unternehmen* anche una persona fisica, che era socio unico di più società.

Quello che maggiormente rileva della elaborazione giurisprudenziale e dottrinarie <sup>(64)</sup> svoltasi in Germania, ai fini della presente rifles-

<sup>(59)</sup> Per la constatazione dell’ampio ricorso all’argomento teleologico come canone interpretativo privilegiato in riferimento alla disciplina del gruppo v. CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 43 e 20 nt. 36, ove ampi riferimenti alla dottrina tedesca.

<sup>(60)</sup> BGH, 13 ottobre 1977, tradotta in italiano e commentata da COLOMBO, *Lo Stato come imprenditore nella sentenza del Bundesgerichtshof del 13 ottobre 1977*, in *Riv. soc.*, 1978, 1328 ss.

La pronuncia della Suprema corte tedesca è, a sua volta, tributaria della riflessione svolta al riguardo da ZÖLLNER, *Il concetto* (trad. it.), cit., 1 ss.

<sup>(61)</sup> Vale a dire dal rischio di una *Durchsetzung* (imposizione) di interessi estranei alla società da parte delle imprese dominanti.

<sup>(62)</sup> BGH, cit..

<sup>(63)</sup> BGH, in BGHZ, 95, 330 ss. Numerose sono ancora le sentenze che sviluppano l’orientamento appena esposto. Cfr. RONDINONE, *I gruppi*, cit., 326 nt. 106.

<sup>(64)</sup> Per ampi riferimenti bibliografici sulla dottrina che accoglie l’orientamento della Suprema Corte tedesca v. RONDINONE, *I gruppi*, cit., 327 nt. 110; EMMERICH-HABERSAK, *Konzernrecht*, München, 2008, 87; ARMBRÜSTER, *Fallsammlung zum Gesellschaft-*

sione, è il suo presupposto di partenza: la necessità di determinare il concetto di *Unternehmen*, dal quale dipende l'applicazione del *Konzernrecht*, in modo conforme alla *Schutzfunktion* (ossia alla *ratio* di tutela) propria di tale disciplina. Così da pervenire ad una ricostruzione “teleologica” della nozione di impresa dominante e superare i limiti applicativi che il concetto di impresa tradizionale (ossia limitato al *Kaufmann*) comporta.

Stante la *ratio* che connota il *Konzernrecht* — consistente nel contemperamento degli interessi coinvolti nell'attività di eterodirezione, dalla quale deriva una situazione di conflitto di interessi sistematico —, non può essere negata la qualità di *Unternehmensaktionär* <sup>(65)</sup> al socio di maggioranza, il quale persegue al di fuori della società partecipata un interesse imprenditoriale.

I risultati della ricostruzione del concetto di impresa sarebbero considerati — dalla giurisprudenza teorica e pratica tedesca — insoddisfacenti, ove portassero ad escludere l'applicabilità della disciplina dei gruppi in presenza di gravi e duraturi conflitti, del tipo di quelli previsti dalla normativa sulle imprese collegate.

Da qui l'esigenza di pervenire ad un'*equiparazione dell'azionista dominante un'impresa esterna al socio che svolga un'attività imprenditoriale in nome proprio (Kaufmann)*.

Al ricorrere delle condizioni specificate dal BGH, *il socio dominante acquista la qualità di Unternehmenaktionär indipendentemente dalla sua forma giuridica*: può quindi essere, oltre che società commerciale, società di diritto civile, fondazione, associazione ideale, *anche persona fisica*.

Da un punto di vista metodologico, due sono le alternative seguite dalla giurisprudenza teorica e pratica tedesca per ampliare — in modo adeguato alla sua *ratio* — l'ambito di applicazione del *Konzernrecht*: la ricostruzione estensiva del concetto di *beherrschendes Unternehmen* <sup>(66)</sup>; ovvero l'applicazione analogica dello stesso e della relativa disciplina, oltre la figura del *Kaufmann* <sup>(67)</sup>.

Non è possibile fare a meno di notare come dalla riflessione che

*Srecht*, Berlin-Heidelberg, 2010, 189; GÄTSCH, *Gläubigerschutz im qualifizierten faktischen GmbH Konzern*, Berlin, 1997, 37; BGH, 13 dicembre 1993, in *ZIP*, 1993, 589; OLG Köln, 14 aprile 2000, consultabile su [www.jusmeum.de](http://www.jusmeum.de).

<sup>(65)</sup> Con la conseguente possibilità di rinvenire un rapporto di *Abhängigkeit* e di applicare i §§ 311-318 AktG.

<sup>(66)</sup> In modo da considerare già compreso nella ordinaria area di significanza del concetto, oltre al *Kaufmann* anche il socio dominante altra società o impresa. Cfr. LUTTER, *Zur Herrschaft mehrer Unternehmen über eine Aktiengesellschaft*, in *Njw*, 1973, 113 ss.; *adde* la dottrina citata da RONDINONE, *I gruppi*, cit., 329 nt. 113 e 114.

<sup>(67)</sup> ZÖLLNER, *Il concetto*, cit., 23 ss.; *adde* cfr. la dottrina citata da RONDINONE, *I gruppi*, cit., 330 nt. 116.

ha interessato l'ordinamento tedesco derivi — pur a fronte della diversità del problema da affrontare, essendo probabilmente il concetto di *Unternehmen* più elastico da ricostruire rispetto a quelli di società o enti utilizzati dall'art. 2497 1 co., c.c. — un'indicazione metodologica fondamentale anche per la risoluzione della controversa questione relativa all'individuazione dei possibili legittimati passivi all'azione di responsabilità da direzione e coordinamento nel nostro ordinamento: una disciplina costruita come *Scutzrechte* deve essere interpretata valorizzando la funzione di tutela che le è propria.

Tale indicazione risulta pienamente conforme alle conclusioni cui si perverrà — sulla base dei dati normativi del nostro ordinamento — nei paragrafi successivi: l'ampliamento del novero degli obbligati al risarcimento, fondato sulla *ratio* della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento e sul ricorso all'argomento analogico.

#### 1.6. *Ricerca di una disciplina per la fattispecie astratta della holding-persona fisica: l'argomento a contrario.*

L'individuazione di una norma diversa dall'art. 2497, 1 co., c.c., capace di disciplinare la responsabilità per abuso di eterogestione della persona fisica, è la soluzione maggiormente conforme alla lettera della legge e — apparentemente <sup>(68)</sup> — alla scelta del legislatore storico di escludere dall'ambito soggettivo di applicazione della disposizione le persone fisiche.

La modifica avvenuta in sede di lavori preparatori potrebbe essere interpretata come indice della necessità di ricavare la disciplina della fattispecie della capogruppo personale, utilizzando l'argomento *a contrario* nella variante definita produttiva <sup>(69)</sup>.

Tale soluzione non risulta, tuttavia, convincente rispetto alla questione della capogruppo-persona fisica in quanto:

— il ricorso all'analogia è imposto dall'art. 12, 2 co., disp. prel., c.c., a fronte di casi simili, quanto alla *ratio*, rispetto a quello normativamente previsto. Se fra l'ipotesi espressamente disciplinata dal 1

<sup>(68)</sup> V. al riguardo quanto si dirà oltre nel paragrafo dedicato ai lavori preparatori.

<sup>(69)</sup> Vale a dire: al 1 comma dovrebbe essere assegnato il seguente significato: "La società o gli enti, *e solo essi*, ...". La norma verrebbe considerata avente, oltre alla fattispecie tipica, una fattispecie complementare esclusiva (CARCATERRA, voce *Analogia*, cit., 18). V anche GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo, continuato da MENGONI, Milano, 2004, 149. D'altronde, sul piano logico, l'utilizzo dell'argomento *a contrario* è stato considerato dalla dottrina specialistica sempre praticabile a fronte di casi non previsti, quale quello in esame, in alternativa all'analogia (LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia*, Padova, 1981, 98 ss.; GUASTINI, *L'interpretazione*, cit., 154 nt. 57; CARCATERRA, voce *Analogia*, cit., 18 ss., per un approfondimento del raffronto fra analogia e argomento *a contrario*).

comma dell'art. 2497 c.c. e quella non prevista sussiste l'*identitas rationis*, — come si cercherà di dimostrare oltre — il ricorso all'argomento a *contrario* è escluso dalla legge <sup>(70)</sup>;

— l'utilizzo dell'argomento a *contrario* non trova un fondamento certo nemmeno nella volontà (in senso soggettivo) del legislatore <sup>(71)</sup>;

— la soluzione interpretativa che, a *contrario*, escluda la responsabilità della capogruppo personale a fronte di una norma che espressamente persegue per un medesimo fatto la *holding* avente natura di società o di ente, sarebbe sistematicamente <sup>(72)</sup> e costituzionalmente inaccettabile.

### 1.7. Il 2 co., prima parte, dell'art. 2497 c.c. Inidoneità di una responsabilità a titolo di concorso a perseguire la holding-persona fisica.

Come accennato, in ossequio alla scelta effettuata in sede di lavori preparatori, la dottrina commercialistica prevalente ritiene di poter sanzionare la persona fisica, che eserciti un'attività di direzione e coordinamento contraria allo *standard* previsto dalla legge, ricorrendo al 2 comma, prima parte, dell'articolo 2497, c.c. <sup>(73)</sup>: qui, infatti, è

<sup>(70)</sup> V. CACATERRA, voce *Analogia*, cit., 19 e 23 ove si definisce il nostro ordinamento, relativamente all'applicazione delle leggi ordinarie, come caratterizzato da un regime ad analogia.

<sup>(71)</sup> V. *infra* nel testo.

<sup>(72)</sup> Una simile soluzione, cioè, risulta contraria ad un'interpretazione *sistematica* della disposizione, ossia conforme alla presunzione di coerenza (assenza di antinomie) e congruenza (assenza di disarmonie assiologiche) dell'ordinamento giuridico. L'interpretazione sistematica è volta a prevenire le antinomie nell'ambito di un singolo testo normativo, evitando di assumere il significato di una norma che renderebbe la stessa incoerente col sistema (GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 172; TARELLO, *L'interpretazione*, cit., 375). Orbene, escludere la responsabilità in caso di persona fisica creerebbe un'antinomia del sistema, in quanto la disciplina dell'illecito civile concentra la propria attenzione sulla posizione del danneggiato, che rimarrebbe privo di tutela quando a commettere l'illecito sia stata una persona fisica e non un ente; ed in quanto si darebbe luogo ad una evidente disparità di trattamento fra *holdings*, prive di ragionevole giustificazione. Anche a voler attribuire natura contrattuale alla responsabilità da direzione e coordinamento, per violazione di preesistenti obblighi legali, il discorso non muta: sarebbe del tutto incongrua la soluzione che ritenesse l'obbligo di contemperare equamente l'interesse di gruppo con quello delle società eterogestite proprio solo della capogruppo avente natura collettiva e non, invece, di quella avente struttura personale. V. in tal senso GUERRERA, *Gruppi di società*, cit., 27; C. ESPOSITO, *La "categoria" dell'abuso "nella" personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 85.

<sup>(73)</sup> Così argomentando s'individua una disciplina della fattispecie omessa, senza modificare la portata del 1 comma, dell'art. 2497 c.c. (rispettandone quindi l'inequivoco tenore letterale). Cfr., per l'adozione di tale soluzione, SACCHI, *Sulla responsabilità*, cit., 661; CARIELLO, *Direzione*, cit., 1249 nt. 55; GALGANO, *Direzione*, cit., 59; RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, 544; NIUTTA, *La novella*, cit., 391; JORIO, *I Gruppi*, cit., 196. Partendo dal medesimo presupposto (inap-

rimasto il generico riferimento a “chi” abbia comunque preso parte al fatto lesivo. In tale disposizione viene individuata la *norma espressa* capace di disciplinare la responsabilità per abuso di eterodirezione della capogruppo personale <sup>(74)</sup>.

Anche tale soluzione desta però notevoli perplessità.

Queste derivano, innanzitutto, dal rapporto esistente fra la fattispecie di responsabilità di cui al 1 comma e quella di cui al 2 comma, prima parte, dell’art. 2497 c.c. Senza dilungarci eccessivamente su quanto già esposto <sup>(75)</sup>, sarà sufficiente ripetere che:

— la disposizione di cui al 1 comma costituisce il referente normativo della distinta rilevanza, a fini sanzionatori, delle manifestazioni di esercizio della direzione unitaria, espressive di una sua effettiva disponibilità <sup>(76)</sup>.

La norma, cioè, commina una responsabilità risarcitoria nei confronti di quelle società o enti che siano artefici o (per meglio dire, trattandosi di una fattispecie di illecito) autori dei processi decisionali concernenti la gestione del gruppo, elaborandone contenuti, modalità e tempi di attuazione. Di quelle organizzazioni collettive, cioè, che non si limitino a svolgere un ruolo passivo di approvazione ed attuazione di determinazioni assunte altrove.

Vale a dire: la responsabilità di cui al 1 comma si applica nei confronti di quegli enti che *esercitano* l’attività di direzione e coordinamento, nel senso che ne *determinano l’an e il quomodo* <sup>(77)</sup>; e i cui atti

plicabilità dell’art. 2497, 1 co.), ritengono invece che nell’ipotesi della persona fisica *holding* debba essere esperita un’azione di diritto comune, basata sull’art. 2043 c.c., GUGLIEMUCCI, *La responsabilità*, cit., 41; GALGANO, *I gruppi*, cit., 1021, c.c.

<sup>(74)</sup> La giustificazione della mancata previsione fra i legittimati passivi all’azione di responsabilità *ex art. 2497, 1 co.*, c.c. è stata spiegata da ANGELICI, *La riforma*, cit., 147, facendo riferimento alla “tradizione interpretativa che rende più agevole il superamento [della regola della limitazione di responsabilità per il socio società di capitali] quando a carico del socio persona giuridica e meno agevole nei confronti della della persona fisica”. A ciò mi pare possibile replicare che

— intanto non si riesce a cogliere il nesso fra la responsabilità limitata del socio, che deve intendersi come responsabilità patrimoniale, quindi per le obbligazioni sociali e la responsabilità di cui all’art. 2497, 1 co., c.c., che è, invece una responsabilità risarcitoria;

— “l’affermazione della responsabilità della persona fisica (in ipotesi: socia di maggioranza della *holding* capogruppo) a titolo di concorso con quest’ultima ovvero nella qualità di destinatario dei vantaggi dell’attività di direzione e coordinamento è suscettibile di scuotere il principio di responsabilità limitata del socio in maniera più intensa della diretta applicazione alla persona fisica della disciplina contenuta nell’art. 2497” (G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, cit., 22). In senso conforme a quest’ultima osservazione e con l’ulteriore riferimento all’art. 2476, 7 co., c.c. v. anche VALZER, *La responsabilità*, cit., 234 ss.

<sup>(75)</sup> Cfr. cap. II.

<sup>(76)</sup> CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 55.

<sup>(77)</sup> Così CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 55, il quale ripropone quanto precedentemente sostenuto in merito all’imputazione del controllo da patto parasociale (CARIELLO, “*Controllo congiunto*”, cit., 195).

di eterodirezione non siano occasionali o sporadici, ma siano riconducibili ad una sequenza di atti fra loro coordinati sia strutturalmente, sia funzionalmente;

— il 2 comma dell’articolo in esame determina un allargamento del novero dei soggetti responsabili a quanti abbiano (*meramente*) preso parte al fatto lesivo. Dove il prendere parte si risolve in un “apporto o contributo causale alla produzione del danno, in fase di elaborazione o attuazione dell’attività di direzione e coordinamento pregiudizievole” <sup>(78)</sup>.

La disposizione adempie cioè una funzione sistematica *residuale* rispetto ai vari contributi causalmente efficienti al verificarsi del fatto dannoso: essa fonda la rilevanza, come fonte di responsabilità, di una qualunque forma di partecipazione — intesa come contributo causalmente efficiente — all’abuso di direzione e coordinamento, purché non integrante gli estremi dell’effettiva disposizione di tale potere in relazione alla singola manifestazione dannosa <sup>(79)</sup>.

Se si accetta tale ricostruzione, dunque, la responsabilità imputabile alla capogruppo personale per *l’esercizio contra legem dell’attività di direzione e coordinamento* <sup>(80)</sup> deve essere quella principale ex art. 2497, 1 comma, c.c., e non quella, *accessoria ed eventuale*, propria del mero concorrente ad un fatto altrui ex art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. In altri termini, la possibilità di qualificare la persona fisica come *holding* implica lo svolgimento di un’attività che *eccede gli estremi della mera partecipazione al fatto lesivo altrui* prevista da quest’ultima norma <sup>(81)</sup>. Ciò a causa della posizione della capogruppo individuale

<sup>(78)</sup> CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 58.

<sup>(79)</sup> Responsabili ai sensi del 2 comma, dell’art. 2497 c.c. devono essere considerati, cioè, quei soggetti che, nel singolo caso concreto *non* abbiano in effetti determinato e/o indirizzato, tramite il proprio essenziale contributo decisionale, sia *l’an* che il *quomodo* dell’attività di eterodirezione.

<sup>(80)</sup> L’enfasi è dovuta al fatto che non necessariamente la *holding* — pur essendo come tale titolare, in generale, dell’attività di direzione e coordinamento — sarà responsabile, rispetto alla singola operazione abusiva, ai sensi del 1 comma. V. nt. successiva.

<sup>(81)</sup> La posizione sostenuta nel testo è valida in assoluto nel caso, preso a modello dalla presente riflessione, in cui sia configurabile un’attività *solitaria* di direzione e coordinamento, quando cioè la titolarità del potere di eterodirezione sia attribuibile ad una persona fisica (o ad un ente) singolarmente. In tale ipotesi la titolarità e la responsabilità ai sensi del 1 co., sono imputabili al medesimo soggetto: la *holding* sarà necessariamente anche il soggetto che, nella singola occasione, avrà disposto dell’attività di eterodirezione abusiva e, perciò, il soggetto responsabile ai sensi del 1 comma. La dottrina ha individuato, tuttavia, almeno un’ipotesi in cui il 2 comma, prima parte, dell’art. 2497 c.c., risulta idoneo a fondare la responsabilità della persona fisica-*holding*. Si tratta del caso nel quale si possano ravvisare gli estremi di un’attività *congiunta* di direzione e coordinamento (in presenza, per es. di un patto di sindacato). In presenza di un’attività di direzione e coordinamento congiunta, la dottrina ha prospettato la possibilità di procedere ad un’imputazione *selettiva* della responsabilità per il suo abuso. Vale a dire: non necessariamente e automaticamente i soggetti contitolari dell’attività di direzione e coordinamento coincidono con quelli responsabili, nel caso concreto, per esercizio dell’atti-

rispetto all'(eventuale) abuso di eterodirezione: essa è il *dominus* di tale attività (*Tatherrschaft*)<sup>(82)</sup>, sicché la sua responsabilità non può trovare titolo nel contributo causale *accessorio* — ossia nella mera partecipazione — all'illecito altrui.

D'altronde l'idea (sostenuta dalla dottrina maggioritaria) di assoggettare la persona fisica che eserciti l'attività di direzione e coordinamento alla responsabilità di chi abbia preso parte al fatto lesivo presuppone che la fattispecie di responsabilità di cui al 1 comma e quella prevista dal 2 comma, prima parte, dell'art. 2497 c.c. siano fra loro in qualche modo fungibili: non potendo applicare alla fattispecie della *holding* individuale la norma alla quale è riconducibile sotto il profilo oggettivo (ossia per quanto riguarda l'esercizio abusivo dell'eterodirezione nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui) a causa della restrizione soggettiva da quest'ultima contemplata, allora si ricorre al rimedio esperibile contro i concorrenti, dato che nella disposizione che lo disciplina si utilizza — per individuare i legittimati passivi — il pronome generico “chi”. Ma questa soluzione dà per scontato ciò che, invece, dovrebbe essere adeguatamente dimostrato, ossia che — per quanto riguarda il profilo oggettivo dell'illecito — il “prendere parte” all'abuso di eterodirezione sia idoneo a comprendere anche una condotta costituente *esercizio di attività di direzione e coordinamento*. Tale possibilità, in realtà, pare contraddetta dalla legge stessa la quale, invece di assimilare, *distingue* la fattispecie di responsabilità per *esercizio* abusivo dell'eterodirezione da quella di chi abbia *preso parte* allo stesso. Ciò impone di ritenere che le due previsioni si riferiscano ad illeciti diversi (seppur convergenti verso il medesimo evento lesivo).

D'altronde la scienza penalistica — che maggiormente si è occupata della questione del concorso — insegna che la partecipazione è entità da tenere ben distinta dal fatto principale al quale essa si riferi-

vità contraria ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale (CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 53). Allora, *ipotizzando che fra i contitolari dell'attività di direzione unitaria congiunta vi sia una holding-persona fisica, questa potrà essere ritenuta responsabile come concorrente se, nella singola occasione, abbia svolto un ruolo meramente attuativo di decisioni assunte effettivamente da altri, cui sia imputabile la responsabilità del 1 comma* (v. per la compiuta esposizione di tale tesi cap. II). Questa ipotesi, del tutto particolare, dimostra come *nella generalità dei casi*, il 2 comma dell'articolo in esame sia inidoneo a fondare la responsabilità della capogruppo persona fisica (*nel caso in cui si abbia un'attività di direzione e coordinamento solitaria, ad essa imputabile; nel caso di attività congiunta, quando la holding personale abbia concorso al prodursi del danno con una condotta che si risolve nel determinare, nel decidere effettivamente l'abuso di eterodirezione*).

<sup>(82)</sup> Per la qualificazione della capogruppo come *dominus* della direzione unitaria ai fini dell'imputazione della responsabilità derivante dall'esercizio abusivo della stessa v. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 114-115. E v. quanto si dice a proposito della signoria sul fatto al cap. II.



sce (v. cap. II). Viene meno, quindi, la praticabilità di una soluzione interpretativa che pretenda di perseguire la persona fisica-*holding* per aver “preso parte al fatto lesivo”, quando, di fatto, *essa è proprio il soggetto che ne è l'autore principale*.

Anche sotto il profilo dell'imposizione di (quello che abbiamo ritenuto essere) un obbligo avente fonte legale, volto a regolare l'esercizio del potere di eterodirezione, risulta ulteriormente confermata l'inadeguatezza della soluzione proposta dalla dottrina dominante.

Si è già rilevato che la peculiare concentrazione nella capogruppo del potere di determinare la strategia gestoria delle società dominate esige un bilanciamento sul piano dei rapporti endo-associativi ed anche di quelli esterni<sup>(83)</sup>. Tale esigenza trova una risposta normativa — a seguito della riforma — nell'imposizione dell'obbligo di “corretta gestione societaria e imprenditoriale” e della responsabilità conseguente alla sua violazione<sup>(84)</sup>.

La medesima esigenza ricorre anche nell'ipotesi della persona fisica-*holding*: per la posizione di dominio di cui dispone, anch'essa può incidere dannosamente sugli interessi di soci minoritari e creditori delle società dominate, esercitando effettivamente un'attività di eterogestione abusiva. Ne consegue la necessità di imputare anche alla *holding* personale l'obbligo che il legislatore della riforma ha introdotto proprio per disciplinare l'esercizio del potere capace di ledere gli interessi tutelati nel nuovo capo IX<sup>(85)</sup>.

Anche sotto questo profilo, la responsabilità di “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo” risulta inadeguata a disciplinare la fattispecie della capogruppo personale. Si è già proposto, infatti, di

<sup>(83)</sup> In altre parole, rispetto alla capogruppo, “assume una specifica rilevanza la [sua] qualità o posizione..., che vale a porl[a] in una particolare relazione con il bene protetto dalla norma” (si parafrasano le osservazioni di FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, Torino, 1999, 159; GULLO, *Il reato proprio*, Milano, 2005, 47 ss., entrambi in riferimento al reato proprio, ricostruito come *Pflichtdelikte*).

<sup>(84)</sup> GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 151.

<sup>(85)</sup> La ricostruzione proposta nel testo trae spunto anche dalla riflessione di MAZZONI, *Le lettere*, cit., 157, il quale, con riferimento alla responsabilità del *patronnant* nei confronti del garantito, afferma che “ogni qual volta un soggetto si trova investito del potere di fatto o di diritto di gestire un interesse altrui o *anche* altrui...la posizione del gestore è caratterizzata da obblighi specifici e positivi di corretto esercizio del potere, valutabili alla stregua dei criteri di diligenza e buona fede e integrati da obblighi accessori di protezione della sfera del soggetto gerito conformemente alle regole generali applicabili ad ogni rapporto obbligatorio, nonché alle regole più specifiche...che disciplinano l'attività gestoria...”. Il principio affermato dall'autore conferma quanto si dice nel testo: l'obbligazione di corretta gestione societaria e imprenditoriale deve essere imputata anche alla persona fisica-capogruppo, stante l'esercizio di fatto da parte della stessa di un potere — *latu senso* gestorio — identico a quello proprio della capogruppo avente natura collettiva. Quindi la responsabilità cui la prima deve essere assoggettata non può essere diversa da quella per inadempimento dell'obbligo primario previsto al 1 co. Cfr. anche A. DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 375 ss.

ricondere la responsabilità di cui al 1 co. dell'art. 2497 c.c., alla violazione di un'obbligazione preesistente e quella ex 2 co., prima parte, alla complicità nell'inadempimento. Se si accetta tale ricostruzione, la capogruppo personale deve rispondere per l'inadempimento dell'obbligazione appena menzionata, collegata dalla legge all'esercizio del potere di eterodirezione che gli è — per ipotesi — imputabile, non come mero complice nell'inadempimento di un *obbligato altrui* <sup>(86)</sup>.

1.8. Segue: *il 2 co., prima parte, dell'art. 2497, c.c. L'inadeguatezza di una responsabilità accessoria a disciplinare la responsabilità della capogruppo individuale.*

1.8.1. *Ipotesi nelle quali è possibile imputare la responsabilità ex art. 2497, 1 co., c.c. ad un ente collettivo.*

Come già rilevato, l'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., prevede una responsabilità *dipendente* da quella per esercizio scorretto dell'attività di direzione e coordinamento. Quindi, la possibilità di perseguire la capogruppo persona fisica *come concorrente* presuppone l'imputazione della responsabilità *principale* ai sensi del 1 comma ad un ente collettivo.

Tale condizione si realizza in due ipotesi, suscettibili di ulteriori distinguo: *A*) quando la responsabilità principale (1 co., art. 2497 c.c.) è imputabile ad una *sub-holding*; *B*) quando la stessa responsabilità è imputabile ad un ente collettivo indipendente (cioè non controllato) dalla *holding* personale, che risulti contitolare con quest'ultima dell'attività (congiunta) di direzione e coordinamento.

*Sub A*) La tesi sostenuta dalla dottrina dominante è fondata sull'assunto — implicito e probabilmente non sufficientemente ponderato — che il 1 comma della disposizione in esame sia idoneo a sanzionare l'abuso di direzione e coordinamento perpetrato non solo dalla *holding* in posizione apicale rispetto alla struttura del gruppo, ma anche dalle *sub-holdings* <sup>(87)</sup>, cioè dalle società intermedie nella struttura a catena

<sup>(86)</sup> Nota, al proposito, MAZZONI, *La responsabilità gestoria*, cit., 829, che la controllante “è, evidentemente, considerata dalla norma [art. 2497 c.c.] come un soggetto che, esercitando effettivamente un potere gestorio, non può sottrarsi ai conseguenti obblighi e doveri che l'esercizio di tale potere reca *ex lege* con sé”. Ci si chiede, dunque: perché i medesimi obblighi *ex lege* non dovrebbero essere posti a carico dell'individuo che eserciti un potere analogo?

<sup>(87)</sup> Il punto è evidenziato con chiarezza da DAL SOGLIO, *sub art. 2497*, cit., 2332, il quale, aderendo alla tesi prevalente, afferma che “non vi è gruppo quando vi sia un soggetto non collettivo (diverso da società o enti) che domini una o più società direttamente, senza scalini intermedi rappresentati da enti collettivi. In questo caso infatti l'attività di direzione e coordinamento non è esercitata da società o enti e non può applicarsi il primo comma, *né di riflesso il secondo*. La presenza di almeno uno scalino

del gruppo, che dirigono e coordinano le proprie controllate, ma sono, a loro volta, dirette e coordinate dalla società o dall'ente di vertice <sup>(88)</sup>.

La legittimazione passiva, ai sensi del 1 comma, delle *holdings* intermedie è ammessa in base alla previsione contenuta nell'art. 2497-*sexies* c.c.: la presunzione di eterodirezione lì contemplata si applicherebbe anche alla società controllante, che sia a sua volta controllata <sup>(89)</sup>. Anzi, l'imputazione della responsabilità alla *sub-holding* darebbe un significato compiuto — ad avviso di parte della dottrina — alla previsione normativa dell'esercizio dell'eterodirezione nell'“interesse imprenditoriale... altrui”: mentre la capogruppo esercita la direzione unitaria nell'interesse imprenditoriale proprio, la *holding* intermedia la eserciterebbe nell'interesse imprenditoriale della *holding* di vertice <sup>(90)</sup>.

Tale tesi consente di far valere nei confronti della capogruppo personale la responsabilità solidale prevista al 2 comma, che dipende da quella disciplinata al 1 comma dell'art. 2497 c.c., imputando quest'ultima alla *sub-holding*.

Tuttavia una simile costruzione si espone a varie obiezioni.

A parte argomenti di carattere letterale <sup>(91)</sup> — che non paiono

intermedio rappresentato da un ente collettivo (società o altro) consente invece di attribuire a questo la posizione di soggetto dominante ai sensi del primo comma, e di risalire alla persona fisica al vertice in forza della previsione del secondo comma” (corsivo aggiunto).

<sup>(88)</sup> Per tale definizione v. GALGANO, *Direzione*, cit., 58; MAUGERI, *Partecipazione*, 299.

<sup>(89)</sup> GALGANO, *Direzione*, cit., 58. Gli autori che, *ante riforma*, si sono occupati del problema della responsabilità delle *sub-holdings*, in caso di gruppo avente una struttura comprendente una pluralità di società di controllo (c.d. a catena), hanno ammesso la responsabilità per abuso di eterodirezione, oltre che della capogruppo e dei suoi amministratori, anche delle controllanti sottoposte alla capogruppo, attraverso le quali sia transitata la specificazione della direzione unitaria. Cfr. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 122; BORGIOI, *Direzione*, 23, RONDINONE, *I gruppi*, cit., 733.

<sup>(90)</sup> GALGANO, *Direzione unitaria*, cit., 117; DAL SOGLIO, *sub art. 2497*, cit., 2333 nt. 130. Tuttavia, a tale opinione può replicarsi che non sembra necessario, per spiegare il riferimento all'interesse imprenditoriale altrui, ammettere che anche alla *sub-holding* possa essere imputato l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento: la capogruppo di vertice può, infatti, ritenere conveniente, nell'ottica complessiva del gruppo, perseguire una politica imprenditoriale vantaggiosa per una delle società dominate (cioè nell'interesse di questa) a discapito di un'altra (cfr. 2497, 2 co., ult. parte, c.c.). In quest'ultimo senso mi sembra orientato MAUGERI, *Partecipazione*, cit., 284 ss.

<sup>(91)</sup> NIUTTA, *La novella*, cit., 398 ss. afferma che la tesi della responsabilità *ex* 1 comma della *sub-holding* sarebbe smentita dalla modifica introdotta dal d.lgs. 37/2004, la quale, nel riscrivere gli artt. 2497-*bis*, *sexies* e *septies*, c.c. utilizzando il singolare anziché il plurale, sembrerebbe rappresentare la constatazione da parte del legislatore che l'attività di direzione e coordinamento possa essere imputata in via principale ad un solo organismo collettivo. Più recentemente BUSSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità*, cit., 83 e 99 rilevano che “la presunzione [*ex* art. 2497-*sexies* c.c.] non opera per le società intermedie nella catena di controllo” sia perché la norma che la prevede si riferisce all'ente tenuto al consolidamento e tale è soltanto quella che controlla senza essere controllato; sia perché “appare contraddittorio presumere che la società intermedia...sia

decisivi per risolvere la questione —, la possibilità di ascrivere la responsabilità per abuso di eterodirezione alla *sub-holding* non ricorre in ogni caso concreto. E, comunque, rientra nella discrezionalità del legislatore ammettere o escludere una simile evenienza come dimostrato dall'art. 61, comma 1, TUB, ove espressamente l'attività di direzione e coordinamento è riferita alla società capogruppo definita come "la banca italiana o la società finanziaria... cui fa capo il controllo delle società componenti il gruppo bancario, e che non sia, a sua volta, controllata da un'altra società finanziaria... che possa essere considerata capogruppo ai sensi del comma 2".

Al riguardo, pare necessario distinguere l'ipotesi in cui la società intermedia detenga il potere di concorrere alla determinazione del piano imprenditoriale di gruppo, da quella in cui la medesima abbia semplicemente agito come tramite delle direttive pregiudizievoli altrui<sup>(92)</sup>.

La soluzione della questione comporta, innanzitutto, un accertamento di fatto estremamente complicato. Comunque, se concretamente si verifica che, pur in presenza di un'attività di direzione e coordinamento del soggetto al vertice del gruppo nei confronti delle *holdings* intermedie, queste ultime abbiano esercitato un *proprio* potere di direzione strategica nei confronti delle società ad esse subordinate, allora anche alle controllanti di settore<sup>(93)</sup> deve imputarsi la responsabilità di cui al 1 comma, dell'art. 2497 c.c. Pare cioè ammissibile la compatibilità di un piano strategico generale, inevitabilmente ascrivibile alla *holding* di vertice, con una pluralità di centri subordinati che esercitano, a loro volta, un'attività di vero e proprio indirizzo delle scelte gestionali, tale da potersi definire di direzione e coordinamento<sup>(94)</sup>.

in grado di decidere le sorti della società controllata, e nello stesso tempo considerarla ...incapace di decidere le proprie, perché soggetta all'attività di direzione e coordinamento di altra società".

<sup>(92)</sup> V. BUSSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità*, cit., 101, che in riferimento alla società intermedia nella catena di controllo (oltre alla non applicabilità alla stessa della presunzione *ex art. 2497-sexies c.c.*) affermano la necessità, a fronte di un'ingerenza di fatto nella gestione delle controllate, di verificare l'esistenza di uno stato di soggezione (nel significato attribuitogli dagli autori alle pagg. 95 ss.) per poter imputare alla prima la responsabilità *ex art. 2497 c.c.*

<sup>(93)</sup> Che la questione in esame acquisti rilievo soprattutto in caso di gruppo multidivisionale emerge da vari contributi della dottrina, fra i quali v. MONTALENTI, *Direzione*, cit., 326; GALLETTI, *La trasformazione dell'impresa ad opera dell'organo amministrativo*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 707, n. 150, il quale afferma che in tale ipotesi la pianificazione strategica dell'attività economica non viene imposta dall'alto, ma è frutto di un processo concertato di programmazione, che si sviluppa nelle diverse, singole aree operative.

<sup>(94)</sup> MONTALENTI, *Direzione*, cit., 326; GALLETTI, *La trasformazione*, cit., alla nt. precedente. In senso dubitativo NIUTTA, *La novella*, 393. Per la dottrina tedesca favorevole all'applicazione della responsabilità prevista dal § 317 AktG nei confronti di tutte le società che controllano a catena la dominata le quali risponderanno in solido, in relazione al caso del c.d. *mehrstufige faktische Konzern*, v. KELLER, *Die Führung einer*

In tal caso, potendosi perseguire un ente collettivo per eterodirezione abusiva, si realizza la condizione per coinvolgere la persona fisica-*holding* nella responsabilità *accessoria* di chi abbia preso parte al fatto lesivo altrui.

Ciononostante, la fattispecie di cui all'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., risulta comunque *inidonea* a porsi come disciplina generale della responsabilità della capogruppo individuale.

Sono, infatti, prospettabili due sotto ipotesi:

A<sub>1</sub>) quelle in cui una *holding* personale controlli in via solitaria una *sub-holding* ed entrambe dirigano e coordinino, *in via congiunta*, altra ovvero altre società, senza che tale attività sia nella disponibilità *soltanto* della prima (c.d. attività congiunta di direzione e coordinamento a contitolarità verticale o sotto ordinata) <sup>(95)</sup>.

In tal caso, la controllante intermedia si assume responsabile ai sensi del 1 comma della disposizione in esame <sup>(96)</sup>.

Se, tuttavia, la persona fisica-*holding* risulti aver svolto, *in relazione alla singola manifestazione dannosa dell'attività di direzione e coordinamento*, un ruolo di co-determinazione dell'abuso, anche ad essa dovrebbe imputarsi (non già la responsabilità per aver preso parte al fatto lesivo, ma) la responsabilità principale contemplata dal 1 comma <sup>(97)</sup>.

Solo nel caso in cui la capogruppo personale abbia fornito, *nel*

*Holding, in Holding Handbuch*, a cura di LUTTER, Köln 2004, 09 e 113 ss., ove si afferma la possibilità di distinguere un doppio livello di pianificazione; REBINDER, *Gesellschaftsrechtliche Probleme mehrstufiger Unternehmensverbindungen*, in ZGR, 1977, 593, ove alla n. 34 ulteriori riferimenti di dottrina conforme; HALTEMEPPEN, *Die Haftung des Managers im Konzern*, München, 1998, 125, ove a n. 439 ulteriori riferimenti).

<sup>(95)</sup> CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 40-41 e nt. 69, ove riferimenti anche alla riflessione della dottrina tedesca.

<sup>(96)</sup> Occorre rilevare che l'imputabilità alla *sub-holding* dell'attività di direzione e coordinamento (e quindi la possibilità di realizzare le condizioni per far valere la responsabilità della capogruppo personale ai sensi del 2 comma, dell'art. 2497 c.c.) non può configurarsi, qualora si acceda alla tesi, autorevolmente sostenuta, secondo la quale "l'esercizio in senso « verticale » di una gestione unitaria e l'attuazione nello stesso senso di un disegno imprenditoriale unitario presuppongono sempre l'unicità della capogruppo e la titolarità solitaria del controllo: in altre parole, la *direzione unitaria* esigerebbe per essere tale l'*unicità del controllante*" (CARIELLO, *Controllo*, cit., 126, che avversa la tesi; la sostengono, al contrario, con riferimento alla disciplina dei gruppi bancari, JAEGER, *Controllo e direzione sul gruppo creditizio*, in *Banca, impresa, società*, 1992, 383; Id., *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 482; P. FERRO LUZZI- MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Giur. comm.*, I, 1994, 441; MARCHETTI, *Sul controllo*, cit., 1560). Si tratta di un'idea che ha conosciuto la sua prima formulazione in Germania: essendo l'essenza della direzione unitaria indivisibile, lo stesso concetto presupporrebbe che la competenza per la progettazione del piano di gruppo e la definitiva decisione circa la sua realizzazione spetti ad un solo soggetto, risultando pertanto impensabile una direzione unitaria comune (v. la dottrina tedesca riportata in CARIELLO, *Controllo*, cit., 126 n. 96).

<sup>(97)</sup> In questo senso, sebbene non in relazione alla figura della persona fisica-*holding*, CARIELLO, *Direzione*, cit., 1250; Id., *Dal controllo*, cit., 40. E v. sopra cap. II.

*singolo caso concreto*, un mero contributo causale al realizzarsi dell'evento lesivo, non integrante gli estremi dell'*esercizio abusivo* dell'eterodirezione (come ricostruito al cap. II), essa può essere assoggettata alla responsabilità da concorso. In questo caso, *ma solo in esso*, l'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c., risulterebbe idoneo a colmare la mancata previsione della responsabilità della capogruppo personale;

A<sub>2</sub>) quella in cui la capogruppo personale diriga una società controllata, la quale, a sua volta, diriga e coordini, *in modo solitario*, ulteriori società del gruppo <sup>(98)</sup>.

Tale evenienza — nonostante la *sub-holding* risulti legittimata passiva ai sensi del 1 comma — non sembra rilevare ai fini del problema in esame.

Nell'ipotesi in cui la controllante intermedia eserciti *con autonomia decisionale e operativa il proprio potere di direzione strategica* nei confronti delle società ad essa subordinate, i soci minoritari e i creditori danneggiati di queste ultime dovrebbero poter esperire l'azione risarcitoria *soltanto* contro la *sub-holding*, mentre non sarebbero legittimati ad agire nei confronti della persona fisica al vertice del gruppo.

Infatti, l'attività di direzione e coordinamento deve considerarsi interrotta ove, discendendo lungo la catena di controllo, "si verifichi in concreto una cesura, una soluzione di continuità, un *saltus*, tale per cui possa dirsi che le società a valle non ripetono alcuna direttiva dalla capogruppo sovraordinata alla *sub-holding*." <sup>(99)</sup>.

*Sub B)* Nell'ipotesi in cui sia configurabile, poi, un'attività congiunta di direzione e coordinamento a contitolarità orizzontale o equiordinata <sup>(100)</sup> fra una persona fisica e una o più società o enti, vale la medesima osservazione esposta in relazione al caso di direzione congiunta a contitolarità verticale (v. sopra, l'ipotesi A<sub>1</sub>): se l'individuo realizza una condotta meramente attuativa, può essere considerato responsabile come concorrente, in quanto sussista la responsabilità principale degli altri contitolari; nel caso contrario, in cui la persona fisica *condivida* l'esercizio dell'attività di eterodirezione, il 2 comma, prima parte, dell'art. 2497 c.c. è inapplicabile.

<sup>(98)</sup> MONTALENTI, *Direzione*, cit., 326; CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 41 nt. 69. Riguardo a tale ipotesi è bene chiarire che essa è trattata di seguito a quella dell'attività di direzione e coordinamento a contitolarità verticale solo perché entrambe sono accomunate dal verificarsi della condizione dell'imputabilità alla società intermedia della responsabilità principale da abuso di eterodirezione. Tuttavia, l'ipotesi ora in esame non integra la fattispecie dell'attività congiunta di direzione e coordinamento verticale; in essa sono presenti *plurime* situazioni di attività *solitaria* di direzione e coordinamento.

<sup>(99)</sup> MONTALENTI, *Direzione*, cit., 326. Se l'attività di direzione e coordinamento è esercitata in via solitaria dalla *sub-holding*, solo essa potrà essere perseguita come autrice del danno. Se vi fosse una partecipazione anche della capogruppo, si ricadrebbe, credo nell'ipotesi precedente.

<sup>(100)</sup> CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 40.

1.8.2. *Ipotesi in cui non sia possibile imputare ad un ente collettivo la responsabilità per abuso di eterodirezione.*

L'interpretazione sostenuta dalla dottrina maggioritaria risulta, poi, del tutto inaccettabile nelle ipotesi in cui non sia possibile imputare la responsabilità principale ad un ente collettivo (sia esso controllato o equiordinato rispetto al soggetto individuale).

Ciò si verifica, innanzitutto, qualora le direttive impartite dalla *sub-holding* non siano autonomamente elaborate, ma promanino dalla *holding*-persona fisica e siano trasmesse dalla prima alle dominate “meramente in nome e per conto” della capogruppo<sup>(101)</sup>. In pratica si prende in esame il caso, in cui la dottrina tedesca definisce la società che occupa la posizione intermedia come semplice “stazione di passaggio” (*Durchgangsstation*)<sup>(102)</sup>. Cosicché, per il principio di effettività che informa l'intera disciplina del gruppo, deve considerarsi esistente un'attività *solitaria* di direzione e coordinamento, la cui titolarità e il cui esercizio, al fine della responsabilità, devono essere imputati esclusivamente alla capogruppo personale.

Una considerazione analoga vale, peraltro, anche nell'ipotesi di un gruppo a catena, in cui le direttive promanino direttamente dalla capogruppo alle dominate operative senza passaggi intermedi.

Al ricorrere di tali evenienze, non potendo la *sub-holding* (ente collettivo) essere tenuta al risarcimento dei danni in via principale<sup>(103)</sup>, viene meno il presupposto per far valere anche la responsa-

<sup>(101)</sup> Cfr., per la considerazione di tale ipotesi MONTALENTI, *Direzione*, cit., 327, al quale appartiene anche la frase virgolettata; CARIELLO, *Direzione*, cit., 41 n. 69; GALGANO, *Direzione*, cit., 118.

<sup>(102)</sup> V. CARIELLO, *Controllo*, cit., 20 nt. 19; RONDINONE, *I gruppi*, cit., 339 ss., il quale argomenta — proprio in linea con la concezione della società intermedia come *Durchgangsstation* — che le istruzioni delle società inferiori devono pur sempre conformarsi alle direttive superiori, in quanto il soggetto capogruppo (anche persona fisica) non consentirà mai un esercizio della direzione unitaria contrario ai propri interessi. In base a tale considerazione l'autore conclude che la direzione unitaria non può essere imputata non solo alla società controllante c.d. intermedia, ma neppure a quella, che si trovi all'apice della catena (*Obergesellschaft*), qualora questa sia dominata da persone fisiche. Conf. NIUTTA, *La novella*, cit., 383 nt. 37, il quale afferma che “una controllante che sia a sua volta controllata da altro soggetto può... fornendo la prova di quel rapporto di controllo, argomentare di non essere al vertice dell'organizzazione di gruppo e quindi escludere di esercitare effettivamente il potere di direzione e coordinamento, perché esso spetta ad altri nel gruppo”. Pertanto questa sarebbe l'ipotesi paradigmatica in cui è possibile fornire la prova contraria, espressamente ammessa, della presunzione relativa prevista dall'art. 2497-sexies.

<sup>(103)</sup> V. MONTALENTI, *Direzione*, cit., 325 ss., il quale nel domandarsi se all'interno del gruppo possa configurarsi un'unica attività di eterodirezione, da imputarsi necessariamente al vertice, oppure se sia ipotizzabile la compresenza di più attività di direzione e coordinamento, imputabili a soggetti diversi, conclude che in tale ipotesi è la *holding* al vertice del gruppo “il soggetto che dovrà essere indicato come società esercente l'attività di direzione e coordinamento”. Anche CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 41 n. 69 ammette la possibilità di configurare, in un gruppo a catena composto da A al vertice,

bilità della persona fisica ai sensi del 2497 c.c., 1 cpv., in quanto accessoria rispetto a quella per abuso di eterodirezione.

Per quanto rilevato, i soci e i creditori della dominata risultano sprovvisti di tutela contro l'eterodirezione abusiva della *holding* personale ai sensi dell'articolo di apertura del capo IX. Invece, ricorrendo le medesime circostanze, essi possono chiedere il risarcimento del danno alla capogruppo, se quest'ultima è una società o un ente. Si determina, dunque, una disparità di trattamento, priva di "ragionevole motivo" <sup>(104)</sup>, contraria al principio costituzionale di uguaglianza.

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

In tal caso <sup>(105)</sup>, infatti, la direzione unitaria non è esercitata tramite un soggetto collettivo e, pertanto, non sussiste la possibilità di risalire alla persona fisica in posizione apicale, in forza della previsione di cui al 2 comma dell'art. 2497 c.c. <sup>(106)</sup>, a causa — ancora — del carattere *secondario ed accessorio* della responsabilità lì prevista.

Si verifica, pertanto, anche a fronte di tale fattispecie concreta, una discriminazione in danno dei soci esterni e dei creditori della dominata: i danneggiati dal comportamento antigiusdicario di un ente collettivo possono far valere il rimedio risarcitorio *ex art.* 2497 c.c., 1 co.,

*B* in posizione intermedia, e *C, D, E* alla base, l'ipotesi in cui solo ad *A* possa imputarsi l'attività di direzione e coordinamento oltre che di *B* anche di *C, D, E*.

<sup>(104)</sup> L'unica diversità fra l'ipotesi in cui *holding* sia una società o un ente e quella in cui sia una persona fisica può essere la seguente: gli enti collettivi "assumono normalmente una posizione imprenditoriale", il che determina l'insorgere di quel conflitto di interessi istituzionalizzato, ingenerato dal collegamento fra imprese giuridicamente autonome, che la disciplina del gruppo ha la finalità di "amministrare" (così WEIGMANN, *La nuova disciplina dei gruppi di società: il punto di vista del giurista*, in *La riforma delle società di capitali: aziendalisti e giuristi a confronto*, a cura di ABRIANI-ONESTI, Milano, 2004, 155; *Id.*, in nota a Cass., 13 marzo 2003, n. 3724, in *Giur. it.*, 2004, 562, ove l'autore aggiunge anche che la previsione di una riserva a favore di determinate categorie di imprenditori risulta consigliabile, per ragioni di prudenza, in settori come quello bancario, assicurativo, finanziario o all'inverso, in quello artigiano, i primi riservati alle società per azioni e alle cooperative, il secondo viceversa precluso alle stesse. Ma l'assegnazione del ruolo di capogruppo esclusivamente a enti collettivi non pare essere stata fondata su analoghe considerazioni; GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 144; NIUTTA, *La novella*, cit., 392 nt. 77). Ma lo stesso trattamento deve, allora, essere esteso a *tutti coloro* che esercitano, perseguendo un interesse imprenditoriale proprio o altrui, un'attività di direzione e coordinamento sulle società controllate.

<sup>(105)</sup> Cui fa riferimento ANEGELICI, *La riforma*, cit., 146-147. Si è già accennato sopra nel testo che tale ipotesi diviene particolarmente importante a seguito della riforma, in quanto essa ha abrogato la previsione della illimitata responsabilità del socio unico (persona fisica), che sia al contempo tale anche rispetto ad altre società di capitali.

<sup>(106)</sup> Conf. DAL SOGLIO, *Sub art. 2497*, cit., 2532; SBISÀ, *Responsabilità della holding e vantaggi compensativi*, in *Società — Il dizionario della riforma*, in *Italia oggi*, Milano, 2003, 175.



mentre ciò è precluso, ingiustificatamente, a coloro che subiscano analogo nocimento da una persona fisica <sup>(107)</sup>.

Inoltre, accogliendo la tesi della dottrina prevalente, può prospettarsi un'ulteriore disparità di trattamento nell'ottica, non dei soggetti danneggiati, ma dei legittimati passivi all'azione risarcitoria.

La *holding* personale va esente da responsabilità, infatti, qualora sia al vertice di un gruppo c.d. a raggiera o comunque eserciti la direzione unitaria senza avvalersi di enti subordinati aventi natura collettiva, essendo perseguibile — come concorrente — *esclusivamente* quando la responsabilità principale possa essere imputata ad una società o ente.

Al contrario, la capogruppo avente natura collettiva è *sempre* obbligata al risarcimento del danno.

### 1.8.3. *L'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c.*

Considerazioni analoghe valgono con riferimento al 2 comma, ult. parte, della norma di apertura del capo IX.

La responsabilità dei beneficiari consapevoli è condizionata, al pari di quella del concorrente, alla possibilità di agire nei confronti di un ente collettivo ai sensi del 1 comma. Ciò risulta dall'inequivoco tenore letterale della previsione: il vantaggio deriva — com'è reso evidente dall'uso della pronome “ne” — dall'eterodirezione *contra legem* e, per ciò, presuppone la sua realizzazione.

Anche in tale ipotesi, quindi, l'azione non può essere esperita contro la capogruppo personale, laddove non sussista un ente collettivo, cui risulti imputabile l'abuso di direzione e coordinamento.

In senso contrario, si è ritenuto la previsione relativa ai beneficiari consapevoli idonea a coinvolgere in responsabilità la persona fisica-*holding*, anche nell'ipotesi in cui il “fatto lesivo” non risulti imputabile a società o enti. Se l'attività di direzione e coordinamento è esercitata da questi ultimi — si afferma — opera pienamente la responsabilità prevista dall'art. 2497 c.c.; “se la esercita invece una persona fisica, essa (la responsabilità) è circoscritta nei limiti del vantaggio conseguito: da un punto di vista economico, quindi,... (sorge) l'obbligo di restituire quanto (in termini economici) indebitamente sottratto alla società.” <sup>(108)</sup>.

L'interpretazione correttiva della disposizione (tramite l'utilizzo

<sup>(107)</sup> GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 144.

<sup>(108)</sup> ANGELICI, *La riforma*, cit., 147-148 il quale aggiunge di non poter nascondere che una simile conclusione sia opinabile, ma di averla ritenuta praticabile in base alla considerazione per cui non sarebbe comprensibile l'altra soluzione di escludere la responsabilità della capogruppo personale per i vantaggi consapevolmente ottenuti a seguito dell'altrui “fatto lesivo” a seconda che esso sia imputabile o meno ad un ente

dell'argomentazione orientata alle conseguenze <sup>(109)</sup>, cui perviene tale tesi, non pare, però, accettabile.

L'art. 2497 c.c. è chiaro nel richiedere come presupposto della responsabilità del beneficiario l'esistenza di quella prevista al 1 comma <sup>(110)</sup>. Di fronte all'inequivoco tenore letterale della norma, dottrina e giurisprudenza escludono la possibilità di pervenire ad una *interpretazione correttiva* della stessa <sup>(111)</sup>.

In teoria, l'ambito applicativo estremamente ampio della fattispecie dell'arricchimento ingiustificato si presta a comprendere anche la capogruppo personale; ma non nel caso dell'art. 2497 c.c., *per come è stato costruito dal legislatore il rapporto — in termini, cioè, di accessoriety — fra il 1 e il 2 comma*.

Tuttavia, anche a non voler considerare argomenti di carattere ermeneutico — oggetto di ampia discussione in dottrina e in giurisprudenza —, occorre comunque tener presente che, riconducendo l'ipotesi in esame entro la fattispecie del beneficiario consapevole, si creerebbe un privilegio per la *holding* non avente natura collettiva, in quanto la stessa sarebbe obbligata solo nei limiti del vantaggio conseguito <sup>(112)</sup>. Quindi si adotterebbe una soluzione interpretativa contraria al principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*

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

— come emerso dalla ricostruzione del suo significato sistematico, l'ultima parte dell'art. 2497, 2 co., c.c. prevede una responsabilità indennitaria (espressione di un principio analogo a quello sotteso alla clausola generale di cui all'art. 2041 c.c.) applicabile al soggetto che, *senza partecipare al fatto lesivo*, si limiti a trarre vantaggio dalle scelte gestorie *contra legem* della capogruppo.

Nel caso della persona fisica-*holding*, però, non siamo di fronte ad un individuo che dovrebbe rispondere per aver percepito un arricchimento ingiustificato, mantenendo un atteggiamento meramente pas-

collettivo; e ciò fino al punto di escluderla persino quando di quel "fatto lesivo" la persona fisica sia direttamente e personalmente autrice.

<sup>(109)</sup> Le implicazioni pratiche degli effetti giuridici di una regola di decisione, che l'autore valuta, nel caso considerato, incongruenti (da qui l'utilizzo da parte di ANGELICI, *La riforma*, cit., 147, anche dell'argomento interpretativo della *reductio ad absurdum*), conducono a scartare una certa interpretazione della norma (quella maggiormente aderente al suo tenore letterale) e a preferirne una correttiva (quella, cioè, che porta ad ammettere la responsabilità del beneficiario autonomamente).

<sup>(110)</sup> BADINI CONFALONIERI-VENTURA, *Sub art. 2497*, cit., 2168.

<sup>(111)</sup> Per tutti cfr. in dottrina CHIASSONI, *La giurisprudenza civile: metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, 523; in giurisprudenza Cass., 13 aprile 1996, n. 3495, in *Giust. civ. mass.*, 1996, 564.

<sup>(112)</sup> Per la differenza anche quantitativa fra danno e indennizzo v. cap. III.

sivo <sup>(113)</sup>; ma, al contrario, a colui che dovrebbe essere perseguito per aver disposto scorrettamente dell’attività di direzione e coordinamento.

Pertanto la responsabilità della capogruppo personale deve avere natura risarcitoria, in quanto essa trova titolo proprio in un contributo causale alla realizzazione del danno per i soci minoritari e i creditori della dominata <sup>(114)</sup>. Anzi la persona fisica, che si suppone eserciti le prerogative della capogruppo, è l’autrice principale dell’abuso di eterodirezione;

— l’attività scorretta di direzione e coordinamento è considerata dal legislatore come un’*illecito*; perciò essa è fonte dell’obbligazione di risarcimento del danno.

La fattispecie della responsabilità indennitaria non è idonea, però, a comprendere atti *contra ius* (e *non iure*), ma unicamente atti leciti (anche se ingiustificati) <sup>(115)</sup>;

— il rimedio indennitario può risultare inapplicabile, perché la *holding* personale non necessariamente trae dall’abuso di eterodirezione quel vantaggio patrimoniale necessario per configurare l’arricchimento ingiustificato <sup>(116)</sup>. Certamente la capogruppo esercita sempre

<sup>(113)</sup> V. ANGELICI, *La riforma*, cit., 146.

<sup>(114)</sup> Il rilievo attribuito alla causazione del fatto lesivo al fine di distinguere le fattispecie di responsabilità risarcitoria da quelle di responsabilità restitutoria contraddistingue la riflessione di A. DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 332; GUIZZI, *Partecipazioni qualificate*, cit., 256. ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 327 ss. afferma che nell’azione di arricchimento non si pone un problema causale fra arricchimento e impoverimento, che è invece centrale nella responsabilità risarcitoria; Cass. SS.UU., 8 ottobre 2008, 24772, cit., 441, secondo la quale arricchimento e impoverimento non sono in rapporto di causa ed effetto, ma sono entrambi due effetti.

<sup>(115)</sup> Secondo A. DI MAJO, *La tutela civile*, 332, mentre la responsabilità risarcitoria richiede un danno *contra ius*, quella indennitaria richiede una diminuzione patrimoniale ingiustificata, il che — afferma l’autore — è *ben diverso*. Secondo DI MAJO, dunque, “il rimedio risarcitorio ha ben altri presupposti” e si distingue da quello restitutorio anche sotto il profilo funzionale. Per considerazioni analoghe v. anche P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, cit., 157 il quale afferma (recependo il risalente insegnamento di SCHLESINGER, voce *Arricchimento*, cit., 1006, secondo cui l’obbligazione indennitaria è “la reazione predisposta dall’ordinamento al verificarsi di un fatto operativo di uno spostamento patrimoniale privo di una « giusta causa », ma *senza che ricorrano gli estremi di un comportamento antigiuridico, che darebbe luogo alla responsabilità per danni*”) che “la formula dell’indennizzo (o indennità) [è] generalmente preferita dalla legge quando la responsabilità patrimoniale discende da un atto *lecito*”. Dopodiché l’autore aggiunge che “anche nella disciplina dell’arricchimento ingiustificato il termine usato dalla legge è « indennizzare » (art. 2041 comma I e 2042)” e che l’arricchimento senza causa rientra nel novero degli istituti facenti riferimento alla produzione di pregiudizi patrimoniali con riguardo ad atti *leciti*. Conf. DI PAOLA-PARDOLESI, voce *Arricchimento*, cit., § 1.5., ove si rileva che essendo la disciplina dell’arricchimento ingiustificato diretta a correggere le ripercussioni di un comportamento *secundum ius*, la sua introduzione mette in crisi la ferrea logica espressa dal brocardo *qui iure suo utitur*; GALLO, *Arricchimento*, cit., 342; Cass. SS.UU., 26 giugno 2007, n 14712, punto 4.4.1 della motivazione, in *Foro it.*, 2008.

<sup>(116)</sup> L’arricchimento si verificherà quando la capogruppo sia parte dell’operazione infragruppo, oppure sia controllante della società direttamente avvantaggiata: in

l'attività di direzione e coordinamento in modo conforme al proprio interesse imprenditoriale. Il ricorrere di tale elemento, tuttavia, non è sufficiente a integrare gli estremi dell'arricchimento, il quale — per opinione pacifica della dottrina civilistica — deve essere *effettivo* <sup>(117)</sup>. Laddove tale requisito non si verificasse, avremmo un'ulteriore ipotesi di mancanza di un adeguato strumento sanzionatorio dell'abuso di eterodirezione perpetrato da un individuo.

Le stesse obiezioni <sup>(118)</sup> sono riproponibili contro la soluzione di far confluire la capogruppo personale nel 2 comma, ult. parte, dell'art. 2497 c.c., anche quando la responsabilità di cui al 1 comma sia imputabile ad un ente collettivo. Vale a dire quando sussista un'attività di eterodirezione a contitolarità orizzontale ovvero verticale.

Occorre comunque precisare che esiste almeno un'eccezione alla perentoria esclusione dell'applicabilità alla capogruppo personale del rimedio indennitario: quella relativa al caso in cui la persona fisica abbia passivamente tratto vantaggio da una singola manifestazione dannosa della direzione congiunta, *nell'occasione* decisa da altri *enti* contitolari dell'attività <sup>(119)</sup>.

quest'ultima ipotesi il vantaggio ridonda a favore della capogruppo, sotto forma di incremento del valore della partecipazione posseduta nella società arricchita. Al contrario non sembra possa realizzarsi un *arricchimento effettivo*, nemmeno in forma mediata, nell'ipotesi in cui l'esistenza dell'attività di direzione e coordinamento prescinda — come è possibile ai sensi dell'art. 2497-sexies (che comprende pure l'ipotesi del controllo da vincoli contrattuali *ex art. 2359, n. 3, c.c.*) o *septies c.c.*, — dal riscontro del controllo e la capogruppo non sia parte dell'operazione (v. al riguardo 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 *Giur. comm.*, 2004, I, 983 ss.). D'altro canto la giurisprudenza e la dottrina (prevalente), occupatesi della revocabilità delle garanzie infragruppo, distinguono abitualmente fra l'esistenza di un mero interesse economico all'operazione e l'acquisizione di un concreto ed effettivo corrispettivo. Cfr. AMBROSINI, *La revocatoria*, cit., 73; MONTALENTI, *Operazioni*, cit., 2137 e la giurisprudenza dagli stessi citata.

<sup>(117)</sup> Cfr. ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 294-295; DI PAOLA-PARDOLESI, voce *Arricchimento*, cit., § 2.1.1

<sup>(118)</sup> Salvo quella attinente al fatto che la responsabilità di cui al 1 comma è presupposto necessario per far valere quella di cui al 2 comma dell'articolo in esame, che in questa seconda ipotesi è superata.

<sup>(119)</sup> Qui, potendosi imputare la responsabilità principale ad altri enti collettivi co-dirigenti, la persona fisica-capogruppo potrebbe essere coinvolta in responsabilità come beneficiario consapevole, purché ricorra il presupposto dell'effettivo vantaggio patrimoniale. Inoltre avendo mantenuto una posizione meramente ricettiva di un vantaggio proveniente da una manifestazione dell'attività di eterogestione *determinata da altri contitolari (della coalizione)*, non rilevano in tal caso nemmeno le obiezioni di carattere sostanziale, appena indicate nel testo. Si tratta, tuttavia, di ipotesi specifica, la cui soluzione non può essere estesa al caso di attività di direzione e coordinamento *solitariamente* esercitata dalla persona fisica (ipotesi paradigmatica presa in esame nel testo), ovvero dell'ipotesi in cui, *pur essendo la direzione e il coordinamento congiunti, la persona fisica-holding abbia realizzato una condotta capace di integrare la fattispecie dell'esercizio espressivo di effettiva disponibilità*.

La riflessione appena svolta dimostra, dunque, l'inadeguatezza della soluzione proposta dalla dottrina prevalente: l'art. 2497, co. 2, c.c., *risulta incapace di fornire una disciplina generale della responsabilità della capogruppo personale.*

1.9. Segue: *l'utilizzo delle clausole generali di responsabilità* <sup>(120)</sup>.

Tali argomentazioni non autorizzano ancora l'interprete a concludere per l'inesistenza di una “precisa disposizione” con cui decidere l'eventuale controversia avente per oggetto la responsabilità per abuso di eterodirezione della capogruppo personale.

È possibile, infatti, che questa fattispecie, pur estranea rispetto all'ambito applicativo delle disposizioni concernenti la responsabilità nel gruppo (art. 2497, 1 e 2 co., c.c.), trovi una disciplina adeguata in un'altra norma dell'ordinamento.

Al proposito, due sono le possibilità che si prospettano all'interprete: l'applicazione della clausola generale della responsabilità aquiliana o quella della responsabilità da inadempimento <sup>(121)</sup>.

<sup>(120)</sup> Nell'indagine si trascurava volutamente l'esame dell'art. 2476, 7 co., c.c. relativo alla responsabilità del socio di s.r.l. per aver consapevolmente deciso o autorizzato un'operazione in solido con gli amministratori. A parte i dubbi, infatti, che la norma possa essere applicata alla persona fisica al vertice di un gruppo composto per es. da s.r.l. (sul punto v. la tesi di RANIELI, *La responsabilità*, cit., 1018 ss.), e quelli relativi al fatto che la norma sia applicabile anche quando le società dominate siano s.p.a., comunque la fattispecie (anche in relazione all'ipotesi di operazioni decise dal socio, mentre certamente non sarebbe idonea a perseguire la *holding* l'ipotesi dell'autorizzazione per quanto detto circa il contenuto dell'eterodirezione al cap. II) presenta significative differenze da quelle dell'art. 2497, 1 co., c.c. se non altro in ordine all'elemento soggettivo richiesto dalla prima norma (si richiede che il socio abbia agito “intenzionalmente”), allo *standard* di condotta dei parametri di corretta gestione societaria ed imprenditoriale richiamati solo all'art. 2497, 1 co., c.c., sia infine in ordine alla destinazione del risarcimento che, nel caso della norma relativa alla s.r.l. deve essere corrisposto a quest'ultima. Tale differenza è probabilmente indice del fatto che l'art. 2476, 7 co., c.c. è stato pensato dal legislatore per una società monade non per una realtà di gruppo, l'esistenza della quale determina la sussistenza di quelle particolari esigenze che hanno indotto lo stesso legislatore della riforma a sancire la responsabilità diretta della capogruppo nei confronti dei soci e dei creditori, invece che nei confronti della società dominata direttamente lesa. Quindi, ai fini del discorso che si svolge nel testo, risulta chiaro come anche la possibilità di applicare l'art. 2476, 7 co., c.c. non colmerebbe la lacuna relativa alla capogruppo-personale.

<sup>(121)</sup> ALPA, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino, 1999, 331, annovera l'impiego di clausole generali fra le tecniche alternative all'analogia. Come esempio si propone proprio l'utilizzo dell'art. 2043 c.c. rispetto alla lesione dei diritti soggettivi di credito; e l'utilizzo della clausola di buona fede per ricostruire i rapporti collaterali al rapporto obbligatorio.

### 1.9.1. *Il ricorso alla clausola generale della responsabilità aquiliana per risarcire i soci.*

Il ricorso alla prima opzione creerebbe un'evidente disparità di trattamento, contraria al principio di uguaglianza, posto che la natura della responsabilità di cui al 1 comma, dell'art. 2497 c.c. è contrattuale<sup>(122)</sup>. Tale soluzione incontra, dunque, un primo ostacolo nel canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata<sup>(123)</sup>.

<sup>(122)</sup> Per un'approfondita indagine in ordine alle differenze in ordine all'onere della prova in caso di responsabilità contrattuale o extracontrattuale, proprio in relazione all'art. 2497 c.c., v. GIOVANNINI, *La responsabilità*, cit., 87 ss. Parte della dottrina ha criticato l'enfasi posta sulle presunte agevolazioni probatorie, conseguenti alla qualificazione della responsabilità da eterodirezione come contrattuale. Ciò in quanto l'obbligazione di esercitare correttamente l'eterodirezione avrebbe per oggetto non un risultato ma un'attività (c.d. obbligazione di mezzi). A fronte di tali obbligazioni, il danneggiato dovrebbe comunque provare la colpa del debitore, non in quanto criterio di imputabilità, ma perché espressione della violazione della diligenza, che è canone di adempimento dell'attività. In altre parole, poiché oggetto dell'obbligazione è l'agire diligente (secondo i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale), è evidente che il danneggiato, per provare l'inadempimento, deve provare anche la colpa (A. DI MAJO, *Delle obbligazioni*, cit., 478; GAZZONI, *Manuale*, 606; in riferimento alla responsabilità da abuso di direzione unitaria ROVELLI, *La responsabilità*, cit., 1098; ZAMPERETTI, *Responsabilità*, cit., 1161). La conclusione pare, tuttavia, opinabile. Anche se si avvicina il concetto di inadempimento alla colpa (intendendo il primo come contegno non conforme ad un modello astratto di comportamento (cfr. gli autori citati in MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., 115 nt. 67 e 74) e la seconda come contegno difforme da una regola di comportamento), tuttavia il danneggiato in sede contrattuale ha il vantaggio consistente nel fatto che il vincolo obbligatorio fornisce di per sé gli elementi per individuare il modello astratto di contegno diligente (F. GIARDINA, *Responsabilità*, cit., 158). La differenza probatoria fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale deriva da una diversità strutturale: in quest'ultima la colpa è strumento di collegamento e imputazione, di individuazione del responsabile oltre che di valutazione della condotta; nella prima non è necessaria la prova del collegamento della responsabilità al debitore perché a tal fine è già sufficiente l'obbligo, i cui soggetti attivi e passivi devono essere — per definizione — determinati. La colpa quindi è soltanto criterio di valutazione della condotta. Essa nella responsabilità contrattuale è elemento integrato nell'inadempimento, non criterio soggettivo che si aggiunge a quello oggettivo per fondare la responsabilità. Cfr. anche Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 1565, la quale afferma che in caso di responsabilità *ex* 1218, c.c. è sufficiente provare la fonte legale o negoziale del diritto, gravando sul convenuto l'onere di provare l'adempimento; App. Milano, 11 luglio 2003, cit., 2099. Inoltre il creditore non incontra le difficoltà, derivanti, nella responsabilità extracontrattuale, dal fatto che gli indizi per dimostrare la colpa possono trovarsi nella sfera di controllo del danneggiante (a ciò sembra riferirsi anche GIOVANNINI, *La responsabilità*, cit., 93, basandosi sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di responsabilità degli amministratori di società verso la stessa (tipica obbligazione di mezzi; v. Cass., 9 luglio 1979, n. 3925, in *Dir. fall.*, 1979, II, 453 ss.). A parte il ruolo della colpa, si afferma anche che in caso di responsabilità da inadempimento non sarebbe necessario provare il nesso di causalità (v. in questo senso, sempre con riferimento alla responsabilità del gruppo, PAVONE LA ROSA, *Le società controllate*, cit., 626, il quale ritiene di poter sollevare il convenuto dall'onere di provare il nesso di causalità fra direttive e danno subito in caso di responsabilità contrattuale, opinione che ha ricevuto l'avallo di una recentissima pronuncia della Cass., SS.UU. 11 gennaio 2008, n. 576, cit., la quale precisa che il fatto che il responsabile sia il contraente inadempiente "è uno dei motivi per cui la stessa giurisprudenza di legittimità partendo dall'ovvio presupposto di non dover identificare il soggetto responsabile del fatto dannoso tramite il criterio di

Al proposito occorre anche considerare che, come già rilevato (v. cap. I), il danno risarcibile ai sensi dell'art. 2497, 1 co., c.c. rientra nella categoria del danno meramente patrimoniale. Ciò consente di formulare un'ulteriore obiezione alla idoneità dell'art. 2043 c.c. ad inquadrare normativamente la responsabilità della capogruppo personale, laddove si accolga quella tesi dottrinarica secondo cui la sede d'elezione del risarcimento di tale tipo di danno è l'ambito contrattuale<sup>(124)</sup>.

Comunque, l'applicazione dell'art. 2043 c.c., risulta inaccettabile anche sotto un profilo più direttamente attinente al diritto societario.

La risarcibilità dei danni contemplati dal nuovo art. 2497, 1 co., c.c., infatti, determina il superamento<sup>(125)</sup> dei confini segnati dall'art. 2395 c.c. per la responsabilità extracontrattuale in ambito societario<sup>(126)</sup>. Ai sensi di quest'ultima disposizione i soci non possono chie-

imputazione oggettivo del nesso eziologico, si è limitata a dettare, in caso di applicazione dell'art. 1218 c.c., una serie di soluzioni pratiche, caso per caso, senza dover optare per una precisa scelta di campo". Un ulteriore sicuro profilo di disparità di trattamento si ha in ordine al danno risarcibile, posto che in caso di illecito l'autore è tenuto a risarcir tutti i danni, mentre in caso di inadempimento non dovuto a dolo sono risarcibili solo i danni prevedibili (art. 1225, c.c.). Ancora diversi sono i termini di prescrizione, poiché l'azione ex art. 2043 c.c., si prescrive in cinque anni. In merito alla responsabilità eterodirezione abusiva nega l'assimilazione sotto il profilo applicativo dell'illecito aquiliano e dell'inadempimento MAUGERI, *Partecipazione*, cit., 362 nt. 161.

<sup>(123)</sup> V. oltre nel testo per la descrizione di tale argomentazione. Si tenga presente che la scelta di utilizzare l'art. 2043 c.c. per disciplinare la responsabilità della capogruppo individuale è un soluzione interpretativa; quindi essa deve essere valutata alla luce dei canoni fondamentali dell'ermeneutica giuridica, fra i quali va compreso quello appena menzionato.

<sup>(124)</sup> MAZZAMUTO, *Spunti*, cit., 393.

<sup>(125)</sup> Aggiramento proposto, *ante* riforma, da GALGANO, *Le società*, cit., 211, che, constatando la risarcibilità in giurisprudenza del danno da deprezzamento di un bene, afferma che non vi è ragione di dubitare della risarcibilità del danno consistente nella diminuzione del valore delle azioni, non rilevando la loro natura di beni di secondo grado; Trib. Orvieto, 4 novembre 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 501. Ma tale opinione è contraddetta dalla dottrina prevalente. Il danno in esame è certamente duplice (c.d. *Doppelschaden*) e colpisce tanto la società, quanto, *pro quota*, gli azionisti. Ma questo non significa che il principio affermato dalla giurisprudenza in relazione a beni diversi possa estendersi anche a quel particolare tipo di bene che è l'azione, proprio in quanto essa è un bene il cui danneggiamento deriva necessariamente dalla diminuzione del valore del patrimonio sociale: "non si dedica infatti la dovuta attenzione a ciò, che tale estensione potrebbe in effetti trovare un ostacolo (e secondo l'opinione prevalente, appunto lo trova) nelle regole del diritto societario che, in nome di esigenze peculiari e di interessi anche di soggetti terzi, disciplinano in maniera specifica...la legittimazione ad agire in via aquiliana per il risarcimento del danno inferto alla società e *solo di riflesso* ai soci" (LIBERTINI-SCOGNAMIGLIO, *Illecito*, cit., 405 ss.; più recentemente, con ampiezza di argomentazioni, PINTO, *La responsabilità*, cit., 920 ss.

<sup>(126)</sup> ABRIANI, *Gli amministratori*, cit., 118 e GUERRERA, *Illecito*, cit., 450 nt. 257 sottolineano come il carattere mediato del danno subito dalla dominata ne precluderebbe la risarcibilità ai sensi dell'art. 2395 c.c., espressione in ambito societario della clausola generale di responsabilità extracontrattuale. Che l'art. 2395 c.c. debba considerarsi come "un'applicazione nel contesto del diritto azionario delle regole della responsabilità da fatto illecito" v. PINTO, *La responsabilità*, cit., 897.

dere il risarcimento del danno riflesso <sup>(127)</sup>. E la dottrina è concorde nel considerare il pregiudizio subito dall'azionista di minoranza (a causa della perdita di valore della propria partecipazione) come una conseguenza del danno patito dalla società controllata <sup>(128)</sup>. Non si tratta, dunque, di un danno personale del socio, rientrando nella fattispecie *ex art.* 2395 c.c. <sup>(129)</sup>. D'altronde il principio generale <sup>(130)</sup> del diritto societario, che legittima ad agire per il danno cagionato al patrimonio sociale esclusivamente la società trova applicazione sia quando l'evento lesivo sia stato cagionato dagli amministratori (v. l'art. 2395 c.c.), sia nell'ipotesi in cui esso sia stato determinato dal comportamento doloso o colposo di *un terzo* <sup>(131)</sup>.

<sup>(127)</sup> Ossia di quello che lede il patrimonio sociale e di conseguenza incide, indirettamente, sul valore della sua partecipazione.

<sup>(128)</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *Danno*, cit., 947; LIBERTINI-SCOGNAMIGLIO, *Illecito*, cit., § 5; ABRIANI, *Gli amministratori*, cit., 118 nt. 102; GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 325, ove si afferma esplicitamente come quando viene leso l'interesse lucrativo comune sia sotto il profilo *statico* della conservazione, sia sotto il profilo *dinamico* della redditività e della massimizzazione del valore delle partecipazioni, il pregiudizio subito dai soci di minoranza si configura tipicamente come un "danno riflesso".

<sup>(129)</sup> Ulteriori possibili obiezioni all'utilizzo nel caso di specie dell'art. 2043 c.c. sono:

— il fatto che l'introduzione del 2497 c.c., rappresenterebbe la presa d'atto da parte del legislatore della necessità di una disposizione *ad hoc* per garantire la risarcibilità a favore di costoro dei danni ivi previsti (CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 155).

— la difficoltà a provare il nesso di causalità: "sarebbe... in molti casi arduo stabilire se il deprezzamento delle azioni o delle quote di una società controllata sia conseguenza...del fatto doloso o colposo della *holding*, o non sia...da mettere in relazione con altri avvenimenti o circostanze..." (G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia*, cit., 154). Significativamente, si è pronunciata in senso dubitativo quanto alla possibilità di ricorrere all'art. 2043 c.c. per risarcire i danni tipizzati dall'art. 2497, 1 co., c.c. la sentenza che per prima ha affrontato la questione: cfr. Trib. Milano, 23 aprile 2008, inedita. E cfr. anche Cass., 7 gennaio 2000, n. 82, in *Società*, 2000, 699 la quale afferma che "con riguardo agli atti compiuti da una società di capitali, il socio riceve... nei rapporti esterni [una] tutela... indiretta e mediata, non essendo egli portatore di un interesse autonomo rispetto a quello della società, *ma assorbito in questo*" (corsivi aggiunti).

<sup>(130)</sup> Si ritiene nel testo di dover aderire all'opinione di GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 294 che qualifica espressamente come principio generale quello che impone il risarcimento a favore della società di ogni lesione dell'interesse lucrativo comune; BELTRAMI, *Responsabilità*, cit., 139 ss. In senso contrario (cioè nel senso del carattere eccezionale del principio desumibile dall'art. 2395 c.c. piuttosto che dall'art. 2497 c.c.) v. GUERRIERI, *La nullità*, cit., 437, sulla base di argomentazioni fondate sul sistema della responsabilità di diritto comune e in part. sull'art. 1223 c.c. La tesi dell'autore mi pare, tuttavia, da respingersi in base alle considerazioni formulate da PINTO, *La responsabilità*, cit., 912 ss., il quale — in modo condivisibile — sostiene che l'art. 1223 c.c. e il diritto comune della responsabilità civile sono del tutto neutrali rispetto al principio di "integrale attrazione nella sfera... sociale del risarcimento del « danno riflesso » e che tale regola si fonda, invece, sui valori espressi dal sistema del diritto societario.

<sup>(131)</sup> In tal senso G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia*, cit., 153; DI GIOVANNI, *La responsabilità*, cit., 36; PINTO, *La responsabilità*, cit., 938; Cass., 3 aprile 1995, n. 3903, cit., 1544, la quale si è occupata di una controversia proprio concernente il danno arrecato da un terzo alla consistenza patrimoniale e alla redditività, tale da incidere sul valore delle azioni.



Questa constatazione rileva direttamente ai fini dell'art. 2497, 1 co., c.c. che disciplina la responsabilità della capogruppo, *terza* (comunque non amministratrice) rispetto alle società eterodirette. Nel microsistema normativo di cui al nuovo capo IX i singoli soci minoritari della dominata sono legittimati a pretendere il risarcimento del danno riflesso tipizzato all'art. 2497, 1 co., c.c., proprio in forza di tale specifica previsione normativa, che deroga espressamente al principio del diritto societario generale. Al di fuori dell'ambito di applicazione della stessa — cioè nel caso della persona fisica-*holding*, qualora si applichi l'art. 2043 c.c. —, dunque, torna ad operare il principio generale, per cui unica legittimata a pretendere il risarcimento del danno direttamente incidente sul patrimonio sociale è la società dominata <sup>(152)</sup>.

La disciplina dell'illecito civile, quindi, non colmerebbe il vuoto normativo relativo alla responsabilità della *holding*-persona fisica nei confronti dei *soci di minoranza* delle società eterodirette; al massimo può consentire di pervenire al risultato della responsabilità della capogruppo individuale verso *la dominata*. Pertanto, tale norma non costituisce *quella disposizione specifica* la cui presenza esclude l'esistenza di una lacuna rispetto alla fattispecie disciplinata dall'art. 2497, 1 co., c.c. <sup>(153)</sup>.

<sup>(152)</sup> Sul punto, v. la recentissima Cass., SS.UU., 24 dicembre 2009, n. 27346, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 131, la quale sancisce definitivamente il principio di diritto per cui il limite del danno diretto di cui all'art. 2395 c.c. trova applicazione anche in caso di un danno provocato da un soggetto terzo rispetto alla società (e v. la nota alla pronuncia di PINTO).

<sup>(153)</sup> Ossia la responsabilità della capogruppo *verso i soci della dominata*. Sulla questione dell'esistenza di una “precisa disposizione”, che verta sulla controversia non prevista e da decidere, un'indicazione fondamentale può essere tratta dalla giurisprudenza costituzionale. Nella sentenza di Corte cost., 18 aprile 1997, n. 99, in *Foro it.*, 1998, I, 3074, viene valutata espressamente la possibilità di sopperire alla non applicabilità di uno strumento di tutela specifico (il sequestro di cui all'art. 156, 6 co., c.c.), a causa del tenore letterale della disposizione che lo disciplina, con il ricorso ad un “mezzo di tutela...*di portata generale*” (il sequestro conservativo ex art. 671 c.p.c.). La conclusione della Corte è che il primo “strumento, pur presentando indubbi elementi di affinità col sequestro conservativo, è misura da quest'ultimo diversa, sia nei presupposti che nelle finalità; il che comporta che la possibilità (o, viceversa, l'impossibilità) di fruire di un simile strumento processuale si risolve in una maggiore (o minore) tutela”. Poiché, dunque, il mezzo di tutela speciale non si sovrappone, ma si affianca a quello generale, la Corte conclude per l'estensione analogica del primo a casi non riconducibili al tenore letterale della disposizione che lo prevede. Dalla motivazione del giudice delle leggi è possibile trarre conferma di quanto si afferma nel testo. La possibilità di ricorrere allo strumento di tutela (qual è una norma disciplinante la responsabilità risarcitoria) generale dell'art. 2043 c.c., (ma anche 1218; v. oltre) non consente di individuare quella “precisa disposizione” che vale ad escludere una lacuna, rispetto alla responsabilità della capogruppo personale verso i soci minoritari e i creditori della dominata, poiché esso differisce dal rimedio specifico previsto dall'art. 2497, 1 co., c.c. nei presupposti (ed in particolare, sotto il profilo dei soggetti tutelati direttamente con il risarcimento) e nelle finalità (molto diversa, quanto ai fini, è una responsabilità che imponga il risarcimento del patrimonio della società dominata, rispetto a quella che imponga il risarcimento del patrimonio dei soli soci minoritari e creditori della stessa.). L'applicabilità delle clausole generali alla responsabilità all'abuso della capogruppo non preclude, sotto il profilo del-

A quanto appena rilevato consegue, inoltre, che l'applicazione della disciplina della responsabilità aquiliana all'ipotesi della capogruppo personale determina, sotto il profilo del risarcimento del danno, una disparità di trattamento ingiustificata rispetto ai soci esterni della società eterodiretta, in quanto dipendente dalla natura del soggetto posto al vertice del gruppo<sup>(134)</sup>. E determina anche una soluzione non conforme alle peculiari esigenze ricorrenti in tale contesto, che giustificano l'introduzione di una regola derogatoria rispetto a quella generale vigente per la società autonoma<sup>(135)</sup>.

### 1.9.2. Segue: e per risarcire i creditori.

Il ricorso al diritto comune non appare appagante nemmeno rispetto ai creditori della società eterodiretta.

La soluzione di diritto generale applicabile per la loro tutela consiste — nell'ambito della responsabilità aquiliana — nel ricorso alla figura del concorso del terzo (la controllante) nell'inadempimento del

l'esistenza di una lacuna, l'estendibilità analogica del *diverso* strumento di tutela di cui all'art. 2497, 1 co., c.c.

<sup>(134)</sup> Per ovviare alla quale (e quindi alla possibile illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 Cost.) la Corte costituzionale non esita ad estendere il rimedio speciale oltre l'ambito di applicazione previsto dalla inequivoca lettera della legge (v. Corte Cost. 18 aprile 1997, n. 99, cit.), invece di applicare semplicemente la regola generale.

<sup>(135)</sup> La giustificazione della risarcibilità a favore del singolo socio del danno riflesso viene ravvisata nelle peculiari, specifiche esigenze proprie della realtà di gruppo da ABBADESSA, *La responsabilità*, cit., 284: la soluzione del risarcimento direttamente corrisposto ai singoli soci minoritari determina il vantaggio, per la capogruppo, di non essere costretta a risarcire il danno sociale della società dominata per intero. Conf. GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 316, secondo il quale dal momento che la direzione imprenditoriale si trova stabilmente in mano ai soggetti che hanno investito la quota di capitale relativamente maggiore, l'ordinamento può rinunciare ad esigere l'integrale risarcimento collettivo della perdita arrecata con l'abuso; purché sia assicurata la reintegrazione del danno per i creditori e i soci minoritari. Per assicurare una lineare ed effettiva reintegrazione degli interessi offesi dalla condotta abusiva era inevitabile — ad avviso del medesimo autore — disinteressare il singolo socio rispetto alle sorti del patrimonio sociale. G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale*, cit., 966 ss., afferma che il principio di cui si discute nel testo è espressione dell'istanza di parità sostanziale dei soci, il cui superamento si spiega nel gruppo perché, almeno nel caso di eterodirezione fondata sul controllo interno, "alla parità formale dei soci fa riscontro, sul piano sostanziale, una profonda diversità di interessi e di posizioni...Di qui l'esigenza di apprestare una tutela autonoma e differenziata a favore del socio esterno al controllo...senza dover "passare" per un'iniziativa del socio di controllo ...". Si aggiunge, inoltre, che il risarcimento corrisposto a favore della società ridonderebbe *pro quota* (e quindi per la maggior parte) a favore dello stesso autore del danno. Il quale continuerebbe a gestire le somme versate a titolo risarcitorio alla società dominata (WEIGMANN, *I gruppi di società*, cit., 208). Il fatto che il risarcimento debba essere corrisposto direttamente al socio *certamente conferisce alla responsabilità un maggior potere sanzionatorio e quindi una maggiore efficacia deterrente*. Inoltre la società dominata, in quanto tale, non eserciterebbe mai l'azione di responsabilità verso la capogruppo a maggioranza: colui che ha il dominio della società infatti vorrà evitare di far valere una responsabilità che può coinvolgerlo (GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 310).

debitore (qui la eterodiretta) <sup>(156)</sup>. La capogruppo potrebbe essere chiamata a rispondere per aver pregiudicato il soddisfacimento delle ragioni dei creditori della società dominata, essendosi resa complice dell'inadempimento di quest'ultima tramite l'attività di eterodirezione abusiva <sup>(157)</sup>. Tale soluzione si avvale dello schema recepito dall'art. 2394 c.c. per gli amministratori della società autonoma, considerato idoneo a fondare una responsabilità risarcitoria anche nei confronti di soggetti diversi, quali quei particolari soci rappresentati dalle *holdings* <sup>(158)</sup>.

Ma anche il ricorso alla complicità all'inadempimento si dimostra inadeguato al fine di soddisfare quella specifica esigenza di tutela di cui i creditori sono portatori nel contesto del gruppo.

Da una parte, perché le cautele ordinarie, in particolare quella prevista dall'art. 2394 c.c., presuppongono un modello di società, in cui le ipotesi di dispersione patrimoniali sono il risultato di inadempimenti occasionali degli amministratori, mentre nel caso di gruppo esse normalmente rispondono ad una precisa scelta strategica della società che sta a capo del complesso <sup>(159)</sup>. Dall'altra, a causa della difficoltà per i creditori di provare il nesso di causalità tra il comportamento della capogruppo e l'inadempimento della società controllata, dal quale deriva il pregiudizio da costoro subito <sup>(140)</sup>.

In aggiunta, il ricorso alla soluzione di diritto comune darebbe luogo ad una disparità di trattamento dei creditori ancora una volta del

<sup>(156)</sup> Si tenga anche presente, però, che il ricorso a tale modello di responsabilità determinerebbe un ribaltamento concettuale rispetto alla disciplina dall'art. 2497 c.c., ove la responsabilità della capogruppo non è accessoria, come lo sarebbe rispetto all'inadempimento della eterodiretta in caso di concorso all'inadempimento, bensì principale.

<sup>(157)</sup> Le direttive della capogruppo comportano, come conseguenza, il compimento da parte degli amministratori della dominata di operazioni che depauperano il patrimonio della società, ledendone l'integrità patrimoniale. Si tratta della soluzione proposta da GALGANO, *Le mobili frontiere*, cit., 19-20, che riconduce la figura alla tutela dell'aspettativa del credito, per sottolineare che la giurisprudenza ammette la responsabilità del terzo anche quando il pregiudizio per il creditore non sia irreparabile; ID., *Il nuovo diritto societario*, 184 e nt. 64; DI GIOVANNI, *Responsabilità*, cit., 543; e da Trib. Orvieto, 4 novembre 1987, cit. Si deve rilevare che la figura della complicità nell'inadempimento è richiamata in modo pertinente come alternativa rispetto alla tutela offerta ai creditori dall'azione di cui all'art. 2497, 1 co., c.c., in quanto essa è stata elaborata dalla giurisprudenza teorica e pratica proprio con riferimento alla tutela dell'integrità del patrimonio del creditore. Cfr. per lo spunto in tal senso SAMBUCCI, *Sub art. 2394*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, 703.

<sup>(158)</sup> DI GIOVANNI, *Responsabilità*, cit., 543

<sup>(159)</sup> ABADESSA, *I gruppi*, cit., 127; dopo la riforma insiste sul ruolo di tutela esplicito dall'art. 2394 c.c. nella *società monade* e sulla funzione dell'art. 2497 c.c. di “aggiornare nell'ambito dei gruppi la protezione dei creditori, MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 250 ss.

<sup>(140)</sup> Considerazione che si ritrova in G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia*, cit., 151; MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 141; MIOLA, *Le garanzie*, cit., 422.

tutto ingiustificata, in quanto dipendente unicamente dalla diversa natura del soggetto posto al vertice del gruppo.

La dottrina ritiene, infatti, che l'esperibilità dell'azione concessa ai creditori *ex art.* 2497, 1 co., c.c. presupponga l'insufficienza del patrimonio della società debitrice, richiesta anche dall'art. 2394 c.c. In particolare tale convinzione viene ricavata dalla previsione di cui all'art. 2497, 3 co., c.c., il quale condiziona la legittimazione del (socio e) del creditore ad agire verso la capogruppo alla sua mancata soddisfazione da parte della eterodiretta-debitrice <sup>(141)</sup>.

L'applicazione dello schema della complicità nell'inadempimento non è, invece, subordinata a questa condizione, essendo sufficiente la mancata esecuzione della prestazione dovuta <sup>(142)</sup>.

Pertanto, mentre i creditori della società eterodiretta da una ente collettivo dovrebbero escutere il patrimonio della dominata prima di poter agire contro la capogruppo, analoga condizione non varrebbe per l'azione di diritto comune contro la persona fisica-holding <sup>(143)</sup>.

<sup>(141)</sup> Nel caso del gruppo, quindi, il patrimonio della dominata dovrebbe risultare incapiante. In tal senso BUSSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità*, cit., 137; ANGELICI, *La riforma*, cit., 209; MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 258; G. SCOGNAMIGLIO, *Danno*, cit., 954; FIGÀ TALAMANCA-GENOVESE, *Riforma*, cit., 1212, i quali affermano che "il danno da risarcire al creditore è la perdita derivante dall'incapacità della società di fare fronte ai propri debiti"; Trib. Napoli, 9 aprile 2008, in *Dir. fall.*, 2009, 2, 247 ss.; in senso contrario PENTA, *La natura della responsabilità per abuso di direzione e coordinamento*, in *Dir. fall.*, 2009, 2, 237. In effetti questa tesi dovrebbe essere considerata condivisibile — nonostante il tenore letterale della nuova disposizione non espliciti il requisito dell'insufficienza del patrimonio sociale a soddisfare i creditori, al pari dell'art. 2394, 2 co., c.c. —, in quanto la formulazione delle due disposizioni differisce soltanto sotto il profilo linguistico: mentre la normativa sui gruppi si riferisce alla lesione dell'integrità del patrimonio sociale; la norma generale sulla responsabilità degli amministratori parla di responsabilità "per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale", incentrando l'attenzione su una conseguenza analoga alla norma precedente, derivante dall'azione managerialmente scorretta. Inoltre la dottrina (LIBONATI, *Creditori*, cit., 626) ha rilevato che "non è conservato integro il patrimonio che non soddisfi i crediti", ossia che risulti insufficiente al loro pagamento. Il riferimento all'integrità del patrimonio è proprio il bene giuridico tutelato dall'art. 2497, 1 co., c.c., con riguardo ai creditori. Valorizzando l'argomento sistematico e presupponendo che il legislatore (accorto) abbia utilizzato l'espressione "integrità del patrimonio sociale" nel significato tecnico utilizzato ai sensi dell'art. 2394 c.c., può concludersi per l'applicazione del limite all'esperibilità dell'azione dei creditori sociali *ex art.* 2394 c.c., anche al rimedio contro la capogruppo.

<sup>(142)</sup> Tale affermazione sembra suffragata dal fatto che la giurisprudenza ha chiarito come la figura del concorso nell'inadempimento non presuppone l'impossibilità (definitiva o temporanea) della prestazione (Cass., 20 ottobre 1983, n. 6160, cit., 439; conf. GALGANO, *Le mobili*, cit., 18). Quindi non presupporrebbe nemmeno l'insufficienza patrimoniale della società debitrice, che equivale all'impossibilità per quest'ultima ad adempiere.

<sup>(143)</sup> V. MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 141 ss., per ulteriori considerazioni che depongono in senso contrario al ricorso al diritto comune come alternativa alla mancata previsione di un'azione di diritto societario (nel caso dell'autore citato l'art. 2394 c.c., con riferimento alla s.r.l.). In particolare, la facoltà per i creditori di poter agire immediatamente contro la capogruppo, sul presupposto del semplice inadempimento

A tale considerazione deve aggiungersi che la dottrina ha manifestato forti perplessità circa la possibilità di comprendere entro la tutela aquiliana del credito, fondata sull'art. 2043 c.c., anche la generica garanzia patrimoniale offerta dal debitore al suo creditore, che rappresenta il bene protetto da specifiche disposizioni dell'ordinamento (societario) quali gli artt. 2394 e 2497 c.c. <sup>(144)</sup>.

Tale conclusione viene fondata su due argomenti:

— l'impossibilità di comprendere entro la nozione di “danno ingiusto” il danno c.d. meramente patrimoniale <sup>(145)</sup>, poiché, diversamente opinando, si finirebbe col privare la prima clausola di ogni funzione selettiva degli interessi giuridicamente rilevanti <sup>(146)</sup>;

— l'espressa previsione di obblighi di conservazione dell'integrità patrimoniale in norme specifiche, che risulterebbero superflue qualora una tutela analoga potesse essere fondata sull'art. 2043 c.c. <sup>(147)</sup>.

### 1.9.3. *La responsabilità ex art. 1218.*

La seconda possibilità di prevenire l'emersione di una lacuna, mediante l'applicazione del diritto comune, consiste nel ricorrere all'art. 1218 c.c.

Riprendendo una soluzione proposta prima dell'entrata in vigore della riforma, è possibile affermare che “l'obbligazione preesistente nel caso che interessa è rappresentata proprio dai doveri connessi alla rilevanza del gruppo e all'esercizio della direzione unitaria. La società

mento del loro credito, potrebbe minare la discrezionalità gestoria della prima — che la riforma sembra aver voluto *incentivare e tutelare* (cfr. ABBADESSA, *La responsabilità*, cit., 279 ss., che trae questa conclusione dal meccanismo risarcitorio specifico previsto dall'art. 2497, 1 co., c.c., il quale non mira a ristorare il danno della società eterodiretta, ma quello dei singoli soci esterni e creditori della stessa) —, fino a far assumere ai creditori (forti) un ruolo di primo piano nell'adozione delle decisioni strategiche.

<sup>(144)</sup> BRIZZI, *Responsabilità gestorie*, cit., 1047, 1069.

<sup>(145)</sup> Con tale espressione si intende quel danno consistente in una perdita patrimoniale che non discende da una lesione di una situazione giuridica soggettiva CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 99 ss.).

<sup>(146)</sup> A ciò conseguirebbe il rischio di un'indebita estensione dell'area della risarcibilità e della conseguente proliferazione di azioni a ciò rivolte. Risultato ripudiato anche dalla dottrina più incline ad accogliere una concezione quanto mai estesa della responsabilità civile, la quale al fine di arginarla adotta proprio il criterio della meritevolezza dell'interesse secondo l'ordinamento giuridico (BUSNELLI, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, *Riv. dir. civ.*, 2006, 452; BRIZZI, *Responsabilità gestorie*, cit., 1068 ss.). Afferma che la garanzia patrimoniale debba essere considerata come oggetto di tutela autonoma, ma sempre con riferimento agli artt. 2394 e 2497, c.c. VISCUSI, *Profili* cit., 221 ss. e anche Cass., 13 gennaio 1996, n. 251, cit., 1235, la quale è giunta ad affermare la responsabilità *ex art. 2043 c.c.*, nei confronti del creditore, del terzo acquirente di un bene del debitore per aver impedito al creditore stesso di trovare soddisfazione sui beni del debitore. Tuttavia la conclusione della Corte sembra essere limitata al ricorrere del dolo.

<sup>(147)</sup> BRIZZI, *Responsabilità*, cit., 1069 e nt. 105 ove ampi riferimenti alla dottrina precedente.

controllante quando esercita la direzione unitaria si pone in un rapporto di relazione soggettiva con la società controllata e si assume l'obbligazione di realizzare l'interesse del gruppo tramite la realizzazione degli interessi delle società controllate. La controllante... è tenuta all'osservanza di precisi doveri di correttezza nei confronti della controllata, doveri cui corrispondono delle vere e proprie obbligazioni coercibili...che possono risultare inadempite o perché non attuate o perché attuate male, quando la direzione unitaria viene esercitata abusivamente" (148). Ogni qual volta un soggetto si trovi investito del potere di fatto o di diritto di gestire un interesse altrui o *anche* altrui, pertanto, la posizione del gestore è caratterizzata da obblighi specifici e positivi di corretto esercizio del potere, valutabili alla stregua dei criteri di diligenza e buona fede (149).

Tale disciplina della fattispecie della capogruppo personale troverebbe, peraltro, un fondamento nella soluzione adottata dal legislatore all'art. 2497, 1 co., c.c. Nel ricostruire la natura della responsabilità della capogruppo ai sensi di tale disposizione, infatti, si è sottolineato come essa costituisca l'emersione normativa del principio enunciato dal Tribunale di Milano. Il recepimento dello stesso è limitato, nel capo IX, al solo caso in cui la capogruppo sia un ente collettivo. Ciononostante, la nuova disciplina sarebbe indice dell'applicabilità di una responsabilità da inadempimento (*ex art. 1218 c.c.*), avente analogo fondamento, anche nell'ipotesi in cui al vertice del gruppo si ponga una *holding* individuale.

In realtà, anche questo tentativo di prevenire l'accertamento di una lacuna non risulta accettabile.

Innanzitutto, con l'applicazione dell'art. 1218 c.c. si giunge ad una responsabilità analoga a quella prevista dall'art. 2497 c.c., quanto al fondamento (*id est*, il principio appena enunciato), ma rispetto alla quale non potrebbe trovare applicazione il meccanismo dei vantaggi compensativi.

È vero che, *ante* riforma, l'operatività di quest'ultimo è stato ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza a prescindere da una specifica previsione legislativa. Dopo la riforma, tuttavia, se si parte dal presupposto che il 1 comma dell'art. 2497 c.c. non possa applicarsi alla capogruppo personale, si deve anche ammettere che essa non

(148) Si riporta il passo più significativo di una sentenza di notevole importanza resa da Trib. Milano, 22 gennaio 2001, cit., 1143 ss.

(149) MAZZONI, *Le lettere*, cit., 157, con riferimento alla responsabilità del *patronant* nei confronti del garantito. Senza pronunciarsi sulla natura del rapporto, ma in termini sostanzialmente simili A. DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 375 ss., nel capitolo dell'opera citata intitolato proprio "Il controllo dei poteri privati", ove fra tali strumenti si menziona il principio di correttezza e buona fede.

possa beneficiare nemmeno della causa di esonero dalla responsabilità dei vantaggi compensativi, *lì prevista solo in relazione all'abuso compiuto da un ente collettivo*. Rispetto alla responsabilità contrattuale di diritto comune può, tutt'al più, trovare applicazione il principio della *compensatio lucri cum damno*, il quale, tuttavia, è sostanzialmente diverso dalla teoria recepita dall'art. 2497, 1 co., c.c. <sup>(150)</sup>.

La soluzione in esame comporta, dunque, una ingiustificata <sup>(151)</sup> discriminazione a carico della persona fisica-*holding* — la quale verrebbe assoggettata ad una responsabilità di più ampia portata — e, specularmente, un privilegio a favore degli enti collettivi. Essa, quindi, non può essere considerata sistematicamente accettabile per contrasto con l'art. 3 Cost.

Il canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata acquista rilievo anche sotto un altro profilo.

La “scelta di vertice” che caratterizza il nostro ordinamento <sup>(152)</sup> è quella della necessaria “canalizzazione” (*Haftungskanalisierung*) ad esclusivo vantaggio del patrimonio sociale del risarcimento dovuto a fronte del danno riflesso, cioè cagionato direttamente all'ente e, indirettamente, ai soci. A costoro, *uti singuli*, è preclusa la possibilità di appropriarsi del valore derivante dalla riparazione del danno al patrimonio sociale.

Poiché questa limitazione costituisce un principio generale <sup>(153)</sup>,

<sup>(150)</sup> L'opinione — a prescindere dalle incertezze tutt'ora sussistenti in dottrina in merito a come debba essere inteso il riferimento ai vantaggi compensativi (quale che sia, cioè, la versione di tale teoria accolta dal legislatore) — è pacifica. Nella *compensatio* il vantaggio per il danneggiato deve provenire dal medesimo fatto lesivo che ha determinato il danno. Quindi la sua ammissibilità è limitata entro i confini della diretta derivazione causale del vantaggio dal medesimo fatto da cui deriva il danno. Cfr. per tutti BIANCA, *Inadempimento dell'obbligazione*, cit., 310; Cass., 14 maggio 1997, n. 4237, in *Giust. Civ.*, 1997, 735.

<sup>(151)</sup> Per la considerazione della disciplina dei vantaggi compensativi, rispetto alla disciplina generale, come privilegio cfr. PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, 3, Torino, 2007, 941; TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una spa “di gruppo” tra disciplina legale e autonomia privata*, in *Riv. soc.*, 2009, 126 ove a nt. 11 riferimenti anche alla dottrina tedesca; G. SCOGNAMIGLIO, “*Clau-sole generali*” cit.

<sup>(152)</sup> Il principio è vigente anche in altri ordinamenti quali quello tedesco, ove esso non è esplicitato in una norma positiva di portata generale (ma esso si trova, tuttavia, affermato nei casi specifici regolati dai §§ 117, *Abs. 1, Satz 2* e 317, *Abs. 1, Satz 2*), ma dove lo stesso è pacificamente vigente, come portato della *Vermögensbindung* dell'impresa collettiva e del divieto di duplicazione del risarcimento di uno stesso pregiudizio (cfr. per la dottrina tedesca PINTO, *La responsabilità* cit., 925 nt 63); ed anche in quello inglese sul quale v. DAVIES, *Gower and Davies' the Principles of Modern Company Law*, London, 2003, 456.

<sup>(153)</sup> Così chiaramente PINTO, *La responsabilità*, cit., 925 ss., il quale considera la limitazione espressione delle regole organizzative tese ad imprimere un vincolo di indisponibilità sul patrimonio in funzione del conseguimento dell'oggetto sociale. Se il socio potesse pretendere il risarcimento del danno indiretto si approprierebbe di un

essa può essere disapplicata — come già detto in relazione all'art. 2043, c.c. — soltanto a fronte di una esplicita previsione normativa quale l'art. 2497, 1 co., c.c. <sup>(154)</sup>. In mancanza di essa trova applicazione la regola generale <sup>(155)</sup>.

Pertanto, tale principio sembra costituire un vincolo ineludibile qualora si pretenda di ricostruire in via interpretativa la sanzione per abuso di eterodirezione della *holding* personale, fondandola sulle clausole generali di responsabilità. La scelta di sottoporre la persona fisica-*holding* ad una responsabilità contrattuale di diritto comune, quindi, dovrebbe avere come esito la configurazione di un rapporto obbligatorio *fra quest'ultima e la sua dominata*, in ossequio alla regola generale della canalizzazione del danno riflesso a favore della società, non derogata da una norma espressa quale l'art. 2497, 1 co., c.c. <sup>(156)</sup>. Fra l'altro, tale considerazione spiega probabilmente perché, *ante* riforma, in assenza di una disposizione simile, questa sia stata la conclusione cui è pervenuta la tesi che fondava la responsabilità per abuso di direzione unitaria sull'art. 1218 c.c.

Ma così si incorre in una ulteriore irragionevole disparità di trattamento, causata dalla mancanza di legittimazione dei soci minoritari della dominata a pretendere il risarcimento del danno (riflesso) alla

valore facente parte del patrimonio sociale; il che è possibile soltanto sotto forma di utili o riserve disponibili e comunque a seguito di decisione del gruppo organizzato; VIGHI, *I diritti individuali degli azionisti*, Parma, 1912, 123, ove si afferma che “esisterebbe indubbiamente il diritto dell'azionista (al risarcimento), se non che esso è paralizzato dal principio giuridico prevalente dell'integrità del capitale sociale”.

<sup>(154)</sup> Proprio perché prescrive la risarcibilità direttamente a favore del socio del danno riflesso, la disposizione di apertura del capo IX è considerata eccezionale. V. oltre nel testo. Sottolinea come sia effetto della nuova norma l'instaurarsi di una relazione giuridica diretta di responsabilità (dal che si evince che il medesimo effetto non possa prodursi laddove la norma non si applica) GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 317.

<sup>(155)</sup> Che “il riferimento ai principi generali rappresent[il] un limite ai poteri interpretativi del giudice” lo afferma a chiare lettere SORRENTINO, *I principi*, 182; INZITARI, *Il soddisfacimento dei creditori forniti di prelazione e risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, 1990, 395, il quale (sebbene in relazione ad una questione completamente differente da quella in esame) afferma che un'espressa ed univoca deroga normativa è necessaria per creare un'eccezione ad un principio generale che informa un determinato sistema normativo. Nel caso in esame, dunque, poiché la regola del risarcimento esclusivamente del danno diretto al socio è un principio generale del diritto societario, lo stesso costituirà un vincolo ineludibile nel ricostruire in via interpretativa la responsabilità della capogruppo personale: in nessun caso, l'interprete può giungere ad affermare a favore del socio il risarcimento del danno ex art. 2497, 1 co., c.c. Non si potrebbe quindi dire: fondo la responsabilità della capogruppo individuale sull'art. 1218 c.c., applicando anche la risarcibilità al socio della lesione al valore e alla redditività della partecipazione, perché ciò è previsto dall'art. 2497, 1 co., c.c.; tale esito è impedito dall'operatività a livello interpretativo del principio generale ricavabile dagli artt. 2392 e 2395 c.c. ss. *Ancora una volta si dimostra come l'analogia sia l'unica soluzione praticabile per disciplinare la responsabilità della holding individuale.*

<sup>(156)</sup> Se creditrice della prestazione è la dominata, essa sarà anche la beneficiaria del risarcimento in caso di inadempimento, risultando rispettata la regola generale.



redditività e al valore della partecipazione sociale nei confronti della persona fisica.

Inoltre, la soluzione della responsabilità contrattuale di diritto comune, ammettendo solo il risarcimento a favore del patrimonio sociale, non consente nemmeno di individuare quella disposizione specifica, che verte esattamente sulla controversia da decidere, capace di precludere l'accertamento di un vuoto normativo<sup>(157)</sup>. Sull'art. 1218 c.c., cioè, può essere fondata esclusivamente la responsabilità della capogruppo personale verso la società eterodiretta, non una regola che disciplini la diversa fattispecie della responsabilità della prima verso i soci e i creditori della seconda, che è oggetto dell'art. 2497, 1 co., c.c.

#### 1.9.4. *Ulteriori obiezioni contro l'applicazione alla responsabilità della holding personale della disciplina di diritto comune.*

In senso contrario al tentativo di fondare la responsabilità della capogruppo personale sulle norme di diritto comune depone, ancora, un ulteriore argomento.

Rinunciare ad estendere l'art. 2497, 1 co., c.c. alla persona fisica-*holding*, significa non applicare nemmeno, il 2 comma della disposizione, il quale disciplina una responsabilità dipendente da quella per eterodirezione abusiva.

Ciò non dovrebbe comportare conseguenze sul piano applicativo in ordine al coinvolgimento in responsabilità dei concorrenti al fatto lesivo, potendosi a tal fine comunque ricorrere alla figura di illecito della complicità nell'inadempimento, di cui l'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. costituisce una ipotesi tipica<sup>(158)</sup>.

<sup>(157)</sup> Quanto detto nel testo circa l'incapacità delle clausole generali della responsabilità civile (sia dell'art. 1218 c.c., sia dell'art. 2043 c.c.) a colmare il difetto di previsione relativo alla capogruppo personale trova conferma nella riflessione di CARCATERRA, voce *Analogia*, cit., 9, il quale afferma che non si ha lacuna “se il caso da decidere non è previsto dalla norma modello, ma è già previsto da un'altra norma... che lo disciplina come la norma modello, e quindi allo stesso modo in cui... sarebbe disciplinato per analogia... se invece quest'altra norma lo prevede disciplinandolo in modo contrario a come risulterebbe disciplinato per analogia... ciò non rappresenta un ostacolo per l'analogia stessa: si avrebbe in questa ipotesi soltanto un conflitto di norme. Del resto, in pratica molto spesso una disposizione cede... di fronte alla ratio di una diversa norma, e cioè di fronte all'estensione analogica di una norma modello” (corsivi aggiunti). Il caso della capogruppo personale non è disciplinato come la norma modello (art. 2497, 1 co. c.c.) né ricorrendo all'art. 1218 c.c., né all'art. 2043 c.c., le quali lo disciplinano in modo contrario alla norma modello in relazione al danno risarcibile e alla destinazione del risarcimento. L'applicabilità del diritto comune, quindi, non costituisce un ostacolo all'analogia della norma modello (cfr. anche cfr. Ross, *Diritto*, cit., 142).

<sup>(158)</sup> Ma vedi anche le differenze fra il contenuto precettivo dell'art. 2497, 2 co., prima parte, c.c. e quello dell'art. 2055 c.c. individuate sopra al cap. II.

Ben più gravi sono, invece, le conseguenze relative alla responsabilità dei beneficiari consapevoli.

Ammesso che tale rimedio sia espressione del principio di cui all'art. 2041 c.c., contro chi si sia avvantaggiato dell'eterodirezione abusiva altrui potrebbe esperirsi l'azione generale di arricchimento. Ne conseguono, tuttavia, significative difformità rispetto all'applicazione dell'art. 2497, 2 co, ult. parte, c.c. in quanto:

— sussistono forti dubbi circa il fatto che l'arricchito sarebbe obbligato in solido con la *holding* personale. Intanto perché in tal caso la solidarietà non può essere fondata sull'art. 2055 c.c., non ricorrendone i presupposti di applicazione rispetto all'arricchito. Ed inoltre non si potrebbe nemmeno applicare la presunzione di cui all'art. 1294 c.c., dato che mentre la capogruppo individuale è tenuta a risarcire il danno cagionato, il beneficiario risponde a titolo di arricchimento ingiustificato. Manca insomma l'*eadem causa obligandi*, e, quindi, la sussistenza di un'obbligazione soggettivamente complessa. In mancanza di quest'ultima la solidarietà può ricorrere soltanto in presenza di una previsione specifica <sup>(159)</sup>.

La scelta di ricostruire la responsabilità della capogruppo-persona fisica utilizzando le norme generali sulla responsabilità civile determina, pertanto, un'ulteriore, evidente disparità di trattamento rispetto ai danneggiati dalla capogruppo personale, posto che la *ratio* della responsabilità solidale è la tutela effettiva dei loro interessi <sup>(160)</sup>;

— dovrebbe applicarsi il principio di sussidiarietà rispetto al rimedio indennitario, che, invece, si è ritenuto non operare rispetto all'azione contro il beneficiario consapevole.

Anche sotto questo profilo, i legittimati attivi, in caso di responsabilità della persona fisica capogruppo, sarebbero sottoposti ad un regime meno favorevole rispetto a quello previsto per il caso di abuso compiuto da società o enti <sup>(161)</sup>;

— non troverebbe applicazione il requisito della consapevolezza,

<sup>(159)</sup> Così chiaramente GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 44, ove si legge che "L'automatismo normativo di solidarietà passiva vale soltanto ove il relativo substrato strutturale rifletta il condebito [fondato, a sua volta, sull'*eadem causa obligandi*]; al di fuori di quest'ultimo, è richiesta una specifica previsione che associ alla fattispecie l'effetto solidale" (corsivi aggiunti). Infatti, tale previsione è espressamente contenuta proprio nell'art. 2497, 2 co., c.c., rispetto alla fattispecie del beneficiario consapevole, la cui responsabilità ha un titolo certamente diverso (per cui manca l'*eadem causa obligandi*) da quello su cui si fondano le fattispecie di responsabilità risarcitorie previste dalle disposizioni precedenti. Per l'affermazione secondo cui l'art. 1294 c.c. presuppone l'*eadem causa obligandi v. anche* BIANCA, *La responsabilità*, cit., 704 ss.

<sup>(160)</sup> Per riferimenti cfr. GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., 12 e nt. 35.

<sup>(161)</sup> In particolare, abbiamo già detto (cap. III) come l'applicazione del principio di sussidiarietà (in astratto, ma anche in concreto) funge da strumento per limitare il ricorso all'azione di arricchimento. Si applicherebbero soluzioni diverse a casi uguali, con conseguente violazione del principio di uguaglianza.

espressamente previsto dall'art. 2497, 2 co., ult. parte, c.c. <sup>(162)</sup>. Cosicché, si verificherebbe una discriminazione nei confronti dei danneggiati dall'abuso di una capogruppo collettiva a causa dell'applicazione di una responsabilità più difficile da azionare. E si incorrerebbe in una speculare disparità di trattamento anche nei confronti di chi abbia tratto vantaggio dal fatto illecito della *holding*-persona fisica, potendo costui essere chiamato a rispondere nonostante abbia percepito l'arricchimento in buona fede <sup>(163)</sup>.

1.10. *Conclusioni sull'esito della ricerca di una norma alternativa all'art. 2497, 1 co., c.c., per disciplinare la responsabilità della capogruppo individuale.*

Il ricorso al diritto comune conduce a configurare soluzioni interpretative per la disciplina della responsabilità della *holding* personale contrarie al principio costituzionale di uguaglianza.

Si è, inoltre, rilevato, che parte della dottrina ritiene l'art. 2497, 1 co., c.c. non applicabile alla capogruppo personale, ma giuge comunque ad imputare una responsabilità risarcitoria a quest'ultima ricorrendo all'art. 2043 c.c. o all'art. 1218 c.c. Tuttavia un'impostazione del genere risulta scarsamente persuasiva. Se davvero fosse sempre e comunque ricavabile dalle norme di diritto comune una responsabilità analoga a quella di cui all'art. 2497, 1 co., c.c., questa risulterebbe superflua anche per gli enti collettivi. Ma, per quanto esposto nei paragrafi precedenti, evidentemente così non è <sup>(164)</sup>.

In altri termini le soluzioni fondate sul diritto comune risultano troppo generiche per adattarsi in modo appropriato alle dinamiche del gruppo <sup>(165)</sup>.

Quest'ultima considerazione è confermata dal fatto che la dispo-

<sup>(162)</sup> Il requisito soggettivo non può applicarsi all'azione generale. Cfr. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 814, secondo il quale la necessità di un requisito ulteriore “non ha... riscontro nella norma sull'azione generale di arricchimento e ne limiterebbe arbitrariamente la portata”.

<sup>(163)</sup> L'arricchito sarebbe responsabile, in caso di capogruppo personale, in ipotesi in cui non lo sarebbe l'identico soggetto in caso di capogruppo collettiva.

<sup>(164)</sup> V. nel senso che l'introduzione di una specifica disposizione per disciplinare la responsabilità nel gruppo implichi la presa d'atto da parte del legislatore dell'impossibilità di costruire una responsabilità analoga in base alle regole di diritto comune CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 168; FIMMANÒ, *Abuso dell'attività di eterodirezione ed insolvenza delle società dominate*, in GHIA, PICCININI, SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, I, Torino, 2010, 317 nt. 56.

<sup>(165)</sup> CETRA, *L'impresa*, cit., 388; conf. G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, cit., la quale a pag. 5 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”.

sizione di apertura del capo IX costituisce un diritto secondo, ovvero “una precisa regola derogatrice” rispetto al regime della responsabilità previsto dal diritto privato generale <sup>(166)</sup>.

La dottrina si è interrogata <sup>(167)</sup> sul problema del rapporto fra diritto primo e diritto secondo e, in particolare, sull'estensione analogica della norma speciale oltre l'ambito soggettivo di applicazione previsto dal suo tenore letterale. Concludendo con una risposta senz'altro positiva: a fronte di un caso non previsto, ma simile a quello disciplinato da una norma di diritto secondo, la soluzione non è *il ricorso alla disciplina generale di diritto primo, ma l'applicazione analogica della disposizione speciale* <sup>(168)</sup>. Il diritto comune non può colmare le lacune dei diritti secondi, in quanto essi sono “ceppi normativi spostati dal tronco centrale del diritto comune e assoggettati ad una logica diversa” <sup>(169)</sup>. Tale impostazione deve, pertanto, essere adottata anche rispetto alla disciplina di diritto secondo costituita dal microsistema normativo della responsabilità nel gruppo *ex art.* 2497 c.c.

La conclusione cui conduce la riflessione appena svolta è la seguente: la valutazione delle implicazioni pratiche degli effetti giuridici delle regole di decisione prese in esame (*id est*, l'applicazione della c.d. argomentazione orientata alle conseguenze <sup>(170)</sup>) rispetto alla soluzione

<sup>(166)</sup> CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 397 ss. Qualifica la responsabilità di cui al 1 co. dell'art. 2497 c.c. come “speciale”, Trib. Milano, 28 gennaio 2008, in *Giustizia a Milano*, 2008, 30. Trib. Milano, 25 luglio 2008, cit., definisce invece l capo IX come un microsistema normativo

<sup>(167)</sup> Con particolare riferimento alla disciplina delle clausole vessatorie per il consumatore e della subfornitura.

<sup>(168)</sup> Cfr. LANDO, *Should Business Enterprises Benefits, from Consumer Protection?*, in *Festschrift für Schlechtriem*, Tübingen, 2003, 585, il quale precisa (in riferimento agli ambiti indicati alla nota precedente) che l'impresa, qualora si trovi in una situazione analoga a quella in cui tipicamente si trova il consumatore, dovrebbe ricevere analogo livello di protezione; CASTRONOVO, *Diritto privato*, cit., 422. In senso contrario v. però, con riferimento all'estensione della disciplina a tutela del consumatore all'impresa contraente debole, CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti “reticolari”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 569 ss.

<sup>(169)</sup> CASTRONOVO, *Diritto privato*, cit., 397 ss., secondo il quale il rinvio al diritto primo può soccorrere l'interprete solo quando il diritto secondo sia assolutamente silente su di un aspetto della disciplina.

<sup>(170)</sup> Tale schema argomentativo è stato ampiamente utilizzato nei paesi anglosassoni e in Germania. Per riferimenti alla dottrina di tali realtà straniere v. CARIELLO, *Controllo*, cit., 130 n. 101. In Italia il contributo maggiormente significativo è quello di MENGONI, *L'argomentazione*, cit., 1 ss., ove ulteriori riferimenti comparatistici. Mi sembra che l'eventuale incostituzionalità cui conducono le varie soluzioni alternative all'analogia vagliate (oltre alle considerazioni ulteriori sopra svolte) debbano essere considerate come implicazioni pratiche rilevanti per l'applicazione di tale argomentazione, tali da condurre all'individuazione di una lacuna normativa. Nel testo si utilizza l'argomento consequenzialista in funzione dell'individuazione di una lacuna da correggere tramite il ricorso all'analogia. Tale utilizzo dell'argomentazione orientata alle conseguenze non trova altro limite che quello del rispetto di norme imperative. Ne consegue che, come

di ricorrere all'art. 2497, 2 co., c.c. o al diritto comune come disciplina della responsabilità della capogruppo personale) diviene indice di *una lacuna di previsione* rispetto alla responsabilità della capogruppo persona fisica <sup>(171)</sup>.

La configurabilità di un “vuoto normativo” relativo alla fattispecie in esame non può essere esclusa, peraltro, nemmeno ove si dimostri (fatto, peraltro, incerto per quanto si dirà oltre) che il legislatore storico ha deciso volontariamente di escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 2497, 1 co., c.c. la capogruppo personale. Esistono, infatti, anche “lacune (c.d. soggettive) che dipendono dal legislatore perché *consapevolmente egli si è limitato a regolare alcuni casi...*” <sup>(172)</sup>.

## 2. *L'interpretazione costituzionalmente orientata come criterio decisivo per individuare il trattamento da riservare alla capogruppo-persona fisica.*

### 2.1. *Premessa.*

La riflessione appena svolta ha indugiato volutamente sui profili di incostituzionalità — per violazione dell'art. 3 Cost. <sup>(173)</sup> — delle

più avanti si avrà modo di specificare, non sembra possa costituire un ostacolo al metodo di riflessione proposto, volto a comprendere la capogruppo personale entro il 1 comma, dell'art. 2497 c.c., il tenore letterale dello stesso, che, inequivocabilmente, condurrebbe ad un esito della questione opposto. L'autore che maggiormente ha indagato il metodo interpretativo in esame (MENGONI, *L'argomentazione*, cit., 10) afferma infatti che il tenore letterale segna il limite estremo delle variabili di senso ascrivibili al testo, condizionando l'utilizzo dell'argomento conenzialista, solo se questo sia utilizzato “*a livello di interpretazione del diritto*”, non anche “*a livello di attività di sviluppo*” dello stesso.

<sup>(171)</sup> L'ipotesi della capogruppo personale configura, oltre che una lacuna normativa (*mancanza di una norma qualsivoglia nell'ordinamento per il caso da disciplinare*; v. sopra nel testo), anche una *lacuna c.d. assiologica*, in quanto il legislatore “offre un trattamento giuridico diverso a (omette di eguagliare) fattispecie sostanzialmente eguali” Così, GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, 260, il quale afferma che si ha lacuna assiologica allorché manchi *una norma giusta o assiologicamente ottimale, rispetto a quella espressa*; ALCHOURRON-BULIGYN, *Sistemi normativi*, cit., 21 ss. Il ricorso alle clausole generali di responsabilità civile come all'art. 2497, 2 co., c.c., risulta essere soluzione sub-ottimale (c.d. *second-best rule*) rispetto alla estensione analogica dell'art. 2497, 1 co., c.c. (c.d. *first-best rule*), a causa del contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza in cui incorre (cfr. CHIASSONI, *Tecnica*, cit., 208 ss., ove si afferma (pag. 210) che i valori, sui quali fondare il giudizio di preferibilità assiologia, possano essere *norme superiori quali i principi costituzionali*).

<sup>(172)</sup> BOBBIO, voce *Analogia*, in *Nss. D. I.*, IX, Torino, 1963, 604.

<sup>(173)</sup> “Il principio di eguaglianza è violato quando la legge, senza un ragionevole motivo, riservi un trattamento diverso a cittadini che si trovino in situazione eguale”. Così Corte Cost., 1960, n. 15, in *Cons. di Stato*, 1960, II, 147. La giurisprudenza del giudice delle leggi, nella sua evoluzione, è pervenuta, in argomento, alla massima per cui a situazioni eguali devono corrispondere conseguenze giuridiche uguali e a situazioni diverse conseguenze giuridiche differenti; di conseguenza la Corte si è impegnata a sindacare non già la violazione del principio di uguaglianza *tout court*, ma a valutare se in

opzioni alternative all'applicazione analogica alla capogruppo personale dell'art. 2497, 1 co., c.c.

Pertanto, ai motivi di incostituzionalità già evidenziati occorre aggiungere due ulteriori.

In primo luogo, trattando la disposizione in esame del *diritto di agire in giudizio* per il risarcimento del danno subito in conseguenza dell'attività di direzione e coordinamento abusiva, non può che acquisire rilievo non solo il principio di uguaglianza, ma anche l'art. 24 Cost. quella che appresta tutela costituzionale al diritto di azione. Esso concerne, infatti, "la possibilità di richiedere e di ottenere la tutela giurisdizionale...nei confronti di altri privati"; perciò la garanzia costituzionale è astrattamente volta a "colpire qualsiasi esclusione" soggettiva o oggettiva della tutela<sup>(174)</sup>.

A ciò si aggiunga che la giurisprudenza costituzionale individua chiaramente nel principio di uguaglianza il fattore primario di concretizzazione della garanzia di tutela giudiziaria: esso opera verso il legislatore ordinario vietandogli di introdurre discriminazioni irragionevoli d'ordine soggettivo nella disciplina positiva dell'accesso alla giustizia<sup>(175)</sup>.

Pertanto, e per quanto già rilevato circa i profili di contrasto con l'art. 3 Cost. delle soluzioni alternative all'estensione analogica alla persona fisica-holding dell'art. 2497, 1 co., c.c., queste ultime finiscono per violare anche l'art. 24 Cost.

In secondo luogo, poi, va diffondendosi nella dottrina la tendenza a leggere in controtela (ossia non solo come *Schutzrecht*, ma anche come *Konzernorganisationsrecht*) la disposizione dell'art. 2497 c.c.<sup>(176)</sup>.

Tale tipo di approccio alla disposizione di apertura del capo IX ha condotto alla conclusione secondo la quale la capogruppo è titolare

determinate situazioni potesse parlarsi piuttosto di una "ragionevole differenziazione". Alla luce della *ratio* della norma in esame — come ricostruita nel testo — non è dato rintracciare nessuna giustificazione ragionevole alla disparità di trattamento fra soggetti tutelati in caso di *holding* a struttura collettiva e *holding* personale. Quindi, posto il rilievo che la *ratio* assume nel giudizio di eguaglianza-ragionevolezza (cfr. CARAVITA DI TORITTO, *Le quattro fasi del giudizio di eguaglianza-ragionevolezza*, in *Atti*, 1994, il quale afferma che in una delle fasi del giudizio la Corte controlla se l'elemento finalistico (*ratio* della norma) per eguagliare o differenziare due soggetti, atti o situazioni sia stato correttamente posto), pare necessario ritenere che la Corte *statuirebbe l'incostituzionalità dell'art. 2497, 1 co., se interpretato letteralmente*. Per un'ampia riflessione sull'applicazione del principio di ragionevolezza cfr. anche CARUSI, *Principio di uguaglianza*, cit., 223 ss.; e estremamente interessante per la ricostruzione proposte nel testo anche SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e società*, 1975, 563 ss.

<sup>(174)</sup> Corte Cost., 16 maggio 1968, n. 48, in *Foro it.*, 1968, I, 1386-1387; COMOGLIO, sub art. 24, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA, *Rapporti civili sub artt. 24-26*, 1981, Bologna-Roma, 1981, 12.

<sup>(175)</sup> COMOGLIO, sub art. 24, cit., 26.

<sup>(176)</sup> VALZER, *Il potere*, cit., 851.

di un “potere supplementare”, il cui connotato essenziale consiste nel fatto di non essere necessariamente funzionalizzato alla realizzazione dell’interesse della singola società soggetta a direzione e coordinamento, ma di poter essere volto a perseguire anche un interesse non necessariamente compatibile con quest’ultimo <sup>(177)</sup>. L’esercizio di tale potere non può essere sindacato nel merito dagli amministratori della dominata, per i quali le direttive, purché conformi ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale (quindi purché legittime), sono vincolanti.

Questa lettura in positivo della norma dell’art. 2497, 1 co., c.c. comporta che la nuova disciplina dell’attività di direzione e coordinamento, lungi dal risultare esclusivamente punitiva nei confronti della società o ente capogruppo, sembra, al contrario, anche “concessiva”, permettendo l’esercizio di un potere ispirato all’interesse di gruppo in deroga ai principi vigenti per le società monadi.

La persona fisica, però, in quanto esclusa dall’ambito di applicazione di tale norma, viene ad essere sottoposta ad un trattamento inferiore rispetto all’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento: non operando nei suoi confronti la deroga ai principi societari derivante dall’art. 2497, 1 co., c.c., essa non può imporre legittimamente, ove si collochi in posizione apicale rispetto ad altre società, direttive in conflitto con l’interesse sociale di queste ultime.

Tale diversità di trattamento costituisce un ulteriore motivo di contrasto rispetto al principio costituzionale di uguaglianza, poiché si riserva un trattamento privilegiato agli enti collettivi. Questa discriminazione appare tanto più inaccettabile, se si considera che l’attività di direzione e coordinamento è espressione della libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) <sup>(178)</sup>: non sussiste alcuna ragionevole giustificazione dell’assoggettamento di una libertà costituzionale a limiti differenti, a seconda che essa venga esercitata da un soggetto individuale o da un ente collettivo <sup>(179)</sup>.

<sup>(177)</sup> MOZZARELLI, *Responsabilità*, cit., 201 ss.; conf. anche ANGELICI, *La riforma*, cit., 193; GALGANO, *Direzione*, cit., 135 ss.; CARIELLO, *Amministrazione delegata*, cit., 303 ss.; TOMBARI, *Riforma*, 1082 ss.

<sup>(178)</sup> Si tratta dell’affermazione da tempo sostenuta da PAVONE LA ROSA, da ultimo in *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, 766, che richiama la conforme opinione della dottrina spagnola, per il proprio ordinamento.

<sup>(179)</sup> L’opinione espressa nel testo è condivisa anche da G. SCOGNAMIGLIO, “*Clause generali*”, cit., la quale afferma: “se la norma, come si è sopra sostenuto, fissa il principio del riconoscimento dell’attività di direzione e coordinamento come legittima esplicazione dell’iniziativa economica privata, non sembra giustificabile alla stregua di un canone di ragionevolezza ed è dunque suscettibile di inficiare la legittimità costituzionale della disposizione (Guizzi), che una siffatta manifestazione dell’iniziativa privata sia preclusa a soggetti diversi dalle società e dagli enti”. Alla luce di quanto appena rilevato, quindi, è inaccettabile (perché incostituzionale) quanto affermato da GIOVANNINI, *La responsabilità*, cit., 197 ss., ad avviso della quale “il legislatore ha inteso riservare lo svolgi-

## 2.2. *L'analogia come unica soluzione "interpretativa" costituzionalmente legittima.*

La dimostrazione che le soluzioni alternative all'estensione analogica dell'art. 2497, 1 co., c.c. contrastano con il principio di uguaglianza e con l'art. 24 Cost. è necessaria, per verificare come si pronuncerebbe la Corte costituzionale se investita della questione relativa alla responsabilità della capogruppo personale.

La tesi che si intende dimostrare è la seguente.

La sottoposizione della norma in esame al vaglio di costituzionalità sembra inevitabile nel momento in cui un giudice verrà investito di una controversia vertente sulla fattispecie dell'abuso di eterodirezione commesso da una *holding* individuale<sup>(180)</sup>: per quanto rilevato fin'ora, infatti, l'art. 2497, 1 co., c.c., risulta essere *norma indispensabile* per la soluzione della controversia avente come *petitum* il risarcimento del danno arrecato dalla capogruppo ai soci esterni o ai creditori della società eterodiretta<sup>(181)</sup>. La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione<sup>(182)</sup>, dovrebbe — in base alle indicazioni fornite dalla propria giurisprudenza — sancire l'estendibilità dell'art. 2497, 1 co., c.c. alla persona fisica-*holding*; al che conseguirebbe il recepimento di tale soluzione anche da parte dei giudici ordinari.

È vero che, constatando la situazione appena descritta, la Corte costituzionale potrebbe limitarsi, semplicemente, a dichiarare l'illegitti-

mento dell'attività imprenditoriale di direzione e coordinamento di società a soggetti diversi dalle persone fisiche", posto che non si riescono ad individuare quelle ragioni di prudenza che giustificano, in certi settori, la riserva di attività a determinate categorie di imprenditori (WEIGMANN, nota a Cass., 13 marzo 2003, 564).

<sup>(180)</sup> WEIGMANN, *La nuova disciplina*, cit., 155, il quale scrive: "Ci si può domandare alla luce dell'art. 3 Cost. se sia conforme al principio di uguaglianza la previsione di una responsabilità risarcitoria, e prima ancora di taluni obblighi di trasparenza, solamente a soggetti diversi dalle persone fisiche. E la risposta mi pare debba essere negativa."; GUERRERA, *Gruppi*, cit., 27; MONTALENTI, *Direzione*, cit., 323; VALZER, *La reponsabilità*, cit., 232.

<sup>(181)</sup> Si allude nel testo al giudizio di rilevanza che il giudice ordinario è chiamato a formulare — motivando di conseguenza — nell'ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale alla Corte.

<sup>(182)</sup> Nell'ipotesi che si sta considerando parrebbe non poter trovare applicazione il principio espresso dalla giurisprudenza costituzionale secondo il quale l'esame della questione di legittimità costituzionale è condizionato al previo tentativo da parte del giudice *a quo* di attribuire alla norma oggetto del ricorso un significato conforme alla Costituzione. Infatti, l'interpretazione adeguatrice è utilizzabile dal giudice ordinario solo a fronte di una norma suscettibile di poter assumere più significati, quindi soltanto quando la conformità alla Costituzione possa essere utilizzata come *criterio interpretativo*. Come vedremo oltre, la norma in esame richiede per essere resa conforme alla Costituzione non un'operazione meramente ermeneutica, bensì correttiva (posto che l'analogia non è un argomento interpretativo, ma creativo di nuovo diritto, *praeter legem*). Una simile operazione rispetto ad un dettato legislativo inequivoco quale quello dell'art. 2497, 1 co., c.c. è consentito alla Corte Costituzionale, non al giudice ordinario (v. ancora oltre). Ma v. anche *infra* § 2.4.



mità della norma considerata. Ma l'esame dei suoi precedenti dimostra come il giudice delle leggi — in ipotesi analoghe a quella sotto esame, sotto il profilo delle questioni da risolvere — opti per due soluzioni diverse, quanto alle argomentazioni adottate, che rispetto alla fattispecie in esame condurrebbero tuttavia ad un identico risultato: l'estensione anche alla capogruppo personale della responsabilità per abuso di eterodirezione *ex art. 2497, 1 co., c.c.*

Del resto, l'istanza dell'uguaglianza giuridica (sancita all'art. 3 Cost.), che la Corte può porre a fondamento delle proprie decisioni, costituisce il più intimo fondamento dell'analogia <sup>(183)</sup>.

Secondo un primo modo di argomentare, il giudice delle leggi potrebbe dichiarare costituzionalmente illegittima l'"assenza" di una norma diversa (nel nostro caso l'assenza del riferimento, nell'art. 2497 c.c., alla persona fisica-*holding*), cioè la lacuna. E, di conseguenza, provvedere ad introdurre senz'altro nell'ordinamento — tramite l'analogia *legis* — la norma mancante, che il legislatore avrebbe dovuto formulare, pronunciando una sentenza additiva di accoglimento <sup>(184)</sup>.

La seconda soluzione — propria della giurisprudenza costituzionale più recente — si differenzia dalla precedente solo sotto il profilo dell'esito formale del giudizio di costituzionalità <sup>(185)</sup>, non nella sostanza del risultato <sup>(186)</sup>.

L'argomento dell'interpretazione *adeguatrice*, cioè conforme ai principi costituzionali <sup>(187)</sup>, viene direttamente applicato dal giudice

<sup>(183)</sup> Cfr., BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, I, Torino, 1938, 162; GIANFORMAGGIO, *L'analogia giuridica*, in *Studi senesi*, XCVII, 1985, 3, 443; CARCATERRA, voce *Analogia*, cit., 13; GENY, *Methode d'interpretation et sources en droit privé positif*, Paris, 1939, 443.

<sup>(184)</sup> Così GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 1998, 260; PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, 25 ss. Per la giurisprudenza costituzionale più recente v. Corte cost., 26 maggio 1995, n. 192, in *Giur. cost.*, 1995, 1550 e 24 febbraio 1995, n. 60, in *Giur. cost.*, 1995, 508.

<sup>(185)</sup> Dallo spoglio della giurisprudenza della Corte emerge che la pronuncia di una sentenza additiva di accoglimento sia la soluzione prescelta (in alternativa al rigetto della questione mediante interpretazione adeguatrice della norma) quando l'interpretazione conforme a Costituzione sia preclusa dal dato testuale della disposizione censurata (Corte cost., n. 192 e 60 del 1995; n. 220 del 1994). Come si dirà tra breve, tuttavia, il tenore letterale della norma non sempre preclude l'adozione da parte del giudice delle leggi della soluzione dell'interpretazione adeguatrice (cfr. oltre e, emblematicamente, cfr. Corte cost., n. 99 del 1997 e 258 del 1996 le quali, rispetto alla medesima norma, dal tenore letterale in equivoco, hanno adottato la prima l'interpretazione adeguatrice, la seconda la sentenza additiva di accoglimento).

<sup>(186)</sup> Tale differenza consiste nel fatto che, mentre l'esito del giudizio sopra descritto è una pronuncia di incostituzionalità della norma espressa, accompagnata da una sua riformulazione conforme alla Costituzione; nel giudizio di cui ci accingiamo a dar conto, l'esito è rappresentato da una sentenza di rigetto.

<sup>(187)</sup> Accade spesso che una disposizione di legge sia suscettibile di due interpretazioni alternative (come nel caso in esame), che danno luogo a due norme distinte — N1 e N2 — di cui la prima conforme alla Costituzione, al contrario della seconda: si fa interpretazione adeguatrice scegliendo N1 e scartando N2. Si tratta di procedere in tal

delle leggi, in modo da evitare il vizio di costituzionalità sollevato nel giudizio *a quo*, dichiarando non fondata la questione “nei sensi di cui in motivazione”. L’interpretazione adeguatrice costituisce essa stessa l’esito del giudizio, atteggiandosi a tecnica di sindacato di costituzionalità<sup>(188)</sup>.

Rispetto al caso in esame, potrebbe obiettarsi che tale canone ermeneutico prescrive di attribuire ad una disposizione un significato normativo — fra i plurimi astrattamente possibili — conforme ai principi costituzionali. Ciò presuppone, quindi, che la norma abbia carattere polisenso e che possa darsene almeno un significato conforme alla Costituzione<sup>(189)</sup>.

Questo presupposto sembra non ricorrere in relazione all’art. 2497, 1 co., c.c.: il tenore letterale di quest’ultima disposizione risulta infatti inequivoco<sup>(190)</sup>; e per evitarne il contrasto con la Costituzione occorre applicarla analogicamente, laddove questo non è un argomento interpretativo in senso stretto, ma “un atto di creazione normativa”<sup>(191)</sup>. Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale dimostra come il criterio dell’interpretazione adeguatrice abbia un contenuto più ampio di quello attribuitogli dalle affermazioni teoriche. Qualora il tenore letterale di una norma sia chiaro, ma incostituzionale; e *purché dall’interpretazione teleologica della disposizione sia possibile ricavare un significato discordante*<sup>(192)</sup> da quello letterale, diviene possibile esten-

caso ad un’interpretazione capace di “prevenire le antinomie tra norme espresse da testi normativi *diversi e gerarchicamente ordinati*, evitando di ricavare da una data disposizione (poniamo l’art. x di una certa legge) una norma che sarebbe in conflitto con un’altra norma, previamente ricavata da una disposizione appartenente ad un testo normativo diverso e gerarchicamente superiore (diciamo l’art. y della Costituzione)”. Così GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 173; conf., anche QUADRI, *Dell’applicazione della legge in generale*, artt. 10-15, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1974, 261, ove si legge che “nell’interpretare una disposizione di legge che risulti ambigua, ma fra i cui possibili significati ve ne sia uno più conforme al testo costituzionale, tale interpretazione [deve] prevalere sulle altre possibili”.

<sup>(188)</sup> AMOROSO, *L’interpretazione “adeguatrice” nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1998, 101 ss.

<sup>(189)</sup> V. AMOROSO, *L’interpretazione*, cit., 89 ss.

<sup>(190)</sup> Dal significato ricavabile dall’interpretazione letterale, risulta chiara l’esclusione della persona fisica-holding dal 1 co. Ma v. D’ALESSANDRO, *Amministratore unico di s.p.a. appartenente ad un gruppo e conflitto d’interessi “per conto altrui”*, in *Riv. dir. impr.*, 1990, 44, il quale — coerentemente da quanto si va dicendo nel testo — afferma che l’argomento letterale raramente riesce da solo sufficiente a consentire un’appagante ricostruzione della volontà legislativa. Anzi, quando non è confortato da elementi di altra natura (logici, teleologici, sistematici ecc.) — come nel caso in esame — rischia di essere travolto dall’impiego di canoni interpretativi più forti, quali quello analogico.

<sup>(191)</sup> GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 159.

<sup>(192)</sup> V. AMOROSO, *L’interpretazione*, cit., 91, per il quale ove l’interpretazione letterale *coordinata* con quella funzionale offra un unico significato normativo non si pone un problema di interpretazione adeguatrice. In effetti l’elemento determinante — nelle sentenze della Corte Costituzionale cui ci riferiamo (cfr. nt. successiva) — per

dere analogicamente una disposizione pur di evitarne il contrasto con la Costituzione <sup>(193)</sup>. Fra un'interpretazione rispettosa del tenore letterale chiaro, ma incostituzionale e l'estensione analogica di una norma, che ne eviti l'abrogazione, la Corte Costituzionale privilegia senz'altro quest'ultima. Si ricorre, pertanto, all'interpretazione adeguatrice in *funzione correttiva* <sup>(194)</sup>.

consentire il ricorso all'interpretazione adeguatrice (anche tramite analogia) è l'interpretazione secondo la *ratio*, che, in quanto conduca a risultati discordanti da quella letterale, giustifica il superamento dell'eventuale tenore letterale chiaro di una disposizione. *Anche rispetto all'art. 2497, c.c. la Corte potrebbe ricorrere all'interpretazione costituzionalmente adeguata, posto che l'interpretazione secondo la ratio* (per la quale v. oltre) *conduce ad un risultato contrastante con quello ricavabile dall'interpretazione letterale* (v. oltre nel testo). *Non può applicarsi, pertanto il brocardo in claris non fit interpretatio.*

<sup>(193)</sup> Cfr.:

— Corte Cost., 8 aprile 1997, 87, in *Foro it.*, 1999, I, 1766: questione sollevata in relazione all'art. 249 c.p.c. per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevedeva che possano astenersi dal deporre in giudizio i praticanti procuratori, che abbiano assistito a colloqui tra il cliente e l'avvocato presso cui i primi svolgono la pratica forense. In motivazione la Corte supera *l'inequivoco dettato letterale della disposizione*, estendendo analogicamente la possibilità di astensione anche ai praticanti (ipotesi in cui è ravvisata identità di *ratio*, rispetto al caso previsto, ossia la protezione del segreto professionale), per evitare la declaratoria di incostituzionalità della disposizione;

— Corte Cost., 19 gennaio 1995, n. 28, in *Dir. famiglia*, 1996, 1279 ove, a fronte del dettato inequivocabile dell'art. 4, l. 943/1986, il quale prevede il diritto al ricongiungimento del figlio minore con il solo lavoratore extracomunitario residente e occupato, si è ritenuto necessario, al fine di evitare un contrasto con la Costituzione — sanabile, altrimenti, solo con la dichiarazione di incostituzionalità — superare il chiaro tenore letterale per estenderne analogicamente l'applicazione anche alla residente extracomunitaria casalinga;

— Corte Cost., 18 aprile 1997, n. 99, in *Giur. cost.*, 1997, 977 caso in cui il giudice *a quo* aveva richiesto la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 156, 6 co., c.c., dal cui tenore letterale si ricava inequivocabilmente come esso si applichi esclusivamente nel procedimento di separazione dei coniugi (non potendo quindi trovare applicazione nel giudizio ordinario avente ad oggetto il mantenimento dei figli, di cui si trattava). Ciò nonostante la Corte — invece di adottare una sentenza additiva di accoglimento — ha operato l'interpretazione adeguatrice, estendendo analogicamente la disposizione in esame alla fattispecie espressamente esclusa dal suo tenore letterale. Cfr., in dottrina, CHIASSONI, *La giurisprudenza civile*, cit., 523, ove (oltre a ampi riferimenti di giurisprudenza) si afferma che “l'interpretazione adeguatrice... prevale sulla chiara e univoca interpretazione letterale, se vi sono buone ragioni d'ordine teleologico... e/o consequenzialistico per prevenire un'antinomia o altra incongruenza”.

<sup>(194)</sup> Tale affermazione è confermata da AMOROSO, *L'interpretazione*, cit., 102 ss., il quale afferma che la Corte Costituzionale — in quanto esercitante una giurisdizione in senso del tutto peculiare (Corte Cost., 29 dicembre 1995, n. 536, in *Giur. cost.* 1995, fasc. 6) — può effettuare un'interpretazione adeguatrice che si attegga come “manipolativa” (perché supera la preclusione derivante dal dato testuale), *come tale preclusa al giudice ordinario* (conf. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, 1994, 169, per il quale l'uso dell'interpretazione costituzionalmente compatibile da parte del giudice delle leggi è diverso da quello del giudice ordinario, perché il primo opera con meccanismi e limiti differenti). Un simile utilizzo dell'interpretazione adeguatrice — al fine, fra l'altro, di parificare situazioni di disuguaglianza — da parte della Corte, pur in mancanza del carattere polisenso della norma censurata e quindi in funzione “correttiva” del suo tenore letterale, viene considerato logicamente corretto in base al principio di continenza (il più contiene il meno): come la Corte può emanare pronunce additive che aggiungono un termine alla disposizione censurata per renderla compatibile con parametri

Per confutare quanto appena rilevato, non è sufficiente addurre che l'esclusione della capogruppo individuale dall'ambito di applicazione dell'art. 2497, 1 co., c.c., costituisce una scelta discrezionale del legislatore, come tale insindacabile.

La giurisprudenza costituzionale, infatti, afferma costantemente che l'ampia discrezionalità concessa al legislatore trova pur sempre un limite nei casi in cui "la disparità di trattamento sia palesemente irrazionale o arbitraria" <sup>(195)</sup>. Pertanto laddove si dimostri l'identità di *ratio* fra il caso previsto della capogruppo collettiva e quello omissso della *holding* individuale (sulla quale v. oltre), la scelta legislativa non costituisce un ostacolo all'intervento correttivo del giudice delle leggi.

### 2.3. Segue: conseguenze applicative.

Chiarita la posizione che la Corte costituzionale farebbe propria, spieghiamo perché tale soluzione risulti decisiva anche per il giudice ordinario.

Nessun dubbio sussiste in merito all'efficacia vincolante dell'eventuale sentenza additiva di accoglimento, le cui conseguenze ricadono sotto la disciplina dell'art. 136 Cost.

Qualora, invece, venisse adottata — in applicazione dell'orientamento più moderno del giudice delle leggi — una sentenza interpretativa di rigetto, in applicazione dell'interpretazione adeguatrice, il giudice *a quo* sarebbe tenuto "ad uniformarsi alla pronuncia della Corte, anche per quanto riguarda l'interpretazione esclusa..." <sup>(196)</sup>. D'altronde, la persuasività della decisione (dovuta all'autorevolezza dell'organo che l'ha adottata) dovrebbe spingere il giudice diverso da quello che ha sollevato la questione di illegittimità a rifiutare l'interpretazione censurata dalla Corte e ad adottare proprio quella (adeguatrice) applicata dalla stessa.

costituzionali, così potrebbe anche limitarsi ad indicare un significato normativo che, *pur essendo diverso da quello al quale condurrebbero gli ordinari canoni interpretativi*, è l'unico capace di preservare la conformità alla Costituzione (AMOROSO, *L'interpretazione*, cit., 104).

<sup>(195)</sup> Corte cost., 26 marzo 1997, n. 99, in *Giur. cost.*, 1999, 909; 8 marzo 1996, n. 65, in *Giur. cost.*, 1992, 642; 5 luglio 1995, n. 295, in *Giust. civ.*, 1996, I, 31. V. anche CARUSI, *Principio*, cit., 245 ss., ove si afferma che "sotto il nome di *sindacato di ragionevolezza* si svolg[e] pure quel tipo di controllo... che consiste nel vedere se la discriminazione operata dal legislatore è puramente arbitraria oppure idonea ad esprimere una *scelta politicamente significante*". Assoggettato allo *standard* di ragionevolezza, "il legislatore perde così frammenti di sovranità a vantaggio della razionalità del diritto e dei suoi interpreti" (BARBERA, COCOZZA, CORSO, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di uguaglianza*, in BARBERA-AMATO, *Manuale di diritto pubblico*, I, *Diritto pubblico generale*, Bologna, 1997, 274).

<sup>(196)</sup> Corte Cost., 25 maggio 1990, n. 268, in *Giur. cost.*, 1990, 1599.

Nel caso in esame, quindi, la soluzione conforme alla Costituzione, suscettibile di diventare diritto vivente, deve essere considerata l'estensione analogica <sup>(197)</sup> dell'art. 2497, 1 co., c.c.

#### 2.4. *Un'osservazione conclusiva.*

Rilevato che l'analogia risulta essere lo strumento necessario a rendere la previsione dell'art. 2497, 1 co., c.c. conforme ai parametri costituzionali di cui agli artt. 3 e 24 Cost, se considerata in relazione alla fattispecie concreta della *holding* persona fisica, forse ci si può spingere a formulare una soluzione alternativa a quella appena sopra prospettata.

Pare cioè possibile arrivare a sostenere che l'interprete comune è legittimato a pervenire all'applicazione analogica dell'art. 2497, 1 co., c.c., anche senza investire della relativa questione di legittimità la Corte Costituzionale nei termini che si sono appena descritti.

Il fondamento di ciò sembra essere semplicemente l'art. 14 prel. al c.c., il quale disciplina proprio l'argomento *a simili*: a fronte dell'art. 2497, 1 co., c.c., sembrano ricorrere tutti gli estremi necessari a determinare l'applicazione della disposizione da ultimo menzionata.

Si è dimostrato, infatti, l'esistenza rispetto alla capogruppo-persona fisica di una lacuna normativa. Si dimostrerà, inoltre, (di seguito) che l'art. 2497, 1 co., c.c. detta la disciplina di un “caso simile” a quello non specificamente normato dall'ordinamento, laddove il concetto di somiglianza si specifica mediante il criterio dell'*identitas rationis*; e che, pur ammettendo il carattere eccezionale della previsione in esame, il divieto di analogia delle norme eccezionali comunque non costituisce un ostacolo alla ricomprensione nell'art. 2497, 1 co., c.c. della fattispecie della *holding* personale.

Di fronte al ricorrere di tutti i presupposti per l'applicazione analogica della norma di apertura del capo IX non si vede come l'interprete possa sottrarsi alla prescrizione dell'art. 14 prel. c.c. <sup>(198)</sup>.

Si potrebbe al riguardo obiettare che così si tradisce il chiaro dettato della legge e l'inequivoca volontà del legislatore storico di escludere la persona fisica-*holding* dall'ambito di applicazione dell'art. 2497, 1 co., c.c. Ma quanto alla prima obiezione questo accade in ogni caso in cui si ricorra all'applicazione dell'analogia: poiché presupposto della

<sup>(197)</sup> L'estensione analogica dell'art. 2497, 1 co., c.c., sulla base della necessità di non violare l'art. 3 Cost., è sostenuta da WEIGMANN, *La nuova disciplina*, cit., 155; VALZER, *La responsabilità*, cit., 226 ss.

<sup>(198)</sup> Qui l'interprete si limita ad applicare la legge, cosa che costituisce proprio la sua funzione, a prescindere dalla considerazione della conformità della disposizione alla Costituzione.

stessa è l'esistenza di un caso giuridicamente rilevante non disciplinato da una norma, per definizione il suo utilizzo implica sempre come risultato l'andare oltre quanto detto dalla legge. E a tanto l'interprete è certamente legittimato giusta la prescrizione dell'art. 14 prel. c.c.

Quanto alla seconda obiezione si è già detto che la sussistenza di una lacuna c.d. soggettiva non preclude il ricorso all'analogia; e comunque, l'interpretazione secondo la volontà del legislatore storico riveste una rilevanza assai modesta nel nostro ordinamento positivo, certamente non idonea a precludere, ove ne ricorrano i presupposti, l'applicazione dell'argomento *a simili*, il cui fondamento essenziale è costituito da quella *ratio legis* che la dottrina e la giurisprudenza più recenti considerano il criterio ermeneutico principale.

### 3. *L'accertamento dell'identità di ratio.*

#### 3.1. *Il rilievo, per accertare l'identità di ratio, della funzione di Schutzrecht dell'art. 2497.*

Dimostrato come il ricorso all'analogia sia la soluzione che dovrebbe trovare applicazione nel caso in esame, in ossequio al principio di conformità della legge alla Costituzione<sup>(199)</sup>, occorre ancora verificare se sussistano gli ulteriori presupposti necessari per l'utilizzabilità di tale argomento.

Il nucleo dell'analogia è l'*identitas rationis* fra il caso espressamente disciplinato e quello rispetto al quale sussiste una lacuna normativa<sup>(200)</sup>. Occorre, inoltre tener presente che la dimostrazione dell'esistenza di tale elemento è rilevante non soltanto come presupposto

<sup>(199)</sup> Per la collocazione fra i principi ermeneutici, di quello che impone di non attribuire al testo di legge significati incompatibili con norme costituzionali, v. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1991, 75, secondo il quale la regola dell'interpretazione adeguatrice deriva dalla struttura dell'ordinamento giuridico vigente; MALFATTI, PANIZZA, ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2003, 106 ss.; DICIOTTI, *Interpretazione*, cit., 299; FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva*, Milano, 2003, 166. È evidente come nel dettare la disciplina del procedimento ermeneutico l'art. 12 disp. prel. c.c. risenta dell'antioriorità rispetto alla Costituzione. Ciò nonostante, è impensabile che all'applicazione dei principi costituzionali sia attribuito un ruolo meramente sussidiario rispetto ai criteri indicati dalla disposizione preliminare: in tal modo si altererebbe la gerarchia delle fonti oltre che il carattere rigido della nostra Costituzione. Per uno studio monografico sull'interpretazione conforme alla Costituzione v. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006.

<sup>(200)</sup> CARCATERRA, voce *Analogia*, cit., 14, (ove ulteriori riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza), il quale definisce tale elemento come "ragion d'essere immanente, di perché, di fine, scopo, o motivo della norma". "In altre parole l'estensione analogica di una norma presuppone la previa identificazione della sua...*ratio*...Ciò equivale a risalire, da una norma, al "principio" che la fonda come sua giustificazione" (GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 156).

per l'applicazione dell'argomento *a simili*, ma anche per suffragare la necessità, sopra sostenuta, di riservare un trattamento uguale alla fattispecie della responsabilità per eterodirezione tanto delle società o enti quanto della persona fisica-*holding*. La dottrina pubblicistica insegna, infatti, che i rapporti che vengono in rilievo in virtù del principio di uguaglianza “sono solamente quelli intercorrenti fra situazioni simili, per le quali sia possibile stabilire una somiglianza...riconducibile all'alternativa « *omogeneità-disomogeneità* »”. Ne deriva il problema dell'individuazione del profilo rilevante che consente di attribuire tali qualificazioni alle situazioni comparate <sup>(201)</sup>. Tale profilo è costituito normalmente proprio dallo *scopo della legge* <sup>(202)</sup>.

Interpretando teleologicamente la disposizione di apertura del capo IX, si ricava che “il gruppo acquista rilievo, ai fini della disciplina lì contenuta, come un « fatto », coincidente con l'« attività di direzione e coordinamento », rispetto al quale si pongono particolari esigenze di disciplina...sotto il profilo di tutela (*Schutzrecht*) dei soci di minoranza e dei creditori della società dipendente...” <sup>(203)</sup>.

L'introduzione di una previsione di responsabilità avente tali connotati è pienamente coerente con la configurazione della disciplina in esame come *Schutzrecht*, ovvero come una normativa articolata, anzitutto, in termini di *Konzernhaftungsrecht* e connotata da una *Schutzfunktion* <sup>(204)</sup>: il semplice ricorrere del fatto “attività di direzione e coordinamento” determina i pericoli della c.d. *Konzernierung*, vale a dire il rischio di una *Durchsetzung* di interessi particolari estranei alla società dominata e, di conseguenza, l'insorgere dell'esigenza di tutela dei soci minoritari e dei creditori della stessa <sup>(205)</sup>.

<sup>(201)</sup> Per una più ampia esposizione della questione v. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 56 ss., cui appartiene anche il virgolettato.

<sup>(202)</sup> MORRONE, *Corte Costituzionale e principio generale di ragionevolezza*, consultabile su [www.giur.unibo.it](http://www.giur.unibo.it), 58, alla luce del cui ragionamento possiamo dire che la *ratio legis* costituisce nella maggioranza dei giudizi di costituzionalità ex art. 3 Cost. “l'elemento o il punto di vista ritenuto rilevante” a giudicare la ragionevolezza della scelta legislativa. Affinché una discriminazione normativa risulti irragionevole e, dunque, non rispettosa del principio di uguaglianza formale, occorre l'assenza di “*profili differenziali* rispetto alla *ratio*...della norma in questione: in mancanza di tali profili, che porrebbero dinanzi alla Corte lo sbarramento della discrezionalità legislativa, al giudice delle leggi si chiede di prendere atto dell'irrazionalità della discriminazione e di correggere il disposto normativo” (CARUSI, *Principio*, cit., 259).

<sup>(203)</sup> TOMBARI, *Riforma*, cit., 1082 ss. 2. Conf. MONTALENTI, *Direzione*, cit., 317; GUERRERA, *Gruppi di società*, cit., 27.

<sup>(204)</sup> Il rilievo per cui la nuova disciplina del Capo IX è, principalmente, strutturato come espressione di una *Haftungsrechtspolitik*, in quanto volto all'adozione di regole di *konzernspezifische Haftung* si ritrova in D'ALESSANDRO, *Società per azioni*, cit., 42; CARIELLO, *Direzione*, cit., 1231 e nt. 8. Per la dottrina tedesca, relativamente alla disciplina dei gruppi dell'AktG del 1965 MÜLBERT, *Unternehmensbegriff*, cit., 1167 ss.

<sup>(205)</sup> CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 44 nt. 10, 13, 76 e 78, per ampi riferimenti anche alla dottrina tedesca.

Ne consegue che i presupposti di applicazione della disciplina in esame debbono essere determinati in funzione degli interessi dei soggetti tutelati <sup>(206)</sup>, del tutto irrilevante essendo il centro di imputazione dell'attività dannosa <sup>(207)</sup>.

Il presupposto essenziale, affinché si realizzi quella situazione di pericolo cui la disciplina sanzionatoria dell'art. 2497, 1 co., c.c. intende rimediare, consiste nel possesso da parte della capogruppo di interessi (di natura imprenditoriale) ulteriori ed esterni rispetto a quelli che essa ha nella società dominata. Qualora tali interessi siano sufficientemente forti <sup>(208)</sup>, i soci minoritari e i creditori dell'eterodiretta sono esposti al rischio che la capogruppo sacrifichi il proprio interesse imprenditoriale in essa <sup>(209)</sup>, allo scopo di privilegiare *l'interesse di altra impresa* (rispetto alla dominata, di cui sia titolare la capogruppo stessa o una società diversa e da lei controllata).

Ma allora il conflitto di interessi "sistematico", che la norma in esame ha la funzione di comporre, *sussiste identico tanto nel caso in cui capogruppo sia una persona fisica, quanto in quello in cui sia un ente collettivo* <sup>(210)</sup>. A meno che non si voglia negare che il soggetto

<sup>(206)</sup> Lo scopo di tutela della disposizione *ex art. 2497 c.c.* nel suo complesso, cui più volte nella presente indagine si è attribuito rilievo per interpretare la disciplina lì contenuta, è confermato dalla possibilità concessa *a ciascun anche infimo azionista* di qualsivoglia società controllata di convenire in responsabilità chiunque, persona fisica o giuridica, esercitando a qualunque titolo l'attività di direzione e coordinamento, abbia leso il suo diritto agli utili e alla valorizzazione della partecipazione. Possibilità definita "dirompente" da ENRIQUES, *Gruppi di società*, cit., 251.

<sup>(207)</sup> Si riprende nel testo, quasi alla lettera, l'osservazione proposta da D'ALESSANDRO, *Imprese individuali, gruppi e amministrazione straordinaria*, in *Giust. civ.*, 1981, 3024, in riferimento all'estendibilità (*ex art. 3, comma 1, l. 95/1979*) alle imprese individuali della procedura di amministrazione straordinaria e quindi anche dell'azione di responsabilità *ex art. 3, ult. co.*, che costituisce l'antecedente storico della disciplina di cui al nuovo capo IX.

<sup>(208)</sup> Si ripropone quasi alla lettera la motivazione proposta da BGH, 13 ottobre 1977, in *BGHZ*, 69, 337, che costituisce il *leading case* nella giurisprudenza tedesca per l'interpretazione funzionale del concetto di *beherrschendes Unternehmen*, al fine dell'estensione dell'ambito di applicazione del *Konzernrecht*. Conf. la dottrina tedesca. V. EMMERICH-SONNENSCHNEIDER, *Konzernrecht*, cit., 3.

<sup>(209)</sup> V. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da i "battelli del Reno" alle "navi vichinghe"*, in *Foro it.*, 1988, 50 ss. il quale afferma che quando un socio è imprenditore "il conflitto non si limita ad investire accidentalmente questo o quell'atto, ma permea, o può permeare, di sé l'intera attività"; FERRO LUZZI-MARCHETTI, *Riflessioni*, cit., 419 ss. e 454 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia*, cit., 180 ss. La riflessione degli autori citati, rimane valida anche a seguito della riforma, in riferimento alla quale è stata riproposta da ANGELICI, *La riforma*, cit., 130.

<sup>(210)</sup> "La disciplina del gruppo menziona espressamente le società e gli enti in quanto essi normalmente assumono una posizione imprenditoriale. Sicché... lo stesso trattamento deve essere esteso in via interpretativa a tutti coloro che esercitano, quali imprenditori, un'attività di direzione e coordinamento sulle società controllate. Con la conseguenza che se si attribuisce ad un individuo un simile ruolo come in qualche occasione hanno fatto i giudici in Italia ed in Germania, sulla medesima persona che funziona come *holding* vengono a gravare sia gli obblighi pubblicitari sia quelli risarcitori deri-



portatore di un interesse imprenditoriale esterno alla società danneggiata possa essere un individuo.

La struttura e la qualità del soggetto dominante, quindi, risultano irrilevanti rispetto allo scopo di tutela della disciplina della direzione unitaria, che concerne, piuttosto, la condotta in cui si esplica il potere di eterodirezione e gli interessi da cui essa è ispirata <sup>(211)</sup>.

A conferma di ciò deve aggiungersi che, in materia di responsabilità civile, la dottrina più moderna ha spostato la propria attenzione dal danneggiante al danneggiato <sup>(212)</sup>; sicché il profilo fondamentale è diventato la tutela di quest'ultimo, piuttosto che la sanzione contro il primo.

### 3.2. *Il rilievo, per accertare l'identità di ratio, dell'attività.*

*L'identitas rationis* può essere dimostrata anche in base ad una diversa, ma connessa, argomentazione.

“Al centro della norma sembra porsi un'esigenza di valutare *l'azione del gruppo*” <sup>(213)</sup>. L'attività di direzione e coordinamento, come

vanti dal cattivo uso del potere di direzione e controllo visto che occorre dire che l'attività di direzione e coordinamento rileva come fatto”. Così, WEIGMANN, *La nuova disciplina*, cit., 155.

<sup>(211)</sup> Così, quasi alla lettera, GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 143, il quale nota anche come un ulteriore argomento per escludere che solo una società o un ente possa essere soggetto attivo del potere di direzione e coordinamento possa trarsi dalla *sedes materiae* e dal carattere generale della nuova disciplina, collocata nel capo IX del c.c.; NIUTTA, *La novella*, cit., 392; GUIZZI, *Partecipazioni*, cit., 242, secondo il quale il problema della legittimità dell'attività di direzione unitaria deve essere valutato obiettivamente, cioè considerato “indipendente dalla natura (*persona fisica*, società o altra organizzazione collettiva) del soggetto che ne è titolare”. Prima della riforma, con riferimento alla disciplina della responsabilità nel gruppo in amministrazione straordinaria cfr. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 130-131, il quale ha utilizzato un'argomentazione simile a quella richiamata nel testo per affermare l'estensione analogica dell'art. 3, ult. co., l. 95/1979, all'ipotesi — non prevista, posto che risultava contemplata solo la responsabilità degli amministratori della controllante — della *holding*-persona fisica.

<sup>(212)</sup> La ridefinizione funzionale della responsabilità civile, che si esprime nello spostamento di attenzione dall'autore alla vittima del fatto dannoso è stato fondato sui doveri inderogabili di solidarietà. Cfr. Lucarelli, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, 73; RODOTÀ, *Il problema*, cit., 89; SALVI, *Il danno*, cit., 155; P. BARCELLONA, *Sulla struttura formale del giudizio di responsabilità*, Milano, 1984. Comunque, la conclusione del testo rimane valida anche focalizzando l'attenzione sul danneggiante, tanto qualora si voglia attribuire responsabilità risarcitoria ad una funzione sanzionatoria (che comunque, anche se non come profilo principale, le è propria), quanto qualora si voglia attribuire ad essa una funzione deterrente. In particolare, per quanto riguarda quest'ultima, l'esclusione della capogruppo personale incentiverebbe la collocazione al vertice della struttura di gruppo di tale soggetto, proprio al fine di aggirare le norme sanzionatorie previste dal capo IX, come notato da GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 144. Al riguardo v. già ASCARELLI, *I problemi delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, 3 ss., ove si afferma che i criteri di imputazione della responsabilità civile risarcitoria devono essere di natura sostanziale.

<sup>(213)</sup> ANGELICI, *Profili transnazionali della responsabilità degli amministratori*

dato della realtà economico-sociale, assurge a centro di riferimento delle norme del capo IX. Parafrasando l'elaborazione dottrinarie relativa alla teoria dell'impresa — riferimento assolutamente appropriato dato che anche l'attività di eterodirezione è un'attività imprenditoriale (e v. *supra* cap. II) che, per essere assoggettata alla disciplina di cui all'art. 2497 c.c. deve essere esercitata nell'interesse *imprenditoriale* proprio della capogruppo o altrui —, è possibile affermare che le disposizioni sul gruppo hanno come fattispecie sostanziale l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, ossia un comportamento imprenditoriale <sup>(214)</sup>.

Di ciò si ha conferma semplicemente considerando il tenore letterale dell'art. 2497, 1 co., c.c. Anzitutto l'individuazione della condotta lesiva rinvia — come già rilevato al cap. II — all'*attività*.

In secondo luogo, il bene leso dalla condotta gestoria è individuato nel pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale e all'integrità del patrimonio sociale. Tali nozioni richiamano proprio l'impresa, come "attività tesa ad un risultato unitario che si misura in termini di valore e redditività" <sup>(215)</sup>.

Infine, nell'ultimo periodo del 1 comma dell'art. 2497, c.c. si prevede espressamente che la responsabilità della capogruppo dipende da un esame complessivo dell'attività (teoria dei c.d. vantaggi compensativi).

Il sistema di *Konzernhaftungsrecht* risultante dall'art. 2497 c.c. è fondato, pertanto, su un modello di disciplina "ad attività" <sup>(216)</sup>. Di quel modello, cioè, che realizza una "specie di rivoluzione copernicana" rispetto al modo di concepire l'agire nel modello privatistico: al centro del sistema non si colloca più il soggetto, ma l'attività "*in funzione dei (cui) caratteri e delle (cui) esigenze... la norma disciplina in modo particolare... le modalità corrette di svolgimento...*" (corsivi aggiunti) <sup>(217)</sup>.

Sulla base di tali rilievi è possibile affermare che il regolamento

*nelle crisi dei gruppi di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 36 e 39. Prospettiva analoga a quella del testo è fatta propria anche da VALZER, *La responsabilità*, cit., 227 ss.

<sup>(214)</sup> Si riprendono le conclusioni di OPPO, *L'impresa*, cit., 110 e 114.

<sup>(215)</sup> P. FERRO LUZZI, *Riflessioni*, cit., 26.

<sup>(216)</sup> Così, con esplicito riferimento alla riforma, M. ROSSI, *Responsabilità*, cit., 630; *ante* riforma cfr. TOMBARI, *Il gruppo*, cit., 102 s., il quale riteneva indispensabile ricorrere al modello "ad attività" in merito alla costruzione di un *Konzernorganisationrecht*.

<sup>(217)</sup> I virgolettati sono tratti da P. FERRO LUZZI, *L'impresa*, Milano, 1985, 19-20; conf. ANGELICI, *Profili*, cit., 23. Per la necessità di muovere dall'impresa come attività oggettivamente intesa e riconsiderare sotto tale luce i profili sistematici della disciplina della società e dei gruppi in un'ottica strumentale a tale attività e agli interessi di coloro che partecipano al suo finanziamento, cfr. LIBONATI, *Diritto*, cit., 423 ss.; M. ROSSI, *Responsabilità*, cit., 630, il quale si rifà proprio alla riflessione di FERRO LUZZI.

normativo della (responsabilità da) direzione e coordinamento di società è anzitutto disciplina di un'attività d'impresa<sup>(218)</sup>. E, conseguentemente, la responsabilità *ex art.* 2497 c.c., può essere ascritta al *genus* della responsabilità dell'“impresa di gruppo”<sup>(219)</sup>. In altri termini la disciplina dell'art. 2497, 1 co., c.c., per come conformata dal legislatore della riforma, risulta essere applicazione del diritto dell'impresa.

In quanto tale, la direzione unitaria “è fattispecie riscontrata la quale si applicherà la pertinente disciplina” dato che, “sul versante imprenditoriale, il procedimento di ricostruzione della titolarità soggettiva non può partire dall'identificazione del soggetto per imputargli la fattispecie e la relativa disciplina, ma deve muovere dalla fattispecie cui corrisponde una disciplina riferibile a quei soggetti che effettivamente danno luogo alla fattispecie”<sup>(220)</sup>. Il momento di imputazione soggettiva dell'attività imprenditoriale, infatti, si colloca al di fuori della fattispecie, nella sfera dell'effetto. Siamo di fronte, cioè, nella “visuale di una rilevanza normativa fattuale oggettiva dell'esistenza dell'attività [— che come tale deve necessariamente condizionare la ricostruzione dell'ambito di applicazione dell'art. 2497, 1 co., c.c. —] a discapito di quella condizionabile dalla titolarità soggettiva di quest'ultima”<sup>(221)</sup>.

Insistere sulla rilevanza determinante della limitazione soggettiva prevista dalla lettera del 1 comma dell'art. 2497 c.c., *significa andare contro l'approccio normativo che pone al centro della disciplina del nuovo capo IX l'impresa come attività oggettivamente considerata*. Significa, in altri termini, riproporre quell'atteggiamento — più volte criticato dalla dottrina commercialistica — per cui, dopo aver reso omaggio al significato del gruppo come forma di esercizio collettivo dell'impresa, se “ne analizza poi la disciplina non tanto in funzione dei problemi dell'impresa come tale considerata, quanto di quelli... del soggetto che l'impresa esercita”<sup>(222)</sup>. Al contrario, l'impostazione della disciplina del gruppo come normativa riferita all'attività di direzione e coordinamento impone all'interprete di abbandonare le rigidità connesse alle impostazioni teoriche di marca soggettivistica e di considerare i profili sistematici di essa in un'ottica strumentale a tale attività e agli interessi in essa coinvolti.

<sup>(218)</sup> V. SPADA, *Della permeabilità differenziata della personalità giuridica nell'ultima giurisprudenza commerciale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 431. Dopo la riforma v. per la qualificazione dell'attività di direzione e coordinamento come attività d'impresa P. FERRO LUZZI, *Riflessioni*, cit., 26.

<sup>(219)</sup> NIUTTA, *La novella*, cit., 399.

<sup>(220)</sup> CARIELLO, *Dal controllo*, cit., 46.

<sup>(221)</sup> CARIELLO, *La pubblicità*, cit., 473.

<sup>(222)</sup> Si adatta all'indagine sul gruppo il rilievo critico sollevato da ANGELICI, *La riforma*, cit., 217, in relazione alla cultura giuridica commercialistica.

Se, dunque, la costituzione del gruppo si fonda sull'esercizio fattuale dell'attività di direzione e coordinamento, della quale occorre verificare il carattere illecito e abusivo, alla stregua di una valutazione di correttezza della scelta imprenditoriale e alla luce del rischio concreto di collisione degli interessi coinvolti; risulta allora confermato *come la natura della holding sia ininfluyente rispetto a questo genere di apprezzamenti*, poiché al centro della fattispecie regolata non si colloca il soggetto, ma l'attività di direzione e coordinamento dell'impresa di gruppo oggettivamente considerata<sup>(225)</sup>. La valutazione della legittimità dell'esercizio del potere di direzione e coordinamento deve essere ancorata, quindi, a criteri obiettivi e non soggettivi, cioè legati alle concrete modalità di esercizio di quel potere, piuttosto che alle caratteristiche del soggetto cui è imputato, a pena di un'evidente irragionevolezza della previsione.

### 3.3. *La rilevanza dell'attività nel parallelo con la teoria dell'amministratore di fatto.*

La rilevanza dell'attività come oggetto della disciplina dell'art. 2497 c.c. consente di addurre un ulteriore argomento a favore dell'estensione della stessa anche alla fattispecie concreta della capogruppo personale.

Si è già rilevato (sopra cap. I, prgr.) che la nuova disposizione recepisce il criterio funzionale di imputazione della responsabilità gestoria già adottato per sanzionare l'amministratore di fatto, secondo il quale l'esercizio effettivo del potere di gestire comporta di per sé e in ogni caso — a prescindere dall'esistenza di un'investitura negoziale — l'obbligo di farlo *correttamente, assoggettato alle regole della responsabilità contrattuale*. Partecipando alla gestione delle società dominate, la capogruppo può incorrere in una responsabilità da inadempimento *degli obblighi legali inerenti alla funzione esercitata*. Si tratta, quindi, di una responsabilità non "dell'amministratore", ma "per l'amministrazione"<sup>(224)</sup>.

Così ricostruito il principio sotteso alla nuova disciplina dell'art. 2497, 1 co., c.c., risulta evidente come lo stesso sia senz'altro trasponibile anche alla persona fisica che si comporti, nei confronti di più società, come *holding*, ossia eserciti "professionalmente e con metodo economico un'attività di coordinamento e di governo dell'insieme delle società partecipate"<sup>(225)</sup>. Tale principio, infatti, valorizza un'ottica di carattere non soggettivo, ma oggettivo, nel senso che il semplice fatto

<sup>(225)</sup> GUERRERA, *Gruppi*, cit., 27.

<sup>(224)</sup> ABRIANI, *Gli amministratori*, cit., *passim*.

<sup>(225)</sup> G.SCOGNAMIGLIO, *Autonomia*, cit., 21.

dell'esercizio di una attività gestoria determina l'applicabilità della disciplina ad essa relativa. Risulta, dunque, confermata l'irrilevanza del centro di imputazione soggettivo dell'attività stessa.

3.4. *Le indicazioni ricavabili dalla riflessione dottrina in merito alla responsabilità da direzione unitaria nella l. 270/1999.*

Un'ulteriore indicazione, rilevante per la ricostruzione della *ratio* della nuova disposizione, può trarsi anche dalla scelta legislativa di imputare direttamente la responsabilità alla capogruppo.

In riferimento all'azione risarcitoria prevista dall'art. 90 della l. 270/1999 (già art. 3, ult. co., l. 95/1979), parte della dottrina ha sostenuto che per ammettere la legittimazione passiva della persona fisica-*holding* occorre dare una risposta affermativa al problema della responsabilità, oltre che degli amministratori, anche della società capogruppo<sup>(226)</sup>: laddove si ammetta la responsabilità della *holding* per abuso di direzione unitaria — si è affermato — sarebbe “effettivamente arduo sottrarsi alla conclusione che la norma si applic(hi) altresì alla persona fisica capogruppo e in genere al vertice non societario del gruppo”<sup>(227)</sup>.

Inoltre, sempre in merito all'art. 90, si è ritenuto che la previsione espressa dell'obbligazione risarcitoria degli amministratori della capogruppo trovi “...la sua giustificazione in ciò, che essi sono i responsabili di quell'azione, (almeno) nell'ipotesi... in cui il vertice del gruppo ha struttura societaria”. Ma nell'ipotesi in cui in posizione apicale rispetto al gruppo si collochi la persona fisica-*holding* — si è affermato — dovrebbe essere ammessa anche la responsabilità di quest'ultima, “appunto perché ad essa risale la (ed essa è la coordinatrice della) « azione di gruppo »”<sup>(228)</sup>.

Lo stesso ragionamento può essere ripetuto in relazione al problema qui indagato.

Il tenore letterale dell'art. 2497, 1 co., c.c., dispone l'imputazione della responsabilità risarcitoria al vertice del gruppo, cioè — nell'ipotesi che la norma prevede — all'ente collettivo, e non ai soggetti cui il

<sup>(226)</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *Società di persone* cit., 849 ss.; CHIOMENTI, *I soggetti passivi*, cit., 181-182 nt 19. Ricordiamo che l'art. 3, ult. co., l. 95/1979, e il successivo art. 90, l. 270 /1999 affermano la responsabilità per abuso di direzione unitaria degli amministratori della capogruppo, ma non espressamente della capogruppo. Nel riferirsi espressamente soltanto ad enti societari, la disposizione sull'amministrazione straordinaria, infatti, pone il problema, analogo a quello derivante dalla lettera dell'art. 2497, 1 co., c.c., della sua applicabilità a capogruppo non aventi natura societaria.

<sup>(227)</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *Società di persone*, cit., 852.

<sup>(228)</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *Società di persone*, cit., 853, cui si riferiscono tutte le frasi virgolettate.

potere di eterogestione spetta in base alla relativa organizzazione. Lo scopo della nuova disposizione è, perciò, chiaramente quello di perseguire *direttamente* la *holding*, normativamente considerata la responsabile in via principale dell'abuso di direzione e coordinamento <sup>(229)</sup>.

Pare, quindi, corretto estendere alle ipotesi in cui la capogruppo abbia natura individuale il principio ricavabile dalla norma in esame, secondo cui è obbligato (in via principale) al risarcimento il soggetto al vertice della struttura di gruppo, che sia *dominus* dell'attività di eterodirezione.

Le riflessioni fin'ora svolte dimostrano, pertanto, come fra l'ipotesi disciplinata (quella dell'eterodirezione di società o enti) e quella omessa (la persona fisica *holding*) esista un tratto comune "essenziale", che rappresenta "la ragione specifica per cui alla fattispecie [prevista dalla legge] è stata attribuita proprio quella, e non altra, conseguenza giuridica" <sup>(230)</sup>. In altri termini esiste l'identità della *ratio* <sup>(231)</sup>.

#### 4. *L'assenza di limitazioni al ricorso all'analogia.*

Una volta appurato che, in relazione alla figura della *holding*-persona fisica sussistono i presupposti di applicazione dell'argomento *a simili* (lacuna normativa e identità di *ratio* con un caso disciplinato), occorre verificare che non ricorra il limite contemplato all'art. 14 disp. prel. c.c.: in particolare si tratta di stabilire se l'art. 2497, 1 co., c.c. sia una norma eccezionale.

Questa è la conclusione fatta propria da un recente contributo dottrinario <sup>(232)</sup>, nel quale si afferma come una disposizione che con-

<sup>(229)</sup> Non si pone, quindi, rispetto alla nuova disciplina la complicazione di dover risolvere, preliminarmente in via interpretativa, la questione della legittimazione passiva della capogruppo, sulla quale la legge sull'amministrazione straordinaria, invece, rimane muta.

<sup>(230)</sup> GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 155.

<sup>(231)</sup> La ricostruzione della *ratio* dell'art. 2497 c.c., dimostra come i significati ricavabili dall'interpretazione letterale e da quella teleologica non coincidano: quella letterale depone inequivocabilmente l'esclusione della capogruppo personale; quella teleologica l'inclusione della stessa dall'ambito di applicazione della disposizione. La discordanza è rilevante rispetto all'applicazione dell'interpretazione costituzionalmente adeguata (v. sopra).

<sup>(232)</sup> Così PINTO, *La responsabilità*, cit., 937. L'autore precisa che nel precetto dell'art. 2497 c.c., possono scindersi due diverse regole: da un lato, *la regola di responsabilità*, imputata alla società o ente, che esercita attività di direzione e coordinamento in "violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale"; dall'altro, *la regola di destinazione* del risarcimento del danno sociale "direttamente" a favore del socio. La prima regola, in considerazione anche dell'art. 2476, 7 co., c.c. in tema di s.r.l., può considerarsi espressione, nel contesto del gruppo, di un principio generale di responsabilità da eterodirezione. La seconda, comportando una deroga al regime vincolistico del patrimonio sociale in ragione delle esigenze specifiche dell'impresa di gruppo, non pare potersi estendere ad altri casi potenzialmente analoghi.

templi il risarcimento del “danno riflesso” in favore del socio (e non della società direttamente danneggiata) sia da considerarsi un’eccezione ai principi posti dal regime vincolistico del patrimonio sociale ed espressi, sul piano della fattispecie risarcitoria, dal requisito del “danno diretto” *ex art. 2395 c.c.* <sup>(253)</sup>.

Carattere eccezionale viene anche attribuito alla causa di esonero dalla responsabilità previsto nella parte finale della disposizione in esame: i c.d. vantaggi compensativi <sup>(254)</sup>.

Pur nei ristretti limiti in cui la questione può essere affrontata in questa sede, un simile rilievo non pare possa costituire un ostacolo all’estensione analogica dell’art. 2497, 1 co., c.c. alla capogruppo persona fisica.

La dottrina specialistica, infatti, ritiene che il divieto di analogia previsto dall’art. 14 disp. prel. c.c. non sia assoluto: la disposizione eccezionale può estendersi ai casi simili, che ricadono “nell’ambito al quale la norma stessa è pertinente; nei confini di questo ambito anche la norma eccezionale può generalizzarsi” <sup>(255)</sup>. Posto che una disposizione eccezionale ha una propria *ratio* e non può non averla — sia pure eccezionale rispetto alla *ratio* della disciplina generale derogata —, essa può essere applicata a casi non previsti, per i quali valga lo stesso motivo di eccezionalità che ne ha determinato l’introduzione <sup>(256)</sup>.

Deve, dunque, ammettersi l’applicazione analogica dell’art. 2497, 1 co., c.c., posto che fra l’ipotesi da questo espressamente disciplinato e il caso non previsto in discussione sussiste identità di *ratio* e l’estensione opera entro il medesimo ambito — quello di gruppo, con le esigenze specifiche che ad esso si ricollegano <sup>(257)</sup> — della norma in esame.

Peraltro, può anche dubitarsi che la disposizione di apertura del capo IX sia eccezionale.

<sup>(253)</sup> V. PINTO, *La responsabilità*, cit., 926 ss.; GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 145; G. SCOGNAMIGLIO, *Danno*, cit., 947 ss. Nella dottrina tedesca 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, *La responsabilità*, cit., 926 nt. 74.

<sup>(254)</sup> Per uno spunto in tal senso cfr. PENNISI, *La disciplina*, cit., 913.

<sup>(255)</sup> CARCATERRA, voce *Analogia*, cit., 10.

<sup>(256)</sup> V. PORTALE, *Rapporti*, cit., 3 ss., 29 e nt. 58; BOBBIO, voce *Analogia*, cit., 603; GIANNINI, *L’analogia giuridica*, in *Jus*, 1942, 66; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1969, 338; WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Torino, 1988, 84, § 29, nt. 3; TARELLO, *L’interpretazione*, cit., 241 ss.

<sup>(257)</sup> Sia la regola della risarcibilità del danno riflesso a favore dei soci della dominata, sia quella dei vantaggi compensativi sono giustificate dalle peculiari esigenze caratterizzanti il fenomeno del gruppo. Per tale rilievo ABBADESSA, *La responsabilità*, cit., 284, sulla base di un’indagine approfondita dei lavori preparatori; GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 316.

La dottrina civilistica afferma, infatti, che “quando la c.d. legislazione speciale giunge a comporsi in un sottosistema perde la caratteristica di eccezione. Nel momento in cui si parla di diritti secondi come sottosistemi, si riconosce implicitamente il superamento della dimensione contingente e singolare che caratterizza l’eccezione...”<sup>(238)</sup>. E non può negarsi che il capo IX introdotto dalla riforma costituisca, rispetto al gruppo, un nuovo microsistema normativo<sup>(239)</sup>.

##### 5. *Le indicazioni emergenti dai lavori preparatori e dall’interpretazione storico-sistemica.*

Al termine della presente riflessione occorre valutare in che misura la soluzione qui proposta, in ordine alla responsabilità della persona fisica-*holding*, possa considerarsi fondata e praticabile alla luce degli argomenti utilizzati dalla dottrina commercialistica dominante, per giustificare la sicura esclusione di essa dall’ambito applicativo dell’art. 2497, 1 co., c.c.

Nel fondare quest’ultima conclusione, rilievo decisivo viene attribuito alla volontà del legislatore storico, “in carne ed ossa”<sup>(240)</sup>, l’ac-

<sup>(238)</sup> CASTRONOVO, *Diritto privato*, cit., 399. GUERRERA, *La responsabilità*, cit., 145, ha affermato come l’art. 2497 c.c. non presenti il “carattere di eccezionalità dal punto di vista del *fondamento*, giacché risponde all’esigenza, propria del diritto comune, di assicurare piena ed effettiva tutela a tutti gli interessi sociali posti a repentaglio dalle esplicazioni illecite e/o abusive del processo decisionale organizzato”. L’autore sottolinea, ad ulteriore sostegno dell’interpretazione estensiva della norma in base alla *ratio*, che escludere l’operatività della sanzione risarcitoria rispetto alle fattispecie più elementari di eterodirezione equivarrebbe soltanto a incentivare un contenzioso destinato a coinvolgere la società nelle controversie interne fra soci, in contrasto con lo scopo deflativo ed efficientistico della norma: “l’interpretazione restrittiva spingerebbe il socio di minoranza “oppresso” ad azionare i rimedi corporativi (impugnazioni delle delibere, controllo giudiziario o individuale, esercizio dell’azione di responsabilità nell’interesse della società ecc.), anziché a reagire direttamente nei confronti del gruppo di comando per ottenere la reintegrazione del danno derivante dall’abuso”. Conf. ALPA, *La responsabilità*, cit., 660, ove si afferma la natura speciale, non eccezionale, della responsabilità in esame, posto che “se il legislatore avesse considerato questa come un’ipotesi eccezionale... ne avrebbe segnalato l’eccezionalità, ad es., aggiungendo al testo la formula corrente “nel solo caso...”, “esclusivamente” *et similia*...”. Di responsabilità speciale piuttosto che eccezionale parla anche l’unico precedente al riguardo: Trib. Milano, 21 gennaio 2008, cit.

<sup>(239)</sup> V., da ultimo Trib. Milano, 25 luglio 2008, cit.; Trib. Milano, 22 aprile 2010, inedita. Mi sembra che tale normativa rientri nella definizione di sistema proposta da CASTRONOVO, *Diritto privato*, cit., 389, ove si afferma che il diritto secondo si configura come sistema in quanto retto da una logica propria. Per il carattere non eccezionale dell’art. 2497, 1 co., c.c. nella parte in cui consente ai singoli soci di appropriarsi del risarcimento di un danno riflesso v. anche GUERRIERI, *La nullità*, cit., 436 ss., il quale si fonda su considerazioni relative alle regole civilistiche in materia di responsabilità ed in particolare all’art. 1223 c.c.

<sup>(240)</sup> Si tratta di una tecnica interpretativa che contrappone la volontà del legislatore a quella della legge: la prima si propone di accertare ciò che ha voluto dire il legislatore, la seconda il significato della legge.



certamento della quale si avvale del contributo determinante dei lavori preparatori <sup>(241)</sup>.

L’eliminazione del pronome “chi”, sostituito dall’endiadi “società o enti”, dimostra in modo inequivoco — ad avviso della dottrina maggioritaria — l’intenzione del legislatore storico di escludere l’applicazione della responsabilità per abuso di eterodirezione (ex art. 2497, 1 co, c.c.) alla *holding*-personale. L’utilizzo di tale argomento rafforza l’interpretazione strettamente letterale della disposizione di apertura del capo IX. Ne consegue la necessità per l’interprete di cercare soluzioni alternative per l’inquadramento della fattispecie in esame.

In realtà — come prima osservazione — l’*iter* di formazione di un atto normativo non assume, di per sé, carattere ermeneutico vincolante, dato che la “volontà del legislatore” non ha valore precettivo a differenza della “volontà della legge” <sup>(242)</sup>.

Semmai ai lavori preparatori si attribuisce una qualche rilevanza nella determinazione del significato di una norma, purché se ne possano dedurre argomenti in armonia col “valore oggettivo che la norma viene ad assumere una volta emanata” <sup>(243)</sup>; ma ove sussista contrasto fra l’intenzione che si desume dalla legge e quella che emerge dai lavori preparatori — come accade relativamente all’ipotesi in esame —, la prima prevale sulla seconda <sup>(244)</sup>.

Inoltre, le indicazioni che possono essere ricavate dai lavori preparatori sono assai meno univoche rispetto all’esclusione della capogruppo personale dall’ambito di applicazione della responsabilità per eterodirezione abusiva, di quanto l’opinione prevalente sembri ritenere.

Innanzitutto l’eliminazione del pronome “chi” viene esplicita-

<sup>(241)</sup> Cfr. TARELLO, *L’interpretazione*, cit., 364 ss.

<sup>(242)</sup> In merito alla distinzione v. ZAGREBELSKY, *Manuale*, cit., 72; LUZZATI, *L’interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, 72; GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 150; LOMBARDI VALLAURI, *Corso*, cit., 58 ss; Cass., 8 giugno 1979, n. 3276, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1616. In merito al valore precettivo da accordare alla *ratio legis* (e non alla volontà del legislatore storico, come ricostruibile attraverso i lavori preparatori) v. GALGANO, *Diritto civile*, cit., 116-117; COLUSSI-ZATTI, *Lineamenti*, cit., 22 ove si legge come “l’interprete non può considerarsi vincolato a cercare un significato politico di cui la norma è, storicamente, un prodotto. La legge, una volta approvata, “si stacca” dall’organo che l’ha prodotta...La *ratio* della norma è perciò un vincolo per l’interprete solo se intesa in senso funzionale o teleologico: cioè come lo scopo, il risultato razionale che la norma può oggettivamente perseguire nel momento in cui viene applicata”; BIANCA, *La norma giuridica. I soggetti*, in *Diritto civile*, Milano, 1996, 96 e 99; GUASTINI, *L’interpretazione*, cit., 151. Conf. Corte cost., 15 febbraio 1984, n. 26, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1010; Cass., 11 aprile 2001, n. 5375, in *Mass. Giur. it.*, 2001; Cass. pen., 3 luglio 1997, n. 8962; Cass. pen., 1998, n. 143; Cons. Stato, 26 gennaio 1987, in *Foro amm.*, 1987, 45.

<sup>(243)</sup> *Ex multis* Corte cost., 10 marzo 1988, n. 279, in *Foro it.*, I, 2149. Conf. Cass., SS.UU., 21 maggio 1973, n. 1455, che esplicita la rilevanza ermeneutica meramente sussidiaria dei lavori preparatori.

<sup>(244)</sup> Cfr. GALGANO, *Diritto civile*, cit., 117.

mente ricondotta all'esigenza di fugare ogni dubbio in merito alla natura imprenditoriale del soggetto capogruppo <sup>(245)</sup>. La restrizione dell'ambito soggettivo di applicazione del 1 comma adempirebbe alla medesima funzione dell'inciso che fa riferimento all'"interesse imprenditoriale proprio o altrui".

Stante il rilievo assunto dalla circostanza che la capogruppo sia portatrice di interessi imprenditoriali esterni alla società dominata per la nascita delle specifiche esigenze di tutela dei soci minoritari e dei creditori di quest'ultima, il legislatore avrebbe limitato i soggetti passivi dell'azione risarcitoria alle società o agli enti. Ciò in base alla convinzione secondo cui, quanto alle società, l'interesse imprenditoriale è per definizione presente, non richiedendo uno specifico accertamento <sup>(246)</sup>.

Una simile giustificazione è, però, contraddetta dalla constatazione secondo cui "l'attività di direzione e coordinamento la può esercitare qualsiasi imprenditore commerciale...In Italia ci sono imprenditori commerciali persone fisiche e società, [quindi] non ha nessun senso che si escluda l'imprenditore commerciale persona fisica...". Le persone fisiche possono certamente esercitare l'attività di direzione e coordinamento, dunque "ne hanno le responsabilità conseguenti" <sup>(247)</sup>. Tanto più che tale fattispecie è stata espressamente riconosciuta dalla Suprema corte <sup>(248)</sup>; ed espressamente prevista dall'art. 80, II co., l. 270/1999 e dal previgente art. 2497, 2 co., lett. a), c.c.

Inoltre, pare corretto interpretare il requisito dell'interesse imprenditoriale in modo ampio, seguendo la riflessione della dottrina e

<sup>(245)</sup> V. le affermazioni di P. FERRO LUZZI, nella riunione plenaria del 17 dicembre 2002, in AA.VV., *La riforma*, cit., 1762.

<sup>(246)</sup> Spiega in questi termini la limitazione soggettiva di cui all'art. 2497, 1 co., c.c., WEIGMANN, *La nuova disciplina*, cit., 155, ove si afferma che "...sono espressamente menzionati nelle norme le società e gli enti in quanto essi normalmente assumono una posizione imprenditoriale"; ANGELICI, in AA.VV., *La riforma*, cit., 198 ss. Tale giustificazione della limitazione dell'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 3 della legge sull'amministrazione straordinaria (che letteralmente si riferiva solo agli amministratori e quindi agli enti aventi natura societaria, proponendo un problema simile a quello proposto dal nuovo art. 2497, 1 co., c.c.), era stata rilevata da G. SCOGNAMIGLIO, *Società di persone*, cit., 819 (che si pronunciava in senso critico sulla tesi).

<sup>(247)</sup> Sono parole pronunciate da GAMBINO, nell'ambito della riunione plenaria del 17 dicembre 2002, in AA.VV., *La riforma*, cit., 1762, la cui argomentazione fa riferimento alla necessità di applicare, relativamente al problema in discussione, il principio di corrispondenza del potere alla responsabilità; WEIGMANN, *La nuova disciplina*, cit., 155. Afferma che tale principio costituisce uno dei cardini della riforma, così come della nuova disciplina della responsabilità nel gruppo, G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri*, cit., 196.

<sup>(248)</sup> Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, cit., 366 ss., la quale, nell'individuare i motivi teorici e le condizioni in presenza delle quali una *holding* può essere considerata capogruppo e imprenditore commerciale, esplicitamente afferma che non sussistono "fattori impeditivi all'estensione delle stesse caratteristiche, e delle stesse qualificazioni imprenditoriali, alla capogruppo persona fisica", non a caso richiamata anche nelle osservazioni di GAMBINO, in AA.VV., *La riforma*, cit.

della giurisprudenza tedesca: esso può essere riscontrato anche nei confronti della persona fisica, purché quest'ultima sia autonomamente un imprenditore commerciale; oppure sia il socio, che esercita un'influenza sulla gestione della propria società e, contestualmente, in una ulteriore <sup>(249)</sup>, direttamente o indirettamente <sup>(250)</sup>.

Ancora è stato rilevato come “la formulazione... dovrebbe chiarire, per quello che è (possibile) intendere in una legge chiara, che il soggetto che esercita il controllo (*rectius*, l'attività di direzione e coordinamento) in questo capo è una società o un ente...questo non esclude che ci siano delle ipotesi interpretative” nelle quali, ricorrendo la medesima *ratio*, si applicano alcune disposizioni contenute nel medesimo capo, nonostante la mancanza di una società o di un ente. L'art. 2497 c.c., pur esplicito nel riferirsi agli enti collettivi, disciplina un responsabilità da illecito e quindi, non essendo in ambito penale dove esistono i reati propri, autore dell'illecito può essere (dovendone sopportare le medesime conseguenze sanzionatorie) anche un soggetto diverso <sup>(251)</sup>.

Infine, dai lavori preparatori emerge che l'esclusivo riferimento a “società o enti” non deve essere considerato espressione della volontà del legislatore storico di limitare l'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 2497, 1 co., c.c., quanto della volontà di costruire una fattispecie riferita alla “normalità delle ipotesi dei gruppi che hanno come *holding* una persona giuridica” <sup>(252)</sup> (corsivo aggiunto).

Dalle indicazioni ricavabili dalle discussioni della commissione ministeriale emerge, poi, come la decisione di modificare l'originaria versione del decreto legislativo sia da considerare una mera “scelta

<sup>(249)</sup> V. sopra nel testo la teoria elaborata dalla dottrina tedesca per ampliare il novero dei soggetti cui può essere riconosciuta la qualità di *Unternehmensaktionär* (fino a comprendervi anche la persona fisica), che è presupposto imprescindibile nell'ordinamento tedesco dell'applicazione del *Konzernrecht*. Per un'esauritiva rassegna delle diverse sfumature di tali teorie e per i riferimenti alla dottrina tedesca, v. RONDINONE, *I gruppi*, cit., 325 e paragrafo successivo.

<sup>(250)</sup> Con questa espressione si vuol dire che il socio può essere considerato portatore di interessi esterni ad una data società, potenzialmente in conflitto con quello di quest'ultima, anche quando lo stesso detenga un potere di ingerenza nella gestione di una società, che, a sua volta domina un'ulteriore società. In tale ultimo caso, infatti, il socio al vertice della catena domina indirettamente anche la società a valle. Cfr., in senso conforme, la dottrina tedesca (con riferimento all'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione del diritto dei gruppi) citata da RONDINONE, *I gruppi*, cit., 332 ss.

<sup>(251)</sup> Si parafrasa il rilievo di ANGELICI, nella riunione plenaria dell'8 ottobre 2003, in AA.VV., *La riforma*, cit., 1812.

<sup>(252)</sup> GALGANO, nella riunione dell'assemblea plenaria del 17 dicembre 2002, 1763. Analogo rilievo era stato effettuato dalla dottrina in riferimento all'art. 3, l. 95/1979, che letteralmente si applicava solo alle società. Cfr. LIBONATI, *Il gruppo*, cit., 131, con riguardo alla estensione proprio della responsabilità nel gruppo; G. SCOGNAMIGLIO, *Società di persone*, cit., 625-626.

politica”, per chiarire la quale non possono essere di alcun aiuto le indicazioni tecnico-giuridiche <sup>(253)</sup>.

Una valutazione dell'intero *iter* di elaborazione della norma, che non si limiti a constatarne esclusivamente il risultato finale (la sostituzione del pronome originario “chi”), dimostra come dai lavori preparatori non emerga in modo univoco la volontà del legislatore di escludere dal novero dei legittimati passivi la capogruppo individuale <sup>(254)</sup>.

Perciò l'argomento fondato sulla volontà del legislatore storico risulta privo di qualsiasi rilievo, posto che “non è mai possibile riconoscere ai lavori preparatori valore decisivo, ma solo trarvi argomenti, *purché coerenti col quadro di insieme nel quale le singole norme vanno collocate e interpretate*” (corsivo aggiunto) <sup>(255)</sup>.

Concludere, dunque, che la modifica introdotta nel testo definitivo dell'articolo (la sostituzione del pronome “chi”, con il riferimento esclusivo, cioè, a “società o enti”) sia decisiva per restringerne l'ambito soggettivo di applicazione, appare assai poco convincente <sup>(256)</sup>.

Messi a confronto, gli argomenti a favore dell'estensione analogica del 1 co., dell'art. 2497 c.c., appaiono molto più persuasivi di quello — consistente, in pratica, nelle contraddittorie indicazioni emergenti dalle discussioni della commissione legislativa — che depone in senso contrario.

<sup>(253)</sup> Lo nota ANGELICI, nella riunione plenaria del 17 dicembre 2002, in AA.VV., *La riforma*, cit., 1763. L'osservazione risulta particolarmente importante per tutte le argomentazioni che abbiamo svolto nel testo a sostegno del ricorso all'analogia (per es. in sede di applicazione dell'argomentazione costituzionalmente orientata per affermare l'incostituzionalità della disparità di trattamento nei confronti della persona fisica; o in sede di ricostruzione della *ratio* della disposizione in esame), ove si è insistito sull'irrilevanza giuridica del fatto che l'attività di direzione e coordinamento sia esercitata da un soggetto individuale o collettivo. L'osservazione di ANGELICI conferma *come il riferimento a “società o enti” non sottende un motivo giuridicamente rilevante, ma solo una scelta politica di opportunità, che mirava a sottrarre la persona fisica-holding al regime (ritenuto dai suoi autori) particolarmente stringente del Capo IX.*

<sup>(254)</sup> Occorre ricordare, infatti che i lavori preparatori hanno una rilevanza ermeneutica soltanto sussidiaria e mai decisiva (cfr. CHIASSONI, *La giurisprudenza*, cit., 523 ove ampi riferimenti alla giurisprudenza); e che la loro forza persuasiva è proporzionale alla compatibilità o non aperta incompatibilità dei loro contenuti rispetto al testo delle disposizioni (Cass., 263/1974; 1455/1975). Risulta quindi modesta — anzi trascurabile — nel caso in esame per la mancanza di univocità rispetto alla lettera della disposizione in esame. Anzi, in modo antitetico, potrebbe affermarsi che le indicazioni emergenti dai resoconti delle discussioni in aula possono accreditare una conclusione esattamente opposta, nel senso cioè di deporre per l'estendibilità analogica dell'art. 2497, 1 co., c.c.

<sup>(255)</sup> Corte cost. 138/1972.

<sup>(256)</sup> Cfr. in generale CHIASSONI, *La giurisprudenza*, cit., 536, che, attraverso un esame casistico della giurisprudenza afferma che “se la lettera della legge conduce a risultati “assurdi”, il giudice-interprete deve seguirla supinamente soltanto se essa corrisponde alla volontà del legislatore storico”. Abbiamo cercato di dimostrare che ciò non si verifica per la disposizione in esame.



## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Milano, Giuffrè, 2006.
- ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nelle società per azioni: profili organizzativi*, Milano, Giuffrè 1975.
- ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società*, a cura di PAVONE LA ROSA, Bologna, Il Mulino, 1982.
- ABBADESSA, *Rapporto di dominio ed autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, 545.
- ABBADESSA, *L'assemblea nelle spa: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 542.
- ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 279.
- ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 1998.
- ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile, in tema di amministratore di fatto*, in *Giur. comm.*, 2000, 174.
- ABRIANI, *sub art. 2380-bis, Il nuovo diritto societario, Commentario*, a cura di COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI, Bologna, Zanichelli, \*, 2004, 671 ss.
- ABRIANI, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2005, 322.
- ABRIANI, *sub art. 2476*, in *Cod. commentato della srl*, a cura di BENAZZO-PATRIARCA, Torino, Utet, 2006, 360 ss.
- ALBANESE, *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione del profitto in assenza di danno*, in *Resp. civ.*, 2004, 569.
- ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, Cedam, 2005.
- ALCARO, *La categoria dell'attività: profili ricostruttivi (Atti e attività. L'attività d'impresa)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 423.
- ALCHOURRON-BULIGYN, *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2005.
- ALESSI, *La responsabilità da atti legittimi*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, Utet, XV, 1968, 627.
- ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità degli amministratori*, Milano, Giuffrè, 1979.
- ALPA, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino, Utet, 1999.

- ALPA, *La responsabilità per direzione e coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 c.c.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 660.
- ALPA-BESSONE-CARBONE, *Atipicità dell'illecito*, Milano, Giuffrè, 1995.
- AMBROSINI, *La revocatoria fallimentare delle garanzie*, Milano, Giuffrè, 2000.
- AMBROSINI, *I poteri del collegio sindacale*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, Torino, Utet, 2006, 3, 27.
- AMOROSO, *L'interpretazione "adeguatrice" nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1998, 101 ss.
- ANGELICI, *Profili transnazionali della responsabilità degli amministratori nella crisi dei gruppi di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 24.
- ANGELICI, *Il progetto di direttiva CEE sulla società unipersonale*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 404.
- ANGELICI, voce *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enciclopedia del diritto*, XLII, Milano, Giuffrè, 1990.
- ANGELICI, *Società unipersonali: l'esperienza comparatistica*, in *Società*, 1993, 894.
- ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, Cedam, 2003.
- ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, 1, Torino, Utet, 2006, 1.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003.
- APPIANI, *Relazione al progetto definitivo del Codice penale*, in *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, vol. IV, Roma 1929, 92.
- ASCARELLI, *I problemi delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, 3 ss.
- ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Milano, Giuffrè, 1999.
- ADIUTORI, *Funzione amministrativa e azione individuale di responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2000.
- ARMBRÜSTER, *Fallsammlung zum Gesellschaft-srecht*, Berlin-Heidelberg, Springer-Verlag, 2010, 189.
- AULETTA, voce *Attività*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, Giuffrè, 1958, 952.
- AZZALI, *Concorso di persone. La prospettiva causale*, in *Studi in onore di Marinucci*, II, Milano, Giuffrè, 2006, 1351.
- AZZINI, *I gruppi aziendali*, Milano, Giuffrè, 1975.
- BADINI CONFALONIERI-VENTURA, sub art. 2497, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI, Bologna, Zanichelli, \*\*\*, 2005.
- BALLANTINE, *Separate entity of parent and subsidiary corporation*, in *California Law Review* (12), 1925.
- BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, Giuffrè, 1948.
- BARBA, sub art. 2362, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di SANTORO, Milano, Giuffrè, 2003, 243.
- BARBERA, COCOZZA, CORSO, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di uguaglianza*, in BARBERA-AMATO, *Manuale di diritto pubblico*, I, *Diritto pubblico generale*, Bologna, Zanichelli, 1997.
- BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, Utet, 1965.
- BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, Jovene, 1964.

- M. BARCELLONA, *Struttura della responsabilità e ingiustizia del danno*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, 465.
- P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1965, I, 24 ss.
- P. BARCELLONA, *Sulla struttura formale del giudizio di responsabilità*, Milano, Giuffrè, 1984.
- BASSI, *La disciplina dei gruppi*, in *La riforma del diritto societario. Commento ai d.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2005*, a cura di BUONOCORE, Torino, Giappichelli, 2005.
- BELCREDITI, *Le ristrutturazioni stragiudiziali*, in *Gli strumenti per la gestione delle crisi finanziarie in Italia: un'analisi economica*, Milano, Mediocredito lombardo, 1997.
- BELTRAMI, *Responsabilità per danni da fusione*, Torino, Giappichelli, 2008.
- BENATTI, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 1342 ss.
- BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1963, 129.
- BENEDETTI, *La responsabilità ex art. 2497 c.c. della banca e le soluzioni negoziali delle crisi d'impresa*, in *RDS*, 2010, 414.
- BENEDETTI, *Le anomalie nel rapporto fra il controlling creditor e le imprese finanziate: spunti comparatistici*, in *RDS*, 2011, 494.
- BERG, *Charges over book debts: a reply*, in *The journal of business law*, 1995, 460.
- BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1960.
- BETTIOL, *Sul concorso di persone nel reato proprio*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, Cedam, 1966.
- BIANCA, *Inadempimento dell'obbligazione in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro Italiano, 1979.
- BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, V, Milano, Giuffrè, 1994.
- BIANCA, *La norma giuridica, I soggetti*, in *Diritto civile*, I, Milano, Giuffrè, 1996.
- BIANCA, *La proprietà*, in *Diritto civile*, 6, Milano, Giuffrè, 1999.
- BIRKMEYER, *Teilnahme am Verbrechen*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrecht*, A.T., Berlin, 1908, II, 3 ss.
- BIRKS, *An introduction to the Law of restitution*, Oxford, 1985.
- BLATTI-MINUTOLI, *Il fallimento della holding personale tra nuovo diritto societario e riforma della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, 427.
- BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, I, Torino, 1938.
- BOBBIO, voce *Analogia*, in *Nss. D.I.*, Torino, Utet, I, 1957, 603.
- BOBBIO, voce *Lacune del diritto*, in *Nss. D.I.*, IX, Torino, Utet, 1963, 419 ss.
- BOCKELMANN, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, Göttingen, 1949.
- BOMMERT, *Verdeckte Vermögensverlagerungen im Aktienrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymanns, 1989.
- BONAMORE, *Equivalenza semantica, ed equipollenza giuridica di "indennità, indennizzo, risarcimento" quale corrispettivo nelle espropriazioni per fini pubblici*, in *Giust. civ.*, 1998, 3243 ss.



- BONELLI, La responsabilità dell'amministratore di fatto, in *Giur. comm.*, 1984, I, 107 ss.
- BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1985.
- BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, 4, Torino, Utet, 1991.
- BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1992.
- BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, I, 1992, 219.
- BONFATTI, *L'intervento delle banche nel risanamento delle imprese in crisi*, in *Fall.*, 2003, 959.
- BONFATTI, *La responsabilità civile della banca locale nell'erogazione del credito alle imprese di rete*, in *Le crisi dell'impresa nelle reti e nei gruppi*, a cura di Cafaggi, Padova, Cedam, 2005.
- BONFATTI, *sub art. 67*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di JORIO-FABIANI, Bologna, Zanichelli, 2006.
- BONFATTI, *La promozione e la tutela delle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa nella riforma della legge fallimentare*, in *www.fallimento.ipsa.it*.
- BORGIOI, *La responsabilità degli amministratori per danno diretto ex art. 2395*, in *Giur. comm.*, 1981, II, 699.
- BORGIOI, *Direzione unitaria e responsabilità nell'amministrazione straordinaria*, in *Riv. soc.*, 1982, 26.
- BRANCADORO, *Amministrazione straordinaria dei gruppi di imprese e imprenditori persone fisiche*, in *Dir. fall.*, 1982, 696.
- 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.
- BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, 9, I, Torino, Utet, 1984.
- BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica-Zatti, Milano, Giuffrè, 1991.
- BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO, 9, Torino, Utet, 1995.
- BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 1, 1027.
- BRUNO, *L'azione per danni da informazione non corretta sul mercato finanziario: diritto comune e legislazione speciale*, in *Contr. e impr.*, 2001, 1287.
- BUSNELLI, *La lesione del diritto di credito da parte di terzi*, Milano, Giuffrè, 1964.
- BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, Giuffrè, 1974.
- BUSNELLI, voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, 329.
- BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 649.
- BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il “muro” degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 335 ss.

- BUSNELLI, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 452.
- BUSSOLETTI, *Le nuove norme del codice civile in tema di processo societario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 313.
- BUSSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 65.
- BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Torino, Giappichelli, 2005.
- BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, 3, Torino, Utet, 2007, 604 ss.
- CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa*, Padova, Cedam, 1996.
- CALEFFI MASERA, *La partecipazione delle banche nelle imprese non finanziarie*, in *Banca, impr., soc.*, 1994, 401 ss.
- CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese, Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 569 ss.
- G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Napoli, Jovene, 1974.
- G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, Torino, Utet, 1995.
- G.F. CAMPOBASSO, *La partecipazione delle banche e dei gruppi bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, 282 ss.
- G. F. CAMPOBASSO, *La costituzione della società per azioni*, in *Società*, 2003, 294.
- M. CAMPOBASSO, *L'imputazione di conoscenza nelle società*, Milano, Giuffrè, 2002.
- CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano-Varese, Istituto editoriale Cisalpino, 1953.
- CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, Padova, Cedam, 2002.
- CAPEROCHIPPI, *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989.
- CARANO, *Responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 432.
- CARAVITA DI TORRITO, *Le quattro fasi del giudizio di eguaglianza-ragionevolezza*, in *Atti*, 1994.
- CARCATERRA, voce *Analogia (Teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, II, 1988, 1.
- CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, Giappichelli, 2004.
- CARIELLO, *"Controllo congiunto" e accordi parasociali*, Milano, Giuffrè, 1997.
- CARIELLO, *Sulla c.d. responsabilità da affidamento nella capogruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 342.
- CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1244.
- CARIELLO, *sub art. 2497*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES, III, Napoli, Jovene, 2004.
- CARIELLO, *Amministrazione delegata di società per azioni e disciplina degli interessi degli amministratori nell'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 303 ss.

- CARIELLO, *La “compensazione” dei danni con i benefici da attività di direzione e coordinamento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, 384.
- CARIELLO, *Dal controllo congiunto all’attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, 1.
- CARIELLO, *La pubblicità nel gruppo (art. 2497-bis c.c.): la trasparenza dell’attività di direzione e coordinamento tra staticità e dinamismo*, in *RDS*, 2009, 466.
- CARIELLO, *Sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, Milano, Giuffrè, 2009.
- CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 555-557.
- CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, Foro italiano, 1946.
- CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU-MESSINEO e continuato da MENGONI, XXI, Milano, Giuffrè, 1987.
- CARUSI, voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, X, 1962, 712.
- CARUSI, *Pincipio di uguaglianza, immunità e privilegio: il punto di vista del privatista*, in *Studi in onore di Rescigno*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1998, 223 ss.
- CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Trattato di dir. civ. del consiglio nazionale del notariato*, diretto da PERLINGERI, Napoli, Esi, 2004.
- CASSANDRO, *I gruppi aziendali*, Bari, Laterza, 1982.
- CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 574.
- CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXI, 1990, 3 ss.
- CASTRONOVO, *L’obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, Giuffrè, 1995.
- CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1997.
- CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 397 ss.
- CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2006.
- CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 316.
- CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.* 2011, 55 ss.
- CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, I, *Il fondamento dell’autore sponsabilità per colpa*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, 460 ss.
- CENNERAZZO, *“Azione di responsabilità per concessione abusiva di credito: gli spazi di legittimazione del curatore fallimentare dopo la sentenza delle Sezioni Unite”*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, 2, 30 ss.
- CERRAI, *I gruppi d’impresa nell’esperienza giuridica europea*, in *Riv. soc.*, 1995, 390 ss.
- CETRA, *L’impresa collettiva non societaria*, Torino, Giappichelli, 2003.
- CHIARELLI, *La dodicesima direttiva CEE alla luce di alcuni orientamenti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 139 ss.

- CHIASSONI, *La giurisprudenza civile: metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999.
- CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il mulino, 2007.
- CHIEFFI, *Il gruppo di fatto qualificato*, Torino, Giappichelli, 1997.
- CHIOMENTI, *I soggetti passivi della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, 167.
- CLERK-LINDSELL, *On torts*, London, Sweet and Maxwell, 1975.
- COCO, *L'imputazione del contributo causale atipico*, Napoli, Jovene, 2008.
- COLLINS, *Ascription of legal responsibility to groups in complex patterns of economic interaction*, in *Modern Law Review*, 53(1990), 731.
- COLOMBO, *Lo Stato come imprenditore nella sentenza del Bundesgerichtshof del 13 ottobre 1977*, in *Riv. soc.*, 1978, 1328 ss.
- COLOMBO, *Informazione societaria e gruppi di società*, in *L'informazione societaria*, 1981, Milano, Giuffrè, 669.
- COLOMBO, *Bilancio di esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, VII, \*\*, Torino, Utet, 1994.
- COLUSSI-ZATTI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, Cedam, 2000.
- COOKE, *Corporation, trust and company*, Manchester, 1950.
- COMOGLIO, sub art. 24, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA, *Rapporti civili, sub artt. 24-26*, 1981, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano.
- COPPA-ZUCCARI, *La compensazione delle colpe*, Modena, 1909.
- CORRADO, *La somministrazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da VASSALLI, VII, Torino, Utet, 1954, 229 ss.
- CORSARO, *L'imputazione del fatto illecito*, Milano, Giuffrè, 1969.
- CORSI, *Lezioni di diritto dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1992.
- CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2003.
- CORSO, *La pubblicità dell'attività di direzione e coordinamento di società*, Milano, Giuffrè, 2008.
- M. COSSU, *Società aperte e interesse sociale*, Torino, Giappichelli, 2006.
- COSTI, *Note sul diritto di informazione e di ispezione del socio*, in *Riv. soc.*, 1963, 66 ss.
- COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Zanichelli, 1994, 530 ss.
- COTTINO, *Le società. Diritto commerciale. Appendice di aggiornamento*, a cura di ABRIANI, Padova, Cedam, 2002.
- CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 1270.
- DACCÒ, *Una recente sentenza della Cassazione sugli atti infragrupo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 523.
- DACCÒ, sub art. 90, in *La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, a cura di CASTAGNOLA-SACCHI, Torino, Giappichelli, 2000.
- DACCÒ, *Alcune osservazioni in tema di estraneità dall'oggetto sociale nei gruppi di società*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, II, 78.
- DACCÒ, *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 2002, 7.
- D'ALESSANDRO, *La nuova disciplina dei gruppi di società (Note esegetiche)*, in

- La disciplina dei gruppi di società nella “novella” del 1974*, AA.VV., Milano, Giuffrè, 1978.
- D’ALESSANDRO, *Imprese individuali, gruppi e amministrazione straordinaria*, in *Giust. civ.*, 1981, 3022.
- D’ALESSANDRO, *Il diritto delle società da i “battelli del Reno” alle “navi vichinghe”*, in *Foro it.*, 1988, V, 50 ss.
- D’ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, Cedam, 1989.
- D’ALESSANDRO, *Amministratore unico di spa appartenente a un gruppo e conflitto d’interessi “per conto altrui”*, in *Riv. dir. impr.*, 1990, 44.
- D’ALESSANDRO, *Società per azioni: le linee generali della riforma*, in *La riforma del diritto societario. Atti del convegno. Courmayeur, 27-28 settembre 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, 43.
- D’ALESSANDRO, *Il conflitto di interessi nei rapporti tra socio e società*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 11.
- D’ALESSANDRO, *Gestione dell’impresa e rapporti tra assemblea e amministratori nella riforma del diritto societario*, in *La società per azioni oggi*, a cura di BALZARINI, MUCCIARELLI, CARCANO, 1, Milano Giuffrè, 2007.
- DAL SOGLIO, sub art. 2497, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di MAFFEI ALBERTI, III, 2005, Padova Cedam, 2303.
- DAVIES, *Gower and Davies’: The Principles of Modern Company Law*, London, Loweeet and Maxwell, 2003.
- DAWSON, *Indirect enrichment*, in *Jus Privatum Gentium (Festschrift Rhein-stein)*, II, Tübingen, 1969.
- DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi: soggetti dell’illecito o garanti dei precetti normativi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 753.
- DE LACY, *The concept of a company director*, in *The journal of business law*, 2006, 267.
- DELL’AQUILA, *L’arricchimento senza giusta causa come correttivo dell’autonomia contrattuale*, in *Riv. giur. sarda*, 1994, 857-858.
- DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, Giuffrè, 1976, 311 ss.
- DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1352.
- DE MARTINI, *Legittimazione dei creditori all’esercizio dell’azione di responsabilità contro gli amministratori di società*, in *Giur. compl., cass. civ.*, 1944, 554 ss.
- DEMURO, *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione nelle srl*, Milano, Giuffrè, 2010.
- DI GIOVANNI, *Responsabilità civile e organi delle società: appunti sulla responsabilità degli amministratori e sindaci delle società di capitali verso i terzi estranei alla società*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, 538 ss.
- DI GIOVANNI, *La responsabilità della capogruppo dopo la riforma delle società*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 30.
- A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, 1979, 312 ss.
- A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del cod. civ.*, a

- cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice "Foro italiano", 1988.
- A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, Giappichelli, 1997.
- A. DI MAJO, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, Utet, 2002, 21 ss.
- A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2003.
- ALESS. DI MAJO *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 537.
- DI MARTINO, *La responsabilità del terzo "complice" nell'inadempimento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 1356.
- DI MARZIO, *La riforma « privatizza » la crisi dell'impresa*, in *Dir. e prat. fallimento*, 2006, 12.
- DI MARZIO, *Abuso dell'attività di eterodirezione ed insolvenza delle società dominate*, Torino, Utet, 2010.
- DI PAOLA-PARDOLESI, voce *Arricchimento* (azione di arricchimento-dir. civ.), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1988.
- DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999.
- DOLLERER, *Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlage bei Kapitalgesellschaften*, Heidelberg, 1990.
- DONATIVI, *Imprese e gruppo nella legge antitrust*, Milano, Giuffrè, 1996.
- DORIA, *Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale*, Milano, Giuffrè, 1994.
- DOUGLASS-HAMILTON, *Creditor liabilities resulting from improper interference with the management of a financially troubled debtor*, in *The Business Lawyer*, 31, 1975, 343 ss.
- EMMERICH-SONNENSCHNIG, *Konzernrecht*, München, Beck, 1989.
- EMMERICH-HABERSACK, *Konzernrecht*, München, Beck, 2008.
- ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1970.
- ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni infragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 701.
- ENRIQUES, *Gruppi di società e gruppi d'interesse*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di BENAZZO-PATRIARCA-PRESTI, Milano, Giuffrè, 2003, 247.
- C. ESPOSITO, *La "categoria" dell'abuso "nella" personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 83.
- ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, Monaco-Berlino, 1941.
- ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, 1, Heidelberg, 1995.
- FABIANI, *Società insolvente e responsabilità del socio unico*, Milano, Giuffrè, 1999.
- FALZEA, voce *Capacità*, II, *Teoria generale*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, 31 ss.
- FARINA, *Società holding, holding personale ed attività d'impresa*, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2928.
- FARRAR (e altri), *Farrar's Company Law*, London, Butterworths, 342.
- FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Società*, 2003, 1197.

- FERRARINI, *La responsabilità da prospetto*, Milano, Giuffrè, 1986.
- G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, Utet, 1987.
- G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Angelici-Ferri G.B., Torino, Utet, 2006.
- P. FERRO LUZZI, *Contratti associativi*, Milano, Giuffrè, 1976.
- P. FERRO LUZZI, *L'impresa*, Milano, Giuffrè, 1985.
- P. FERRO LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 1067.
- P. FERRO LUZZI-MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Giur. comm.*, I, 1994, 441.
- P. FERRO LUZZI, *L'assetto e la disciplina del risparmio gestito*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 199.
- P. FERRO LUZZI, *Riflessioni sul gruppo (non creditizio)*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 17.
- P. FERRO LUZZI, *Indicazione negli atti e nella corrispondenza circa la soggezione della società a direzione e coordinamento di altre società*, in [www.dircomm.it](http://www.dircomm.it), III, 4-4-2004.
- P. FERRO LUZZI, *Riflessioni sulla riforma: la società per azioni come organizzazione del finanziamento d'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 680.
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2009.
- FIDLER, *Banks as shadow directors*, in *Journal of International banking law*, 1992, 97.
- FIGÀ-TALAMANCA, GENOVESE, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita notarile*, 2004, 1210.
- FIMMANÒ, *Abuso dell'attività di eterodirezione ed insolvenza delle società dominate*, in GHIA, PICCININI, SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, I, Torino, Utet, 2010.
- FIGARELLA, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, Utet, 1999.
- FLETCHER, *Cyclopedia of the law of private corporations*, 1963.
- FOWLER-BUTLER, *Bankers liability in England and Wales*, in CAMPBELL-MERONI, *Bankers liability: Risks and remedies*, Deventer-Boston, 1993.
- FRACANZANI, *Analoga e interpretazione estensiva*, Milano, Giuffrè, 2003.
- FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto nella casistica giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 52.
- FRANZONI, *Dei fatti illeciti: artt. 2043-2059*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. editrice del Foro Italiano, 1993.
- FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del cod. civ.*, diretto da Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1998.
- FRANZONI, *L'illecito*, Milano, Giuffrè, 2010.
- FRASCAROLI-SANTI, *Controllo della banca sull'utilizzazione dei fondi e il dirigente di fatto*, in *Contr. e impr.*, 1996, 828.
- FRASCAROLI-SANTI, *Le forme e (gli effetti) degli accordi stragiudiziali*, in *Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi di impresa*, Milano, Giuffrè, 1999.
- FRASCAROLI-SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, XXVIII, Padova, Cedam, 2005.
- FRIEDMAN, *L'ordine del diritto*, Bologna, Il mulino, 2004.

- FROSALI, *L'elemento oggettivo del concorso di persone nel reato*, in *Arch. pen.*, 1945, I, 631.
- GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contr. e impr.*, 1987, 23.
- GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, 17.
- GALGANO, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e dir. pubbl. dell'economia*, VII, Padova, Cedam, 1988.
- GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, Cedam, 1999.
- GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. e impr.*, 2002, 1037.
- GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, diretto da GALGANO, XXIX, Padova, Cedam, 2004.
- GALGANO, *(Direzione) e coordinamento di società: artt. 2497-2497-septies*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, Zanichelli, sol. ed. "Il Foro italiano", 2005.
- GALGANO - GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, Padova, Cedam, 2006.
- GALGANO, *Diritto privato*, Padova, Cedam, 2010.
- GALLAS, *Tätherrschaft und Teilnahme*, in *Materialien zur Strafrechtsreform, Gutachten der Strafrechtslehrer*, Bonn, 1954.
- GALLETTI, *La trasformazione dell'impresa ad opera dell'organo amministrativo*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 707.
- GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 186 ss.
- GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova, Cedam, 1990.
- GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO, Torino, Utet, 1996.
- GALLO, *Spese in diritto civile e comparato*, in *Digesto, sez. civ.*, XVIII, Torino, Utet, 1998, 670 ss.
- GAMBINO, *Tutela del debitore e dei creditori nelle procedure concorsuali conservative dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 718-719.
- GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.*, 1993, 851.
- GAMBINO, *Relazione al convegno di studi sul tema "La società unipersonale a responsabilità limitata"*, organizzato dal Consiglio Nazionale del Notariato e dalla Rivista "Giurisprudenza Commerciale", tenutosi a Roma il 19 novembre 1993, ined.
- GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.*, 1994, 847.
- GAMBINO, *Limitazione di responsabilità, personalità giuridica e gestione societaria*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, 1, Torino, Utet, 2006, 43.
- GAMBINO-SANTOSUOSSO, *Società di capitali*, Torino, Giappichelli, 2007.
- GARCEA, *I "gruppi finti". Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 206 ss.
- GATSCH, *Gläubigerschutz im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern*, Berlin, Duncker und Humblot, 1997.
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Jovene, 2000.
- GENY, *Methode d'interpretation et sources en droit privé positif*, Paris, 1939.



- GESSLER, *Zue handelsrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung*, in *Festschrift für Fischer*, Berlin-New York, De Gruyter, 1979.
- GHIDINI, *La concorrenza sleale*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, diretta da BIGIAVI, Torino, 1971.
- GIAMPIERI, *Organi di persone giuridiche*, in *Contr. e impr.*, 1995, 633-634.
- GIANFORMAGGIO, *L'analogia giuridica*, in *Studi senesi*, XCVII, 1985, 3, 443.
- GIANNELLI, *Covenants finanziari e finanziamento dell'impresa di gruppo in crisi*, in *RDS*, 2009, 609.
- GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1942, 66.
- F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e extracontrattuale: significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, Giuffrè, 1993.
- GINEVRA, *Sottoscrizione e aumento del capitale sociale nelle s.p.a.*, Milano, Giuffrè, 2001.
- GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 2007.
- VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887, 770.
- GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 1.
- GLIOZZI,  *Holding e attività imprenditoriale*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 522.
- GNANI, *La responsabilità solidale*, in *Codice civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2005.
- GOBBI, *Il ruolo della banca locale nel finanziamento delle reti di imprese: il caso dei distretti industriali, La crisi dell'impresa nelle reti e nei gruppi*, a cura di CAFAGGI-GALLETTI, Padova, Cedam, 2005.
- GOFF of CHIEVELEY and JONES, *The law of restitution*, London, Butterworths, 1993.
- GORÈ-SAUJOT, *Enrichissement sans cause*, in *Encyclopedie Dalloz, Droit civil*, IV, Paris, 1973, n. 61.
- GORLA, *Sulla così detta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 407.
- GUASTINI, *I principi del diritto vigente*, in *La regola del caso*, a cura di BESSONE, Padova, Cedam, 1995.
- GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU-MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, Giuffrè, 1998.
- GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, Giuffrè, 2004.
- GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, Giuffrè, 1991.
- GUERRERA, *Gestione "di fatto" e funzione amministrativa nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 169.
- GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, Giappichelli, 2004.
- GUERRERA, *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005, 21.

- GUERRERA, *“Compiti” e responsabilità del socio di controllo*, in *RDS*, 2009, 512.
- GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, Milano, Giuffrè, 2009.
- GUGLIELMETTI, *Concorso di più soggetti nell'atto di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1955, II, 61.
- GUGLIELMUCCI, *La responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Dir. fall.*, 2004, 44.
- GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 443.
- GUIZZI, *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. SCOGNAMIGLIO, Milano, Giuffrè, 2003, 209.
- GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2005, 249 ss.
- GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali, manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2008, 331 ss.
- GULLO, *Il reato proprio*, Milano, Giuffrè, 2005.
- GUYON, *Droit des affaires*, I, 2003.
- HALTEMEPPEN, *Die Haftung des Managers im Konzern*, München, Beck, 1998.
- HAPGOOD, *Paget's law of banking*, London-Edinburg-Dublin, 1996.
- HOMMELHOFF-WITT, sub § 117, in SCHMIDT v. LUTTER, *Aktiengesetz: Kommentar*, Köln, Beck, 2008.
- HOOD, *Lender liability under English law*, in Cranston, *Banks, liability and risk*, London- New York-Hamburg-Hong Kong, 1995.
- HYNES, *Lender liability: the dilemma of the controlling creditor*, in *Tennessee Law Review*, 1991, (58), 635 ss.
- IANNELLO, *La fallibilità della holding personale tirannica tra presupposti ed effetti contraddittori*, in *Fallimento*, 2002, 1225.
- INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1986.
- INZITARI, *Il soddisfacimento dei creditori forniti di prelazione e risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, 1990, 395.
- INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Trattato diretto da RAGUSA MAGGIORE e COSTA, \*\*, Torino, Utet, 1997.
- INZITARI, *L'abusiva concessione del credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Società*, 2007, 462.
- IRACE, *La responsabilità per atti di eterogestione*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di Santoro, Milano, Giuffrè, 2003, 196.
- IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1999.
- JAEGER, *I soggetti della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1971, I, 285 ss.
- JAEGER, *“Direzione unitaria” di gruppo e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 1985, 817.
- JAEGER, *Controllo e direzione sul gruppo creditizio*, in *Banca, impresa, società*, 1992, 383.

- JAEGER, *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 482.
- JORIO, *I gruppi*, in *La riforma delle società*, a cura di Ambrosini, Torino, Giappichelli, 2003.
- KELLER, *Die Führung einer Holding*, in *Holding Handbuch. Recht-Management-Steuern*, a cura di Lutter, Köln, 2004.
- KOPPENSTEINER, in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 2. Aufl., Köln, 1986, § 17, Rdn. 28.
- KOPPENSTEINER, *Abhängige Aktiengesellschaften aus rechtspolitischer Sicht. Eine Skizze*, in *Festschrift für Steindorff zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 1990.
- KREBS, *Sonderverbindung und ausserdeliktische Schutzpflichten*, München, Beck, 2000.
- KROPFF, *Aktiengesetz. Textausgabe*, 1965.
- LAMANDINI, *Appunti in tema di controllo congiunto*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 147-148.
- LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislatura economica*, Milano, Giuffrè, 1995.
- LANDO, *Should Business Enterprises Benefits, from Consumer Protection?*, in *Festschrift für Schlechtriem*, Tübingen, 2003.
- LANGE, *Verdeckte Gewinnausschüttungen*, Berlin, 1987.
- LÄNZLINGER, *Die Haftung des Kreditgebers*, Tesi di dottorato, Zurigo, 1992, 192 ss.
- LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, I, München, Beck, 1987, 112.
- LARENZ-CANARIS, *Lehrbuch des schuldrecht, Besonder Teil*, 2, München, Beck, 1994.
- LATAGLIATA, voce *Concorso di persone nel reato*, *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, Giuffrè, 568.
- LEONE, “*Amministratori-ombra*”: *una figura scomoda per le società controllanti*, in *Società*, 1995, 125 ss.
- LEVI, *La società per azioni unipersonale*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, a cura di LANZI - V. FRANCESCHELLI, Milano, 2004.
- LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*”, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 509 ss.
- LIBERTINI-SCOGNAMIGLIO, *Illecito del terzo e legittimazione del socio all'azione risarcitoria*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 405 ss.
- LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *RDS*, 2009, 204.
- LIBONATI, *Holding e investment trust*, Milano, Giuffrè, 1959.
- LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, Nardini, 1983.
- LIBONATI, *La tutela dei creditore a fronte dell'inadempimento del debitore*, in *Fallimento*, 1984, 17.
- LIBONATI, *Partecipazione in società ed esercizio di attività economica in forma di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, 552.
- LIBONATI, *Responsabilità del e nel gruppo (Responsabilità della capogruppo, degli amministratori, delle varie società)*, in *I gruppi di società*, Atti del

- convegno di Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Milano, Giuffrè, 1996, 1489.
- LIBONATI, *L'impresa e le società*, Milano, Giuffrè, 2004.
- LIBONATI, *Diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 2005.
- LIBONATI, *Creditori sociali e responsabilità degli amministratori nelle società di capitali, il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, 3, Torino, Utet, 2007, 621.
- LOLLI, *La nota integrativa*, Milano, Giuffrè, 1991.
- LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1981.
- LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, Edì, 1970.
- LUTTER, *Zur Herrschaft meherer Unternehmen über eine Aktiengesellschaft*, in *NJW*, 1973, 113.
- LUTTER, in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Köln, Heymanns, 1988.
- LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999.
- MAFFEI ALBERTI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: due anni di esperienze*, in *Giur. comm.*, 1981, I, 812.
- MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, Cedam, 2000.
- MAGGILO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2005.
- MAGGILO, *Responsabilità solidale e regressi nei gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 574.
- MAGGILO, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo (art. 2497<sup>3</sup> c.c.)*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 176.
- MAGNANI, *sub. art. 2403-bis*, in *Collegio sindacale controllo contabile*, a cura di GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, Milano, Egea, 2005.
- MAIANI, *In tema di reato proprio*, Milano, Giuffrè, 1966.
- MALFATTI, PANIZZA, ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2003.
- MANES, *Abuso di direzione unitaria e responsabilità degli amministratori della controllante: verso l'affermazione di un principio generale*, in *Contr. e impr.*, 2002, 16.
- MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1992.
- MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in *I gruppi di società, Atti del convegno internazionale di studio*, AA.VV., Milano Giuffrè, 1996, II, 1557.
- MARCHISIO, *I "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" delle società per azioni eterodirette, paper presentato al convegno "Le clausole generali nel diritto societario e industriale"*, Roma, 9 febbraio 2011.
- MARCHISIO, *Note sulle azioni di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2008 pt. 2, 225.
- MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2004.
- MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, Giappichelli, 1995.
- MARTORANO, *Gruppo di imprese ed amministrazione straordinaria*, in *Dir. fall.*, 1984, I, 79 ss.

- MAUGERI, *Formazione del gruppo e diritti dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, 287.
- MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, Milano, Giuffrè, 2010.
- MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, A.T., Karlsruhe, 1958.
- MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1491 ss.
- MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 376 ss.
- MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, Giuffrè, 2007.
- MAZZONI, *Le lettere di patronage*, Milano, Giuffrè, 1986.
- MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, in *"La società per azioni oggi. Tradizioni, attualità, prospettive"*, Milano Giuffrè, 2007, 511.
- MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino, Giappichelli, 2010, 823.
- V. MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, 3, Torino, Utet, 2007, 665 ss.
- MENGGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1936, 360 ss.
- MENGGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi" (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 190 ss.
- MENGGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, I, 1 ss.
- MENGGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1988, 1072 ss.
- MERTENS, *Die Geschäftsführerhaftung*, in *Der GmbH und das ITT-Urteil*, Fs, Fischer, 1979, 461.
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, Giuffrè, 1957.
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milano, Giuffrè, 1972.
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, Giuffrè, 1974.
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milano, Giuffrè, 1984.
- MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a responsabilità limitata*, in *Contr. e impr.*, 1986, 729 ss.
- MILLET, *Shadow Directorship-a Real or Imagined Threat to Banks*, in *The Insolvency Practitioner*, 1991, 14.
- MILMAN, *Personalliability and disqualification of company directors: something old, something new*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1992, 10.
- MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1956.
- MIRAGLIA, *Pluralità di debitori e solidarietà*, Napoli, ESI, 1984.
- MIOLA, *Le garanzie infragruppo*, Torino, Giappichelli, 1993.
- MIOLA, *Trasferimenti patrimoniali infragruppo: profili interni e transazionali*, in *I gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 1996, 1589.
- MIOLA, *Imprenditore individuale e amministrazione straordinaria*, in *Dir. e giur.*, 1983, 715.
- MIOLA, *Il diritto italiano dei gruppi*, in *Giur. comm.* 1996, I, 409 ss.
- MIOLA, *Atti estranei all'oggetto sociale e autorizzazioni e ratifiche assembleari*

- dal vecchio al nuovo diritto societario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, 275.
- MIRAGLIA, *Pluralità di debitori e solidarietà*, Napoli, ESI, 1984.
- MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, Utet, 2006.
- MONTALENTI, *La traslazione dei poteri di gestione nei gruppi di società: i "managements contracts"*, in *Contr. e impr.*, 1987, 436 ss.
- MONTALENTI, *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1999, 2137 ss.
- MONTALENTI, *Osservazioni alla bozza di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1550.
- MONTALENTI, *La riforma delle società di capitali: prospettive e problemi*, in *Società*, 2003, 19.
- MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 317 ss.
- MONTALENTI, *I gruppi di società*, in *Le società per azioni*, ABRIANI-AMBROSINI-CAGNASSO-MONTALENTI, Padova, Cedam, 2010.
- MORI-CHECCUCCI, *L'arricchimento senza causa*, Firenze, Cya, 1943.
- MORRONE, *Corte costituzionale e principio generale di ragionevolezza*, consultabile su [www.giuri.unibo.it/.../Laragionevolezzaanellagiurisprudenzacostituzionale](http://www.giuri.unibo.it/.../Laragionevolezzaanellagiurisprudenzacostituzionale).
- MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001.
- MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1969.
- MOSCATI, voce *Arricchimento (azione di) nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, I, Torino, Utet, 1987.
- MOZZARELLI, *(Responsabilità) degli amministratori e tutela dei creditori*, Torino, Giappichelli, 2007.
- MÜLBERT, *Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht - Bemerkungen zum BGH Beschluss vom 17.3.1997- II ZB/96*, in *ZHR*, 1998, 20 ss.
- MURATORE, *sub. art. 2497-bis e 2497-ter*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI, \*\*\*, Bologna, Zanichelli, 2004.
- MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. e giust.*, 2001, 8 ss.
- NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, Giuffrè, 1977.
- NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, IV, Torino, Utet, 1919.
- NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, Giuffrè, 1936.
- NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano, Giuffrè, 1998.
- NIESSEN, *La proposta di VII direttiva sui di gruppo*, in *Il gruppo di società e il bilancio consolidato di gruppo*, AA.VV., Milano, Giuffrè, 1981.
- NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, Torino, Utet, 9 \*\*, 1995.
- NIGRO, *La nuova società a responsabilità limitata*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2004, 17.
- NIGRO, *sub art. 64 l. fall.*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di NIGRO-SANDULLI, Torino, Giappichelli, 2006.

- NIGRO, *sub art. 147*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, \*\*, diretto da JORIO, Bologna, Zanichelli, 2007, 2169.
- NIGRO, « *Privatizzazione* » delle procedure concorsuali e ruolo delle banche”, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, 359.
- NIUTTA, *Il finanziamento infragruppo*, Milano, Giuffrè, 2000.
- NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 398.
- 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 *Giur. comm.*, 2004, I, 983.
- NOOAN-WATSON, *The nature of shadow directorship*, in *Journal of Business Law*, 2006, 297.
- NOTARI, *La nozione di "controllo" nella disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1996.
- OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 114.
- OPPO, voce *Impresa e imprenditore*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVI, Roma, 1989.
- OPPO, *L'esperienza privatistica*, in AA.VV., *I principi generali del diritto*, Atti dei Convegni Lincei, Roma, 1992.
- OPPO, *Principi*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da BUONOCORE, sez. I, tomo I, Torino, Giappichelli, 2001,1.
- ORLANDI, *La responsabilità solidale: profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, Giuffrè, 1993.
- ORLANDI, *Volenti non fit iniuria (auto-responsabilità e danno)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 323.
- OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1973, 1 ss.
- PACCHIONI, *Sulla c.d. compensazione delle colpe*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, 1032 ss.
- PAGLIARO, in *Societas puniri postest*, a cura di PALAZZO, Padova, Cedam, 2003, 72.
- PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in *Societas puniri potest*, a cura di PALAZZO, Padova, Cedam, 2003, 25 ss.
- PALUCHOWSKY, *La valutazione giudiziaria dell'attività di risanamenti: aspetti civilistici*, in *Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi di impresa*, Milano, Giuffrè, 1999.
- PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, Giappichelli, 1996.
- A. PATTI, *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. LO CASCIO, IX, Milano, Giuffrè, 2003.
- S. PATTI, “*Direzione e coordinamento di società*”: brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo” in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 357 ss.
- U. PATRONI GRIFFI, *Fiduciary duties e gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1994, 911.
- PAVONE LA ROSA, *Controllo e gruppo*, in *Dir. fall.*, 1965, 15.

- PAVONE LA ROSA, *L'insolvenza nelle aggregazioni di gruppo*, in *Riv. soc.*, 1983, 1506.
- PAVONE LA ROSA, *La responsabilità da "controllo" nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1984, 401.
- PAVONE LA ROSA, *Le società controllate-i gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, Torino, Utet, 1993, 624.
- PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 570.
- PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, 766.
- PAVONE LA ROSA, *L'unico azionista*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 427.
- PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, Prilla, 1952.
- PELISSERO, *Il contributo concorsuale fra tipicità del fatto ed esigenze di commisurazione della pena. Paradigmi teorici e modelli normativi*, in *Studi in onore di Marinucci*, a cura di DOLCINI-PALIERO, II, 2006, 1625.
- PELLIZZI, *Unico azionista e controllo totalitario indiretto*, in *Giur. comm.*, 1981, II, 632.
- PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, 3, Torino, Utet, 2007.
- A. PENNISI, *Amministratore de facto e "Shadow director" nel sistema giuridico inglese: qualche spunto comparatistico*, in *Società*, 2004, 252 ss.
- PENTA, *La natura della responsabilità per abuso di direzione e coordinamento*, in *Dir. fall.*, 2009, 2, 235.
- PERLINGERI, *La responsabilità civile fra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 1072.
- PERRONE, *Informazione al mercato e tutela dell'investitore*, Milano, Giuffrè, 2003.
- PETER, *L'action revocatoire dans les groupes des sociétés*, Genève, 1990.
- PIEPOLI, *Interessi individuali e interessi collettivi nel risanamento della grande impresa*, Milano, Giuffrè, 1983.
- PIETROBON, *Illecito e fatto illecito inibitoria e risarcimento*, Padova, Cedam, 1998.
- PINTO, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 439.
- PINTO, *La responsabilità degli amministratori per « danno diretto » agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, 2, Torino, Utet, 2006.
- PIRAS, *Gruppi e società uni personali*, in *Riv. soc.*, 1993, 593.
- POLETTI, *Doppia alienazione immobiliare e responsabilità extracontrattuale da contratto*, in *Contr. e impr.*, 1991, 764 ss.
- POLIANI, *"L'induzione all'inadempimento: dal contratto alla culpa in contraendo"*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 565.
- PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, 86 ss.
- PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, 3.



- PORTALE, *Gruppi e capitale sociale*, in *I gruppi di società*, Atti del convegno di Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Milano, Giuffrè, 1996, 1846.
- PORTALE, *Osservazioni sullo Schema di decreto delegato (approvato dal governo in data 29-30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 716.
- PORTALE, *Riforma delle società e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. giur.*, 2003, 147.
- PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi amministrativi*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2, Torino, Utet, 2006.
- PORTALE, *La legge fallimentare riformata: note introduttive (con postilla sulla disciplina delle società di capitali)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, 369.
- PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, 3\*\*, Torino, Utet, 1993, 1.
- PRENTICE, *Fraudulent trading: parent company's liability for the debts of its subsidiary*, in *The Law Quarterly Review*, 1987, 13.
- PRENTICE, *Creditor's interests and director's duties*, in *Oxford journal of legal studies*, 1990.
- PRESTI, *Relazione al convegno "Novità recenti e in preparazione nella legislazione concorsuale"*, Milano, 12 novembre 2005, 2 del dattiloscritto consultato per cortesia dell'autore.
- PRESTIPINO, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2011, 105 ss.
- PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1999.
- PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, Giuffrè, 1994.
- QUATRARO-PICONE, *La responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società*, Milano Giuffrè, 1998.
- QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale, artt. 10-15*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-società editrice del Foro italiano, 1974.
- RAAPE, *Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung*, in *Arch. civ. Prax.*, 1932, 222 ss.
- RANIELI, *La responsabilità gestoria dei soci di s.r.l.*, in *Vita notarile*, 2006, 1016 ss.
- RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, Giuffrè, 1974.
- REBINDER, *Gesellschaftsrechtliche Probleme mehrstufiger Unternehmensverbindungen*, in *ZGR*, 1977, 592.
- REGOLI, *Offerte pubbliche di acquisto e comunicato agli azionisti*, Torino, Giappichelli, 1996.
- M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 332.
- M. RESCIGNO, *Soci e responsabilità nella nuova srl*, in *Age*, 2003, 297.
- P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, Giuffrè, 1958.
- P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 212.

- P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979.
- P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, Jovene, 1996.
- RIOLO, *Convenzioni interbancarie per la soluzione di crisi aziendali*, Milano, Edibank, 1994.
- RIVES LANGES, *Le notion de dirigeant de fait, au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, in *Rec. Dalloz*, 1975, 41.
- RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 111.
- RIVOLTA, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, 3, Torino, Utet, 2007, 538.
- ROCCO, *Relazione al progetto definitivo del Codice penale in Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, vol. V, Roma, 1929, 165.
- RODEMANN, *Stimmbindungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten Deutschlands, Englands, Frankreichs und Belgiens*, Köln, 1998.
- RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964.
- RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, II, 723.
- RONDINONE, *Esercizio della direzione unitaria ed acquisto della qualità di imprenditore commerciale*, in *Giur. comm.*, 1991, II, 400.
- RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, Giuffrè, 1999.
- RONDINONE, *L'“attività” nel Codice Civile*, Milano, Giuffrè, 2001.
- ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947.
- ROPPA, *Crisi d'impresa: la banca risponde verso i creditori? (con postilla sugli sviluppi della responsabilità civile)*, in *Danno e responsabilità*, 1996, 539.
- RORDORF, *La protezione dei creditori nel fenomeno di gruppo*, in *Società*, 1987, 1276.
- RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, 544.
- ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1990.
- G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi di società ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *I gruppi di società*, I, Milano, Giuffrè, 1996, 1.
- G. ROSSI, *Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale*, in *Riv. soc.*, 1996, 321 ss.
- M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 613.
- ROTONDI, *L'azione di arricchimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, 392 ss.
- ROVELLI, *Direzione unitaria e responsabilità nel gruppo*, in *Società*, 1989, 1138.
- ROVELLI, *Responsabilità degli amministratori della controllante*, in *Fallimento*, 1996, 1050.
- ROVELLI, *La responsabilità della capogruppo*, in *Fallimento*, 2000, 1098.
- ROXIN, *Tätherrschaft und Tätherrschaft*, Berlin-New York, De Gruyter, 1984, 127.
- RUBINO, *Delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, diretto da SCIA-

LOJA-BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, 1957.

- E. RUSSO, *Adempimento del dovere e adempimento dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 737.
- SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 661.
- SALAFIA, *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2004, 5.
- SALAFIA, *L'autorizzazione assembleare ad atti di gestione dell'impresa*, in *Società*, 2008, 425.
- SALES, *The Tort of Conspiracy and Civil Secondary liability*, *Cambridge Law Journal*, 1990 (49), 491.
- SALMOND, *On the law of torts*, a cura di Heuston, London, 1973.
- SALVI, *Il danno extracontrattuale, Modelli e funzioni*, Napoli, Jovene, 1985.
- SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 1227.
- SALVI, voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, Giuffrè, 1989, 1089.
- SALVI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 1138.
- SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da IUDICA e ZATTI, 2005.
- SAMBUCCI, sub. art. 2594, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, Jovene, 2004, 703.
- SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e società*, 1975, 563 ss.
- M. SANDULLI, *L'amministrazione straordinaria della flotta Lauro*, in *Rass. econ.*, 1982, 177.
- M. SANDULLI, *La responsabilità patrimoniale nell'ambito del gruppo in amministrazione straordinaria*, in *Rass. econ.*, 1983, 3, 703.
- SANGIOVANNI, *Responsabilità degli amministratori e corresponsabilità dei soci nella srl*, in *Danno e resp.*, 2008, 13.
- C. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, vol. 7\*\*, Utet, Torino, 2004.
- SANTONASTASO, *Unico azionista, attività di direzione e coordinamento, responsabilità patrimoniale*, in *Scritti in onore di Buonocore*, vol. III, tomo III, 2005, Milano, Giuffrè, 3809.
- SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 6 ed., Napoli, Jovene, 1959.
- SANTOSUOSSO, *Autonomia e semplificazione nella costituzione di società per azioni*, in *Dir. prat. soc.*, 2003, 4, 34.
- SAVI, voce *Società finanziaria (holding) e società di investimento (investment trust)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, Utet, 1970, 715.
- SBISÀ, *Appartenenza al gruppo e revocatoria straordinaria, (art. 3, legge 3 aprile 1979, n. 95)*, in *Contr. e impr.*, 1986, 32.
- SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. e impr.*, 2003, 599.
- SBISÀ, *Responsabilità della holding e vantaggi compensativi*, in *Società - Il dizionario della riforma*, in *Italia Oggi*, Milano, 2003, 175.

- SBISÀ, *La responsabilità della capogruppo*, in *Rass. giur. energia elettr.*, 2004, 676.
- SBISÀ, *Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Contr. e impr.*, 2009, 807.
- SCALFI, voce *Negoziio giuridico. V) Negoziio indiretto*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, 1.
- SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2004, 34.
- SCHLESINGER, voce *Arricchimento (Azione di). Diritto civile*, in *Noviss. dig. it.*, II, 2, Torino, Utet, 1958, 1005.
- SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, 1273.
- SCHMIDT, *Konzernunternehmen, Unternehmensgruppe und Konzern-Rechtsverhältnis*, in *Festschrift für M. Lutter zum 70. Geburtstag*, Köln, 2000, 1167 ss.
- SCHMITTHOFF, *Palmer's Company Law*, London, Stevens, 2009.
- SCHNEIDER, *Konzernleitung als Rechtsproblem*, in *BB*, 1981, 249.
- SCHOLZ-LWOWSKI, *Das Recht der Kreditsicherung*, 5 Aufl., Berlin, Schmidt, 1980.
- G. SCOGNAMIGLIO, *Società di persone e imprese individuali di gruppo nell'amministrazione straordinaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 622 ss.
- G. SCOGNAMIGLIO, *La disciplina della s.r.l. unipersonale: profili ricostruttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 241.
- G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, Giappichelli, 1996.
- G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2003, 192.
- G. SCOGNAMIGLIO, *La nuova s.r.l. e i gruppi di società*, in AA.VV., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. CIAN, Padova, Cedam, 2004, 329.
- G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, Torino, Utet, 2007, 3, 947 ss.
- G. SCOGNAMIGLIO, *"Clausole generali" e disciplina dei gruppi di società*, paper presentato al convegno *"Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale"*, Roma, 2011, consultabile sul sito [www.orizzontideldiritto-commerciale.it](http://www.orizzontideldiritto-commerciale.it).
- R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, Utet, 1968, 641 ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, voce *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur.*, V, agg. Roma, Treccani, 1996, 14 ss.
- SCOTTI CAMUZZI, *La società con unico azionista come fenomeno tipico del gruppo di società*, in *Trattato delle società per azioni*, Torino, Utet, 1991.
- SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1987.
- SIMONETTO, *La fideiussione prestata tra privati*, Padova, Cedam, 1985.

- SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 65.
- SMITH, *Atiyah's Introduction to the law of contract*, Clarendon Law series, 2006.
- SORCI-STAGNO D'ALCONTRES, voce *Società unipersonali*, in *Enc. dir., agg.*, VI, Milano, Giuffrè, 2002, 1070.
- SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2006.
- SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Diritto e società*, 1987, 182.
- SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.
- SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, Cedam, 1974.
- SPADA, *Della permeabilità differenziata della personalità giuridica nell'ultima giurisprudenza commerciale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 431.
- SPADA, voce *Impresa*, in *Digesto disc. priv., Sez. comm.*, VII, Torino, Utet, 1992, 41.
- SPITALI, *L'arricchimento mediante intermediario e l'art. 2038 c.c.*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1 1864.
- SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 488.
- STANGHELLINI, *Il credito “irresponsabile” alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Società*, 2007, 395.
- STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlin-New York, De Gruyter, 1988.
- M. STELLA RICHTER jr., *Trasferimento del controllo e rapporti tra i soci*, Milano, Giuffrè, 1996.
- STREET, *The law of torts*, London, Butterworths, 1968.
- TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.
- TARUFFO, voce *Prova scientifica (dir. proc. civ.)*, *Enc. dir., Annali*, II, 1, Milano Giuffrè, 2008, 965.
- GIOR. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, in *Fallimento*, 2005, 842.
- TASSINARI, *La società a responsabilità limitata con un unico socio*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 707 ss.
- TASSONE, *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile*, Napoli, Esi, 2007.
- TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di BRICOLA-GALGANI, Bologna-Roma, Zanichelli- società editrice del Foro Italiano, 2001.
- TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2006, 243.
- TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di spa*, Milano, Giuffrè, 2008.
- TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997.
- TOMBARI, *Il controllo sindacale degli amministratori di una società per azioni dominante e dipendente (Contributo ad uno studio dei sindaci in una prospettiva “di gruppo”)*, in *Riv. soc.*, 1997, 943.
- TOMBARI, *Osservazioni a App. Catania 18 gennaio 1997 e a Trib. Catania 3 gennaio 1997*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, II, 169.

- TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, 1082 ss.
- TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una spa "di gruppo" tra disciplina legale e autonomia privata*, in *Riv. soc.*, 2009, 122.
- TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè, 2010.
- TURING, "Lender Liability, Shadow directors and the case of *Re Hydrodan (Corby) Ltd.*", in *J.I.B.L.*, 1994, 456 ss.
- TRABUCCHI, voce *Arricchimento (azione di) (Diritto civile)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958.
- TREITEL, *The Law of Contract*, Thomson-Sweet and Maxwell, 2007.
- TRENTINI, *Qualità della holding ed assoggettabilità a fallimento*, in *Fallimento*, 2003, 614.
- TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, Giuffrè, 1962.
- TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, Giuffrè, 1967.
- TUNC, *Introduction*, in *Int. Enc. of Comparative Law*, XI, *Torts*, Tubinga-L'Aia-Parigi, 1973.
- TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1990.
- ULMER, *Der Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern beim Fehlen von Minderheitsgesellschaftern*, in *ZHR*, 148, 1984, 391.
- YANSOUNOU, *La responsabilité civile du créancier professionnel en matière de suretés*, consultabile sul sito [memoireonline.free.fr](http://memoireonline.free.fr).
- VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società fra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di ABBADESSA-PORTALE, Torino, Utet, 2007, 851.
- VALZER, *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, Giappichelli, 2010.
- VELLA, *Le società holding*, Milano, Giuffrè, 1993.
- VELUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2002.
- VENTURELLI, *Ingiustificato arricchimento e responsabilità aquiliana: alcune considerazioni*, in *Danno e resp.*, 2004, 713.
- VERDE, *Note in tema di responsabilità del terzo per induzione all'inadempimento*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 420 ss.
- VETTER, § 317, in *Aktiengesetz Kommentar*, Schmidt-Lutter (hrsg), Köln, 2008, 2959 ss.
- VETTORI, *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, in *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, Torino, Giappichelli, 2002, 78.
- VICARI, *Gli azionisti nella fusione*, Milano, Giuffrè, 2004.
- VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. comm.*, 2008, 478.
- VIETTI, *Le linee guida della riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 269.
- VIGHI, *I diritti individuali degli azionisti*, Parma, 1912.
- VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1995, 1358.

- VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, Giuffrè, 2004.
- VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, Cedam, 1999.
- VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da SCHLESINGER, Milano, Giuffrè, 1987, sub art. 1218.
- VITTONI, *Reati degli amministratori, responsabilità civile della società e diritto di regresso*, in *Società*, 2003, 805.
- VIVALDI, *Responsabilità degli istituti di credito e finanziamento alle imprese in crisi*, in *Fallimento*, 1995, 793.
- VIVALDI, *Soluzione negoziale dell'insolvenza: responsabilità civile delle banche nella crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 1998, 557 ss.
- VIVALDI, *Il caso Serafino Ferruzzi s.r.l.*, in *Fallimento*, 1996, 843.
- VOIGT, *Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft: § 117, 309, 317*. München, Beck, 2004.
- WEIGMANN, *La rilevanza del gruppo di società nelle procedure minori e in quelle amministrative*, in *Incontri di studio dedicati al diritto fallimentare (crisi dell'impresa e procedure concorsuali)*, Quaderno del C.S.M., Roma, 1986, II.
- WEIGMANN, *L'autorizzazione dei soci della capogruppo per le operazioni finanziarie delle società controllate*, in *Contr. e impr.*, 1988, 335 ss.
- WEIGMANN, voce *Società di un solo socio*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XIV, Torino, Utet, 1997, 219.
- WEIGMANN, *I gruppi di società*, in *La riforma del diritto societario. Atti del convegno. Courmayeur, 27-28 settembre 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, 207.
- WEIGMANN, in nota a Cass., 13 marzo 2003, n. 3724, in *Giur. it.*, 2004, 562.
- WEIGMANN, *La nuova disciplina dei gruppi di società: il punto di vista del giurista*, in *La riforma delle società di capitali: aziendalisti e giuristi a confronto*, a cura di ABRIANI-ONESTI, Milano, Giuffrè, 2004.
- WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969, 100 ss.
- WESSELS, *Strafrecht*, A.T., Heidelberg, 1988.
- WIMMER-LEONHARDT, *Konzernhaftungsrecht; Die Haftung der Konzernmutter Gesellschaft für die Tochtergesellschaften im deutschen und Englischen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.
- WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Torino, 1888.
- WOLF, *Der Stand der Bereicherung und Nutzen*, Wien, 1988.
- WÜRDINGER, *Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen*, § 63, Heidelberg, 1981, 282-283.
- ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, Torino, Utet, 1987 e 1991.
- ZAMPERETTI, *La responsabilità di amministratori e capogruppo per "abuso di direzione unitaria"*, in *Fallimento*, 2001, 1157.
- ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, 3, Torino, Utet, 1993, 446.
- ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, Giuffrè, 1962.
- ZICCARDI, *L'induzione all'inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1979.

- ZÖLLNER, *Il concetto di impresa nel diritto dei gruppi* (trad. it), in *Riv. soc.*, 1978, 1 ss.
- ZOPPINI, *Intestazione fiduciario e responsabilità per atti di "eterogestione"* (art. 2476, comma 7°, c.c.), in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, 582.
- ZOPPINI, *Profili della mutualità di gruppo*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA-PORTALE, 4 Torino, Utet, 2006, 1089.
- ZOPPINI-TOMBARI, *Intestazione fiduciaria e nuova disciplina dei gruppi di società*, in *Contr. e impr.*, 2004, 1117.





## ELENCO DELLE SENTENZE

### *Corte di Cassazione*

- Cass., 16 luglio 1956 n. 2720.  
Cass., SS.UU., 2 febbraio 1963, n. 183, in *Giust. civ.*, 1963, I, 259.  
Cass., 6 marzo 1970, n. 547, in *Giur. comm.*, 1970, I, 677.  
Cass., SS.UU., 21 maggio 1973, n. 1455.  
Cass., 10 giugno 1976, n. 2133, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1867.  
Cass., 23 febbraio 1978, n. 909, in *Resp. civ. e prev.*, 1978, 869.  
Cass., 4 maggio 1978, n. 2087, in *Foro it.*, 1979, I, 180.  
Cass., 8 giugno 1979, n. 3276, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1616.  
Cass., 9 luglio 1979, n. 3925, in *Dir. fall.*, 1979, II, 453 ss.  
Cass., 29 gennaio 1981, n. 693, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 885.  
Cass., 16 dicembre 1981, n. 6664, in *Giust. civ. mass.*, 1981, fasc 12.  
Cass., 6 gennaio 1982, n. 14, in *Vita not.*, 1982, 756.  
Cass., 19 giugno 1982, n. 3773, in *Giust. civ. mass.*, 1982  
Cass., 20 ottobre 1983, n. 6160, *Giur. it.*, 1984, I, 1, 459.  
Cass., 3 novembre 1983, n. 6469, in *Dir. fall.*, 1984, II, 90.  
Cass., 27 maggio 1983, n. 3675, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2267.  
Cass., 14 luglio 1987, n. 6132, in *Foro it.*, 1988, I, 1188.  
Cass., 18 luglio 1987, n. 6341, in *Mass. foro it.*, 1987.  
Cass., 13 maggio 1989, n. 2204, in *Riv. Corte conti*, 1989, 167.  
Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 713.  
Cass., 21 dicembre 1990, n. 12123, in *Foro it.*, 1991, I, 2020.  
Cass., 8 maggio 1991, n. 5123, in *Foro it.*, 1992, I, 817 ss.  
Cass., 9 maggio 1991, n. 5193, in *Giur. it.*, 1992, I, 534.  
Cass., 21 maggio 1991, n. 5723, in *Giust. civ. mass.*, 1991.  
Cass., 10 luglio 1991, n. 7680, in *Giust. civ. mass.*, 1991.  
Cass., 4 febbraio 1992, n. 1147, in *Foro it.*, I, 2127.  
Cass., 10 febbraio 1993, n. 1686, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 626.  
Cass., 1 giugno 1993, n. 6107, in *Giust. civ. mass.*, 1993, 967.  
Cass., 25 giugno 1993, n. 7063, in *Giust. civ. mass.*, 1993, 1083.  
Cass., 3 aprile 1995, n. 3903, in *Società*, 1995, 1544.  
Cass., 13 gennaio 1996, n. 251 in *Foro it.*, 1996, I, 1279.  
Cass., 13 aprile 1996, n. 3495, in *Giust. civ. mass.*, 1996, 564.  
Cass., 2 novembre 1996, n. 10251, in *Giust. civ. mass.*, 1996, 1558.  
Cass., 14 maggio 1997, n. 4237, in *Giust. civ.*, 1997, 735.

- Cass., 3 luglio 1997, n. 8962, in *Cass. pen.*, 1998, n. 143.  
 Cass., 27 giugno 1998, n. 6355, in *Fallimento*, 1999, 525.  
 Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Giur. comm.*, 2000, II, 167.  
 Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487.  
 Cass., SS.UU., 8 gennaio 1999, n. 108, in *Corr. giur.*, 1999, 173.  
 Cass., 7 gennaio 2000, n. 82, in *Società*, 2000, 699.  
 Cass., 25 gennaio 2000, n. 804, in *Società*, 2000, 846.  
 Cass., 11 aprile 2001, n. 5375, in *Mass. Giur. it.*, 2001.  
 Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 1565.  
 Cass., 9 agosto 2002, n. 12113, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3077.  
 Cass., SS.UU., 3 ottobre 2002, n. 14215, in *Giust. civ. mass.*, 1765.  
 Cass., 3 dicembre 2002, n. 17110, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 2100.  
 Cass., 13 marzo 2003, n. 3724, in *Giur. piem.*, 2003, 378.  
 Cass., 13 luglio 2004, n. 12957, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 7.  
 Cass., 27 luglio 2004, n. 14094, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 7.  
 Cass., 15 febbraio 2005, n. 3028, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 2.  
 Cass., SS.UU., 12 luglio 2005, in *Foro it.*, 2005, 86 ss.  
 Cass., 16 agosto 2005, n. 16957, in *Impresa*, 2006, 1, 116.  
 Cass., 23 settembre 2005, n. 18674, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 6.  
 Cass., SS.UU., 28 marzo 2006, 7029, in *DeG*, 2006, 16.  
 Cass., SS.UU., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Foro it.*, 2008.  
 Cass., 8 agosto 2007, n. 17397, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 6.  
 Cass., 5 agosto 2008, n. 21130, in *Giur. comm.*, 2010, II, 240.  
 Cass., 10 ottobre 2008, 25016, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 1473.  
 Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Cass. pen.*, 2009, 1, 69.  
 Cass., SS.UU., 11 settembre 2008, n. 23385, in *Guida al diritto*, 2008, 40.  
 Cass., SS.UU., 8 ottobre 2008, n. 24772, in *Giust. civ.*, 2010, 2, 441.  
 Cass., SS.UU., 25 novembre 2008, n. 28042, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 1716.  
 Cass., 30 ottobre 2009, n. 23059, in *Dir. e giur.*, 2009.  
 Cass., 11 giugno 2009, n. 13530, in *Resp. civ. e prev.*, 2009.  
 Cass., SS.UU., 15 luglio 2009, n. 16503, in *Guida dir.*, 2009, 36.  
 Cass., SS.UU., 24 dicembre 2009, n. 27346, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 131.  
 Cass., 2 febbraio 2010, n. 2360, in *Dir. e giust.*, 2010.  
 Cass., 3 marzo 2010, n. 5057, in *Dir. e giust.*, 2010.  
 Cass., 12 marzo 2010, n. 6041, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 360.

### *Corte Costituzionale*

- Corte Cost., 1960, n. 15, in *Cons. di Stato*, 1960, II, 147.  
 Corte Cost., 16 maggio 1968, n. 48, in *Foro it.*, 1968, I, 1386-1387.  
 Corte Cost., 15 febbraio 1984, n. 26, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1010.  
 Corte Cost., 10 marzo 1988, n. 279, in *Foro it.*, I, 2149.  
 Corte Cost., 25 maggio 1990, n. 268, in *Giur. cost.*, 1990, 1599.  
 Corte Cost., 19 gennaio 1995, n. 28, in *Dir. famiglia*, 1996, 1279.  
 Corte Cost., 24 febbraio 1995, n. 60, in *Giur. cost.*, 1995, 508.  
 Corte Cost., 26 maggio 1995, n. 192, in *Giur. cost.*, 1995, 1550.  
 Corte Cost., 5 luglio 1995, n. 295, in *Giust. civ.*, 1996, I, 31.

Corte Cost., 29 dicembre 1995, n. 536, in *Giur. cost.* 1995, fasc. 6.  
Corte Cost., 8 marzo 1996, n. 65, in *Giur. cost.*, 1992, 642.  
Corte Cost., 8 aprile 1997, 87, in *Foro it.*, 1999, I, 1766.  
Corte Cost., 18 aprile 1997, n. 99, in *Giur. cost.*, 1997, 977.  
Corte Cost., 26 marzo 1997, n. 99, in *Giur. cost.*, 1999, 909.

### *Consiglio di Stato*

Cons. Stato, 26 gennaio 1987, in *Foro amm.*, 1987, 45.

### *Corte d'Appello*

App. Catania, 18 gennaio 1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 345.  
App. Milano, 22 maggio 2002, in *Gius.*, 2002, 2371.  
App. Milano, 11 luglio 2003, in *Giur. it.*, 2003, 2099.  
App. Milano, 2 dicembre 2003, in *Giur. it.*, 2004, 1213.  
App. Bologna, 12 marzo 2004, in *Fallimento*, 2005, 1289.

### *Tribunali*

Trib. Milano, 19 gennaio 1974, in *Giur. comm.*, 1974, II, 174.  
Trib. Milano, 8 luglio 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, 573.  
Trib. Torino, 28 aprile 1983, in *Società*, 1984, 326.  
Trib. Orvieto, 4 novembre 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 501.  
Trib. Milano, 30 settembre 1991, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, II, 675.  
Trib. Napoli, 18 ottobre 2000, in *Fallimento*, 2001, 1040.  
Trib. Milano, 22 gennaio 2001, in *Fallimento*, 2001, 1155.  
Trib. Padova, 2 novembre 2001, in *Società*, 2002, 588.  
Trib. Napoli, 10 marzo 2004, in *Dir. fall.*, 2004, 594.  
Trib. Genova, 26 settembre 2005, in *Società*, 2006, 321.  
Trib. Napoli, 8 gennaio 2007, in *Fallimento*, 2007, 407.  
Trib. Roma, 17 luglio, 2007, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, 211.  
Trib. Roma, 27 agosto/13 settembre 2007, ord., in *Riv. dir. comm.*, 2008, 2, 225.  
Trib. Nola, 24 gennaio 2008, in *dejure.it*.  
Trib. Milano, 28 gennaio 2008, n. 1765, in *Giustizia a Milano*, 2008, 30.  
Trib. Napoli, 9 aprile 2008, in *Dir. fall.*, 2009, 2, 247 ss.  
Trib. Milano, 23 aprile 2008, in *Società*, 2009, 78.  
Trib. Napoli, 28 maggio 2008, in *Foro it.*, 2009, I, 1960.  
Trib. Milano, 25 luglio 2008, in *RDS*, 2009.  
Trib. Pescara, 3 febbraio 2009, in *Giur. merito*, 2010, 2740.  
Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Foro it.*, 2011, c. 3184.

### *Sentenze straniere*

Snyder Elec. Co./ Fleming, in 305 N.W. 2nd, 863, 867, (1981).  
BGH, 16 settembre 1985, in *AG*, 1986, 15.  
BGH, 13 dicembre 1995, ZIP, 1995, 589.  
OLG Köln, 14 aprile 2000, consultabile su [www.jusmeum.de](http://www.jusmeum.de).