UNIVERSITÁ DEGLI STUDI "ROMA TRE"

# FACOLTÁ DI GIURISPRUDENZA

TESI DI DOTTORATO

## LA RESPONSABILITÀ CIVILE NEI GRUPPI DI SOCIETÀ

**Tutor:**
**Chiar.mo Prof. Salvatore Mazzamuto**

**Dottoranda**
**Daphne Letizia**

Anno Accademico 2008

PREMESSA ..... 6
I GRUPPI DI SOCIETÀ ..... 7
1. Nascita ed evoluzione..... 7
2. Nascita dei gruppi in Italia ..... 12
3. La definizione dei gruppi in Italia ..... 16
4. Il gruppo di società in altri Paesi ..... 19
5. Il gruppo secondo l'Unione Europea ..... 24
6. Distinzione delle holding in Italia ..... 27
7. Oggetto sociale del gruppo..... 31
L'ATTIVITA' DI DIREZIONE E COORDINAMENTO..... 33
1. In generale ..... 33
2. La presunzione normativa ..... 35
3. L'imputabilità..... 37
4. La fonte del potere di direzione e coordinamento di società..... 39
5. Il "gruppo di diritto"..... 40
6. Problemi a cui dare risposta ..... 44
LA RESPONSABILITA' EX ART. 2947 COD.CIV. ..... 46
1. Le clausole generali..... 46
2. Le società o gli enti" che esercitano l'attività di direzione e coordinamento 47
3. L'interesse imprenditoriale proprio o altrui ..... 50
4. La corretta gestione societaria e imprenditoriale ..... 51
5. La responsabilità nei confronti dei soci..... 54
6. (Segue) La responsabilità nei confronti dei creditori sociali..... 57
7. Il risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, e l'integrale eliminazione del danno..... 58
8. L'onere della prova ..... 64
9. La responsabilità solidale di chi abbia preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio .. 66
9.1 *La responsabilità degli amministratori e componenti gli organi di vigilanza della capogruppo*..... 66
9.2 *La responsabilità solidale degli amministratori e componenti gli organi di vigilanza della società sottoposta ad attività di direzione e coordinamento*..... 69
9.3 *La responsabilità dei soci di controllo*..... 71
9.4 ..... 72
10. L'azione di responsabilità della società abusata verso la controllante73
11. La legittimazione attiva del curatore o del commissario liquidatore o del commissario straordinario ..... 77
NATURA DELLA RESPONSABILITÀ DELLA SOCIETÀ CAPOGRUPPO78
1. Premessa..... 78
2. *La responsabilità degli amministratori nella società monade*..... 79
3. La responsabilità nei confronti dei creditori sociali ..... 80
4. Responsabilità dell'amministratore nei confronti dei singoli soci e dei terzi in genere ..... 83
5. Responsabilità extracontrattuale degli amministratori nei confronti della società 85
6. La responsabilità ex art. 3, ultimo comma, l. 3 aprile 1979, n. 95 (cd. Legge Prodi) ed ex art. 90 d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (cd. Legge Prodi-bis)..... 86
6.1 *Fondamento della responsabilità*..... 86
6.2 *Presupposti della responsabilità*..... 90
6.3 *Natura della responsabilità*..... 90
7. La responsabilità nel gruppo bancario ..... 94

LA RESPONSABILITA' DELLA SOCIETÀ CAPOGRUPPO ..... 99
1. Premessa ..... 99
2. Sulla natura contrattuale della responsabilità ..... 101
3. Sulla natura extracontrattuale ..... 105
3. Adesione alla teoria extracontrattuale ..... 112
4. Repliche alle teorie contrattualistiche ..... 115
4. Conclusione sulla natura della responsabilità della capogruppo ..... 122
ALTRE FORME DI RESPONSABILITÀ CIVILE NEI GRUPPI DI SOCIETÀ 125
1. Abuso della personalità giuridica ..... 125
2. Responsabilità della capogruppo per atti illeciti delle controllate ... 126
LA RESPONSABILITÀ CIVILE NEI GRUPPI STRANIERI ..... 131
1. La responsabilità nei gruppi di società nel diritto tedesco ..... 131
2. La responsabilità nei gruppi di società nel diritto francese ..... 134
3. La responsabilità nei gruppi di società nel diritto anglosassone ..... 137

*Alla memoria di mia nonna*

*Stabat Mater dolorosa*
*Juxta Crucem lacrimosa,*
*Dum pendebat Filius*

## PREMESSA

Lo scopo della mia tesi è dimostrare che una delle questioni principali poste dalla nuova disciplina dei gruppi, quella della responsabilità prevista dall'art. 2497 cod. civ., devono essere risolte in un'ottica di politica del diritto e alla luce dei rimedi civilistici, ed, in particolare, quello della responsabilità aquiliana[1].

Si tratta, invero, di un problema di macroeconomia per il quale è necessario, innanzitutto, un'analisi del potere assunto, in questa fase del capitalismo, dalle grandi imprese sotto forma di gruppi societari, la cui influenza arriva dove gli Stati-nazione non hanno mai voluto o potuto spingersi. Per comprendere la rilevanza del fenomeno, basti pensare che, all'inizio di questo secolo, tra le cento maggiori economie mondiali comparivano cinquantun gruppi societari multinazionali e solo quarantanove Stati, per cui il fatturato della dodicesima impresa al mondo in ordine di grandezza, supera da sola quello di ben 161 Stati[2].

L'analisi della globalizzazione e delle crisi del capitalismo, specie finanziario, pongono, soprattutto in un momento come quello attuale, delle domande alle quali è il diritto a dover dare una risposta[3]. Ed una risposta è quella data dalla riforma del diritto societario al problema dei gruppi di società: scopo del presente lavoro è, perciò, dimostrare che, con la nuova disciplina, si è voluto stabilire un limite alla libertà di agire degli enti che esercitano l'attività di direzione e coordinamento, e non imporre in capo ai medesimi l'esecuzione di una prestazione dovuta[4], al fine di preservare la peculiare caratteristica dei medesimi: il contemperamento tra l'unità economica e la pluralità giuridica.

---

[1] Spero con ciò di non esonerarmi dal lavoro di dimostrare come il civilista si possa guadagnare la legittimazione ad affrontare e risolvere questioni di diritto societario, che parrebbero «rilegare il ruolo del civilista in secondo piano rispetto alla evoluzione dei traffici e del mercato», come ha già dimostrato S. Mazzamuto, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *Contr. imp.*, 2006, 1078.

[2] Statistica tratta dal sito www.globalpolicy.org.

[3] Così anche G. Rossi, *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008, 14.

[4] «Non vi può essere alcuna legge, nel senso di regola universale di condotta, che non determini confini di aree d'azione, stabilendo regole che permettono a ciascuno di accertare fin dove egli è libero di agire», come affermato da F. von Hayek, Law, Legislation and Liberty, London-Chicago, 1973 (trad. it., Legge, legislazione e libertà, Milano, 1986, nuova ed., ivi 1994, 136).

# I GRUPPI DI SOCIETÀ

SOMMARIO: 1. Nascita ed evoluzione. - **Errore. Il segnalibro non è definito.**. Nascita dei gruppi in Italia. – 3. La definizione dei gruppi in Italia. – 4. 5. Il gruppo di società in altri Paesi. – 6. Il gruppo secondo l'Unione Europea. – 7. Distinzione delle holding in Italia. – 8. Oggetto sociale del gruppo.

## 1. *Nascita ed evoluzione*

La data di nascita dei gruppi di società deve farsi risalire al 1888, anno in cui il New Jersey modificò il proprio diritto societario con una legge che autorizzava le *corporation* ad acquistare le azioni di un'altra società, possibilità in precedenza esclusa perché atto *ultra vires*[5].

Prima del 1888, la *statutory law* non disciplinava l'acquisto, da parte di una *corporation*, di partecipazioni al capitale di rischio di altre *corporation* e l'acquisto di partecipazioni azionarie era stato eccezionalmente consentito - attraverso una esplicita previsione in tal senso nella *charters of incorporation* - solo ad un limitatissimo numero di società (banche, società di trasporti, pochissime industrie manifatturiere)[6].

Le concentrazioni industriali, poi, erano state effettuate tramite l'utilizzo dell'istituto dello *shareholders' voting trust* (grazie all' ingegno di S.C.T. Dodd, consulente legale della Standard Oil)[7],

Nel 1890 la diffusione del malcontento contro i monopoli impose la emanazione dello *Sherman Act*, la prima legge *antitrust* (1890) e le *lobby* dei *trust* dovettero correre ai ripari e trasformare i *trust* in gruppi, onde sfuggire all'applicazione della legge alle proprie concentrazioni.

Iniziava così negli Stati Uniti l'era delle "*holdin*g" ed il nuovo sistema societario trovò consacrazione nella decisione della Corte suprema nel caso *United States v. E.C. Knight,* che riconobbe nelle *holding* una zona franca dal diritto *antitrust*[8].

È opinione comune che il primo gruppo europeo sia stato quello controllato dalla "Compagnie genevoise de l'industrie du gaz", nel 1861[9] e che il primo gruppo italiano sia apparso nel 1898, guidato dalla "Società per lo sviluppo delle imprese elettriche".

---

[5] In argomento M. Tonello*, L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, Padova, 1999, 67 ss.*,* dove è rievocato l'ottocentesco dibattito americano, politico ancor prima che giuridico, sul *power of incorporate stockholding*.

[6] R. Pardolesi e A. Patroni Griffi, *Gruppi di società e diritto comparato*, in *La disciplina dei gruppi di imprese: il problema oggi*, Milano, 1997, 91.

[7] M.J. Horowitz, *The transformation of American Law,* New York, 1992, 80.

[8] Pardolesi e Patroni Griffi, *Gruppi di società* cit., 91.

[9] *Ibidem*, 94.

Nel secolo XX, la colonizzazione dei paesi del terzo mondo, la industrializzazione e la diffusione del commercio internazionale ha condotto alla formazione di gruppi di società internazionali o multinazionali.

Si deve fin da subito chiarire che le multinazionali non sono così "cattive" come generalmente vengono dipinte. Esse sono generalmente associate alle peggiori nefandezze: dallo sfruttamento del lavoro minorile all'evasione fiscale e allo scarso rispetto per l'ambiente, o perché il fatturato di alcune grandi multinazionali è superiore al Pil di molti Stati sovrani.

Come nella nota poesia di Pablo Neruda[10]:

"*Appena squillò la tromba*
*tutto era pronto sulla terra,*
*e Geova divise il mondo*
*tra Coca-Cola Inc., Anaconda,*
*Ford Motors, e altre società:*
*la Compagnia United Fruit*
*si riservò la parte più succosa,*
*la costa centrale della mia terra,*
*la dolce cintura d'America.*
*Ribattezzò le sue terre*
*" Repubbliche Banane",*
*e sopra gli inquieti eroi*
*che conquistarono la grandezza,*
*la libertà, e le bandiere,*
*instaurò l'opera buffa:*
*cedette antichi benefici,*
*regalò corone imperiali,*
*sguainò l'invidia, e chiamò*
*la dittatura delle mosche,*
*mosche Trujillo, mosche Tavho,*
*mosche Carias, mosche Tartinez,*
*mosche Ubico, mosche umide*
*d'umile sangue e marmellata,*
*mosche ubriache che ronzano*
*sopra le tombe popolari,*
*mosche da circo, sagge mosche*
*esperte in tirannia.*
*Tra le mosche sanguinarie*
*sbarcò la Compagnia*
*stipando di caffè e frutta*
*le sue navi che poi scomparvero*
*come vassoi con il tesoro*
*delle nostre terre sommerse.*
*Frattanto, entro gli abissi*
*pieni di zucchero dei porti,*
*cadevano indios sepolti*

[10] Nell'intenzione del poeta cileno essa era canto di protesta e di lamento per la nuova forma di schiavitù a cui la sua gente veniva sottoposta dalle multinazionali statunitensi.

*dal vapore del mattino:*
*rotolò un corpo, una cosa*
*senza nome, un nome caduto,*
*un grappolo di frutta morta*
*finita nel letamaio*".

Ma la storia dell'internazionalizzazione della produzione evidenzia, piuttosto, come l'impresa multinazionale abbia segnato fin dall'antichità le vicende dell'economia globale.

Il termine "multinazionale" fu usato per la prima volta da David Lilienthal nel 1960[11] e definito dalla Conferenza delle Nazioni Unite per il commercio internazionale e lo sviluppo che analizza gli investimenti internazionali (il cui acronimo inglese è Unctad) quale l'impresa che ha almeno una filiale all'estero di cui detiene almeno il 10% del capitale e sulla quale esercita il controllo  Essa è correlata alla distinzione tra investimenti diretti esteri (Ide), che assicurano a chi investe il controllo della società affiliata estera, e investimenti di portafoglio (prestiti bancari, obbligazioni e azioni che non permettono di esercitare controllo manageriale) fu introdotta negli anni Venti del Novecento, ma «entità commerciali con caratteristiche come l'organizzazione gerarchica, l'utilizzo di manodopera plurietnica, la generazione di valore aggiunto in una molteplicità di località e l'adozione di comportamenti e strategie tese alla conquista di risorse di mercati erano già presenti nell'antichità. Basti pensare ai mercanti sumeri che nel 2500 a.C. per vendere la propria merce preferivano stazionare agenti nei porti stranieri. A partire dal XVI secolo emersero poi proto-istituti di credito che favorivano il commercio internazionale mediante una rete diffusa di corrispondenti attraverso l'Europa e che agivano in parallelo al sistema delle fiere attraverso il quale nel vecchio continente, fin dal Medioevo, passava l'interscambio. Emblematico ovviamente il caso dei Medici, che mantennero filiali oltre che nel resto della Penisola anche a Ginevra, Lione, Basilea, Bruges, Avignone e Londra. Strutture in tutti questi casi primordiali, che, oltretutto, operavano in contesti antecedenti all'apparire del concetto stesso di nazione (con la pace di Westfalia nel 1648), ma che testimoniano come il senso dell'impresa multinazionale abbia segnato fin dall'antichità le vicende dell'economia globale»[12].

I *traders*, perciò, funzionavano come dei *venture capitalist*, identificando le opportunità commerciali e dando ai potenziali investitori le opportunità per sfruttarle, come provato dal fatto che: in India nel 1917 F.W. Heilger contava più di 100 mila dipendenti, in Cina nel 1930 J. Matheson 113 mila[13]. Quando le attività di queste *trading company* divennero troppo

---

[11] Lo attestano A. Goldstein e L. Piscitiello, *Le multinazionali*, Bologna, 2007, 9; ma anche Thompson, voce *La globalizzazione economica*, in *Enc. Giur. Treccani*, 496 ss.
[12] *Ibidem*, 10.
[13] G. Jones, *The Multinational Traders*, London, 1998, 1 ss.

estese, si trasformarono in *free standing firm*, entità quotate e separate cui corrispondevano gli investimenti esteri, ma che continuavano ad essere gestite dalle *trading company* originarie[14]. Con riferimento alla differenza tra la struttura societaria tedesca e giapponese e quella anglo-sassone, essa si spiega considerando che le prime hanno basato la loro internazionalizzazione sul commercio piuttosto che sugli investimenti, come le seconde. Ciò, a sua volta, è spiegato dalla flessibilità dei mercati di capitali di queste ultime, nei quali è relativamente agevole raccogliere i finanziamenti per scalare una società quotata. L'Europa ha acquistato questa flessibilità negli anni Novanta, quando le nuove tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni, la riduzione delle barriere al commercio internazionale e la crescente regionalizzazione dell'economia mondiale hanno consentito alle imprese di frammentare la propria catena produttiva in attività integrate ma separate, ognuna delle quali può essere installata nei paesi capaci di garantire un mercato di dimensioni rilevanti, infrastrutture fisiche e umane di sufficiente qualità, prossimità ai principali mercati industrializzati e costo della manodopera ridotto. «In più l'affermazione su scala globale dell'ideologia economica che si suole definire «neoliberale» e la realizzazione di programmi di stabilizzazione e riforma economica sotto l'egida delle istituzioni di Bretton Woods hanno convinto i governi di molte economie emergenti, in transizione e in via di sviluppo ad aprire i propri mercati agli investimenti esteri, *in primis* cedendo le imprese statali fornitrici di servizi pubblici.

Ma la prima vera teoria dell'organizzazione dell'impresa multinazionale è quella di Ronald Coase sulla forma organizzativa più efficiente per gestire le transazioni economiche. Secondo questa teoria l'impresa esiste perché ha costi interni di coordinamento che sono inferiori a quelli con cui il mercato assicura gli scambi. L'applicazione di tale interpretazione teorica all'impresa multinazionale consente di spiegare perché la produzione internazionale avviene in un contesto istituzionale di tipo gerarchico (quale la grande impresa) piuttosto che sul mercato: la presenza di fallimenti e inefficienze del mercato, associati a razionalità limitata e ad informazione imperfetta e asimmetrica, rende l'impresa vulnerabile agli eventuali comportamenti opportunistici delle controparti locali. A meno di ricorrere ad elevatissimi costi di monitoraggio e controllo, è perciò preferibile adottare una soluzione gerarchica e multinazionale (e cioè la gestione delle transazioni tra casa-madre e sussidiaria) per costituire il mercato stesso. Una sintesi di questo approccio e altri, poi, è stata fatta nel 1976 da Dunning, il quale ha proposto il "paradigma eclettico", secondo il quale «le determinanti dell'attività multinazionale sono associate a tre fattori tra loro interrelati:

[14] Fenomeno diverso e curioso è quello della maggiore compagnia di assicurazioni del mondo, l'American Insurance Group, che nacque a Shanghai nel 1919 e non sbarcò prima del 1926 a New York.

1) i vantaggi esclusivi di proprietà che, sulla scia di quanto proposto da Hymer[15], caratterizzano un'impresa che voglia diventare multinazionale;

2) i vantaggi di internalizzazione, che fanno riferimento all'opportunità che l'impresa cresca sui mercati esteri tramite investimenti diretti, cioè internazionalizzando le transazioni, piuttosto che ricorrendo ai meccanismi di mercato;

3) infine, i vantaggi da localizzazione, che comprendono sia fattori di attrattività dei paesi ospiti, sia fattori che invece spingono le imprese di un certo paese a cercare opportunità di crescita all'estero»[16].

Se numerose sono le teorie e gli studi interdisciplinari sull'origine e la diffusione delle multinazionali, esigua è la letteratura sulla storia delle multinazionali in Italia.

La prima impresa italiana a costituire una holding per gestire le partecipazioni all'estero è stata la Pirelli, nel 1920 a Bruxelles. Essa è stata anche la prima a quotarsi a New York, peraltro nell'infausto 1929. Negli anni Trenta, poi, l'economia italiana vive il c.d. miracolo economico a cui si accompagna una discreta internazionalizzazione, sia nell'apertura di filiali estere in Italia, sia viceversa, come dimostrano gli investimenti effettuati dalla Fiat, dalla Pirelli e dall'Olivetti. Se, fino agli anni Ottanta l'internazionalizzazione produttiva rimaneva comunque modesta, nei successivi venti anni si assiste all'"inseguimento multinazionale" che ha consentito all'industria italiana di migliorare la sua visibilità nel settore internazionale, ma è "ancora lungi dall'aver colmato il *gap* rispetto agli altri sistemi produttivi avanzati"[17]. Questo è anche il periodo in cui i protagonisti dell'internazionalizzazione su larga scala non sono più né il "triangolo industriale" né le partecipazioni statali, ma imprenditori di province italiane, come il tristemente noto gruppo di Colecchio. Dai primi anni Novanta, inoltre, vi è stato un crescente processo di internazionalizzazione delle piccole e medie imprese (PMI), le quali in Italia si sono accompagnate, e si accompagnano tuttora, al fenomeno dei gruppi di imprese come soluzione alternativa per lenire gli inconvenienti del nanismo nell'arena della concorrenza internazionale.

---

[15] Stephen Haymer, la cui tesi di dottorato fu pubblicata postuma nel 1976 (la discusse nel 1960), rivoluzionò la tesi classica del commercio estero secondo la quale la specializzazione dei paesi e l'interscambio internazionale dei prodotti sono il risultato di differenti dotazioni fattoriali e di conseguenti differenti costi di produzione, per cui paese dotato di forza lavoro a basso costo ma pochi capitali si specializza nella produzione di prodotti ad alta intensità di lavoro e bassa intensità di capitale, e, al contrario, un paese dotato di capitale si specializza in prodotti ad alta intensità di capitale. Tale teoria si era, infatti, dimostrata insufficiente nella spiegazione del flusso di capitali tra paesi in cui costi di produzione erano similari, come ad esempio tra Stati Uniti e Europa occidentale. Haymer intuì che la principale motivazione degli investimenti all'estero era la ricerca di maggior potere di mercato. Cfr. Goldstein e Piscitiello, *Le multinazionali* cit., 34.

[16] *Ibidem*, 40.

[17] Sagace il commento di Goldstein e Piscitiello, *Le multinazionali* cit., 63: «Le imprese italiane trasferiscono e, nel migliore dei casi, aggiungono capacità produttiva all'estero, ma il ritmo con cui lo fanno gli altri è ancor più rapido – l'Achille dell'industria italiana non si confronta con una tartaruga ma con parecchie gazelle».

I dati più recenti sui flussi di capitali da e per l'estero, però, dimostrano una preponderanza dei primi[18] sui secondi e si è posto, perciò, legittimamente l'interrogativo del perché l'Italia sia meno multinazionale degli altri paesi industrializzati. A questo interrogativo si è data risposta in base a studi empirici che dimostrano «come la minore attrattività dell'Italia rispetto ad altri paesi europei sia da ascrivere alla flebile cultura di mercato, alla scarsa qualità della burocrazia e della formazione e a lacune nella protezione dei diritti di proprietà.

Anche sulla base del risultato dell'analisi economica dell'origine e dello sviluppo del fenomeno "multinazionali" viene sottolineata l'importanza della tutela dei diritti proprietari nell'ambito dell'impresa, in quanto essi incidono sull'assetto economico del nostro Paese.

Questo *excursus* sulle multinazionali, invero, voleva dimostrare come il problema dei gruppi e della responsabilità della capogruppo non può essere trattato sulla base di una mera interpretazione letterale delle norme dettate dal codice civile, ma necessita di un'interpretazione che tenga conto anche dell'analisi economica e degli interessi coinvolti dalla moderna forma di organizzazione economica del XX e del XXI secolo.

Tra i Paesi di *civil law*, la Germania è stata la prima a disciplinare in maniera organica il fenomeno dei gruppi di imprese, con l'*Aktiengesetz* del 1965, §§ 15/22 e 291/338[19], ma, come poi la legge italiana, per recepire legislativamente un fenomeno ormai consolidato e diffuso, al fine di prevenirne o reprimerne gli effetti distorsivi. In particolare, il diritto societario tedesco ha dettato una definizione di "gruppo"[20], secondo la quale il gruppo sussiste quando «l'impresa dominante ed una o più imprese controllate sono poste sotto l'amministrazione unitaria dell'impresa dominante», e disciplinato i contratti di dominio, gli *Unternehmensverträge* (e precisamente *Beherrschungsverträge*)[21].

## 2. *Nascita dei gruppi in Italia*

[18] Si vedano le tabelle sui *Flussi di investimenti esteri e principali operazioni di acquisizione, 1988-2006*, di Goldstein e Piscitelli, *Le multinazionali* cit., 68-70.

[19] Queste norme regolano gli accordi tra imprese, le situazioni di dipendenza, l'integrazione societaria, le partecipazioni incrociate, il bilancio di gruppo e il *Konzern*.

[20] «Quando imprese giuridicamente autonome, pur mancando rapporti di dipendenza, sono riunite sotto un'unica direzione, esse formano ugualmente un gruppo; le singole imprese sono imprese facenti parte di un gruppo» (§ 18.2 AktG).

[21] Sul contratto di dominazione sono fondati i gruppi verticali. Per contratto di dominazione si intende quello con cui: «una società per azioni o in accomandati per azioni affida la propria direzione ad un'altra impresa (eine AG oder KgaA die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderei Unternehmen unterstellt)» (§ 291.1 AktG). Essi vengono classificati in due categorie, *causallose Organisationsverträge* (§ 291 AktG) e *schulderechtliche Verträge* (§ 292 AktG). La prima categoria, come si deduce dal nome, afferisce ai contratti "senza causa", ovvero dove manca il sinallagma contrattuale tra il contratto di dominio e il contratto di trasmissione degli utili. Per la letteratura sull'argomento, v. A. Valzer, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Trattato Colombo Portale* ed *infra*.

In Italia - posto che essa appartiene a quel gruppo di paesi che gli studiosi di storia economica definiscono "ritardatari", perché hanno conosciuto il processo di industrializzazione solo all'inizio del XX secolo[22] - in assenza del principio anglosassone della capacità speciale delle persone giuridiche[23], le società sono state libere di acquistare partecipazioni in altre società, conseguendone il controllo, così che la legge si è trovata a prenderne atto in una fase ormai avanzata della loro diffusione[24]. La nascita del gruppo di società nel nostro Paese viene collocata agli inizi degli anni trenta, quando la crisi economica indusse lo Stato a creare un Ente pubblico economico, l'Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI), cui affidare il risanamento di alcuni rami dell'imprenditoria pubblica[25]. Il governo italiano, infatti, nel 1933, per impedire che la crisi mondiale dell'inizio degli anni Trenta, che aveva colpito le fragili imprese italiane e, a cascata, le grandi banche universali che ne detenevano le partecipazioni di controllo[26], potesse riversarsi sui risparmiatori, costituì l'IRI, il quale assunse il controllo delle partecipazioni industriali possedute in quel momento dalla tre più grandi banche del paese (Banca Commerciale Italiana, il Credito Italiano e il Banco di Roma) e con tale operazione, operò la più grande riallocazione del controllo societario che sia mai avvenuta nel nostro paese, al termine della quale l'IRI divenne proprietaria del 40 per cento dell'intero capitale azionario delle imprese italiane[27].

Il R.D. al r.d. 13 novembre 1931, n. 1434 fu la prima regolazione del fenomeno dei gruppi, prendendone in considerazione gli aspetti più preoccupanti, ossia le partecipazioni

---

[22] Zattoni, *Corporate governance* cit., 227. Poiché è «l'industria moderna [che] ha trasformato la piccola officina del maestro artigiano patriarcale nella grande fabbrica del capitalista industriale», così Marx e Engels, *Il manifesto*, 1948. Per una descrizione della nascita del grande magazzino e la morte della tradizionale bottega, E. Zolà, *Al paradiso delle signore* (*Au bonheur des dames*), Parigi, 1988.

[23] V. F. Galgano, *Direzione e coordinamento di società*, in *Comm. Scialoja-Branca,* Bologna, 2005, 3, che richiama Martorano, *Capacità delle società e oggetto sociale nel diritto anglo-americano*, Napoli, 1961, il quale ha analizzato la differenza fra il sistema di *civil law* basato sulla capacità generale delle persone giuridiche e quello di *common law* basato sulla capacità speciale delle medesime.

[24] Cfr. *ibidem*, il quale fa riferimento al r.d. 13 novembre 1931, n. 1434, che «anticipava l'art. 2361 del codice civile del 1942, ammettendo che una società potesse, *senza*, dover modificare, il proprio, oggetto, sociale, assumere partecipazioni in altre società aventi il medesimo oggetto». Il successivo art. 3, comma 1, lett. a) della legge sull'intermediazione finanziaria n. 216 del 1974 è stata più esplicita sul punto, attribuendo alla Consob il potere di prescrivere la predisposizione di "bilanci consolidati di gruppo".

[25] Di questa opinione è Jaeger, *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. comm.*, 1994, 476. In merito ai gruppi privati, Conti, *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. trim, dir.pen. ec.,* 1995, 436, il quale afferma che: «l'incentivazione del fenomeno dei gruppi è presso di noi fatto relativamente recente: un particolare sviluppo fu provocato soltanto negli anni '60 dalla politica di incentivazione del CIPE e nell'ambito di essa allo scopo di ottenere finanziamenti agevolati; mentre negli anni '70 causa dell'espansione dei gruppi fu la politica tributaria, favorevole al debito rispetto al capitale e volta quindi ad incoraggiare la proliferazione di persone interposte e la conservazione di società con perdite di bilancio pur se strategicamente inutili».

[26] Nella prima fase dello sviluppo del sistema economico italiano, dominano le grandi banche universali, come la Banca Commerciale Italiana e il Credito Italiano) e lo Stato, i quali promuovono e finanziano la crescita economica del sistema e, in particolare, dei settori c.d. *capital intensive* (cfr. Zattoni, *Corporate governance* cit., 227).

[27] *Ibidem*, 228.

sociali reciproche e l'acquisto delle azioni propri[28]. Il Guardasigilli nella Relazione al Re così motivava l'intervento regolatore: "Per quanto attiene ai gruppi di società , il codice si è essenzialmente preoccupato di arginare quelle combinazioni che possono sorprendere la buona fede dei soci che rimangono estranei e soprattutto dei creditori, e rappresentare di conseguenza un pericolo per l'economia nazionale". Più oltre verrà esaminato questo problema; qui preme sottolineare come l'autonomia privata avesse sfruttato le possibilità insite nella struttura della società per azioni[29] al fine di rispondere all'esigenza di una moderna economia, che richiedeva maggiori concentrazioni, e come non fosse casuale la nascita di tale fenomeno al di fuori di ogni regolamentazione, anzi proprio in virtù di un vuoto normativo. A tal proposito, infatti, si è osservato che "*le droit commercial est plus que tout autre , un droit coutumier . …le législateur les (usages) conserve , les consacre, les codifie, quand ils paraissent conformes à l'intéret général : c'est là son vrai role*»[30].

Il problema della definizione del concetto di gruppo era, perciò, già presente al Legislatore del 1942[31], che nella Relazione al cod. civ. n. 963 così scriveva: «il raggruppamento di varie società attorno ad una che le controlla è fenomeno che corrisponde tipicamente agli orientamenti della moderna economia organizzata. Si tratta infatti quasi sempre della manifestazione del crescente sviluppo di un nucleo produttivo iniziale che si integra dando vita ad altre attività sussidiarie e collaterali, alle quali, per ragioni di razionale organizzazione, meglio conviene una gestione autonoma. I rapporti fra le società del gruppo che in tal modo si forma rappresentano dunque, in definitiva, un vantaggio per la produzione, mentre pongono al riparo le nuove società, che sorgono intorno alla madre, da eventuali difficoltà finanziarie, pur lasciando alle medesime la necessaria autonomia con la conseguente

---

[28] V. Franceschelli e M. Lehmann, *Superamento della personalità giuridica e società collegate: sviluppi di diritto continentale*, in AA.VV. *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, 1987, 77.

[29] La responsabilità limitata dei partecipanti al capitale sociale, secondo molti storici, «in una versione molto diversa, quella della *commenda*, - trae origine dal diritto islamico, e in particolare dalla *mudaraba*, formula utilizzata già nel'undicesimo secolo per finanziare le spedizioni navali dei mercanti nordafricani. È un dettaglio, ma nella fase in cui viviamo pensare che la società per azioni, cioè il pilastro del modello capitalistico occidentale, il primo motore del suo sviluppo e della sua temporanea supremazia economica, abbia un forte debito nei confronti della civiltà araba induce a qualche riflessione», così Rossi, *Il mercato* cit., 21.

[30] Pardolesi e Patroni Griffi, *Gruppi di società* cit., 89.

[31] Il problema era stato, nel corso degli anni Trenta, oggetto di un vivace dibattitocome ricordato da P. Abbadessa, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società* a cura di Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 104, il quale richiama gli scritti di C. Vivante, *La riforma delle società anonime: le società a catena*, in *Rivista bancaria*, 1931, 150 ss.; Id., *Contributo alla riforma delle società anonime*, in *Rivista di diritto commerciale*, XXXII, 1934, I, 326 ss.; Id., *Le società finanziarie (holdings) e la loro responsabilità*, in *Banca borsa e titoli di credito,* II, 1935, I, ss.; Id., *Società a catena (holdings)*, in *Nuovo digesto italiano*, XII, 1, Torino, 1940, 383 ss.; F. Messineo, *Le società di commercio «collegate»*, Padova, 1932; V. Salandra, *Il progetto Vivante per la riforma delle anonime e le società di partecipazione*, in *Riv. dir. comm.*, XXXII, 1934, I, 747 ss.; E. Soprano, *Sul progetto Vivante per la riforma delle società anonime*, in *Foro it.*, LXI, 1936, IV, cc. 73 ss.; T. Ascarelli, *Problemi preliminari sulla riforma delle società anonime*, in *Foro it.*, LXI, 1936, IV, cc. 29 ss.

responsabilità degli uomini – normalmente tecnici specializzati – che ne sono a capo»[32], per cui, «Il pericolo insito in questi raggruppamenti di imprese non sta nel loro funzionamento, ma può sorgere dalla formazione di capitale». Il Legislatore, perciò, ha preferì astenersi dal dare una definizione del gruppo di società e si limitò a disciplinarne solo taluni aspetti, dando vita a una regolamentazione frammentaria, in cui il gruppo ha rilevato sempre e soltanto quale mero fatto[33]. Emerge,quindi, dalla predetta relazione che il silenzio del codice civile sui gruppi non è stato il frutto di un difetto di consapevolezza del problema, bensì di una ben precisa scelta in senso liberista.

Una disciplina organica in materia di gruppi di società è stata emanata in Italia solo con la riforma societaria del 2003 (attuata con il d.lgs. 11 gennaio 2003, n. 6), ai nuovi artt. 2497-2497-septies del codice civile, che non enunciano tuttavia il concetto di gruppo di società (diversamente da quanto si evince dalla legge delega del 3 ottobre 2001, n. 366)[34], poiché il gruppo «non è una realtà creata dal diritto, ma è invece una realtà da esso trovata, e della quale prendere in considerazione quegli specifici aspetti, in primo luogo la direzione e coordinamento di una società o di un ente su altre società, sui quali intervenire con norme protettive degli interessi che possono risultare pregiudicati»[35].

---

[32] Nella motivazione del progetto governativo dell'*Aktiengestez* del 1965, del pari, si rilevava che: «il modello della società per azioni a diffusa partecipazione azionaria, che è stato sinora tenuto presente dal legislatore, è ormai superato dalla società, sul cui destino esercita un'influenza decisiva un grande azionista, in genere un'altra impresa, e la cui gestione è rivolta alla realizzazione degli interessi di un'altra impresa»: così A. Piras, *I gruppi di società nel diritto tedesco e brasiliano*, in *I gruppi* cit., 245.

[33] Cfr. G. Sbisà, *Il gruppo di società nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, 1980, 269 e 271, il quale affermava che «non esiste nel nostro ordinamento né un'unica nozione di gruppo, né un'unica nozione di controllo», in quanto, come rilevato da Campobasso, *Gruppi e gruppi bancari: un'analisi comparata*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 1995, I, 734, «alla nozione fissata dal codice civile e riferita ai soli rapporti fra società di capitali, altre infatti se ne sono via via affiancate in una serie ormai numerosa di leggi speciali, volte a disciplinare specifici aspetti del controllo societario, anche da parte di soggetti diversi dalle società di capitali. Se i miei calcoli sono esatti oltre quella dettata dal codice si contano oggi ben tredici nozioni speciali di controllo», come nella legge sull'editoria (L. 5 agosto 1981, n. 416), nella legge sul sistema radiotelevisivo pubblico e privato (L. 6 agosto 1990, n. 223), nella legge antitrust (L. 10 ottobre 1990, n. 287), nel t.u.f., all'art. 93.

[34] L'art. 2, primo comma, lett. *h)*, enuncia, tra i "principi generali" ai quali dovrà ispirarsi la riforma, l'obiettivo di «disciplinare i gruppi di società secondo i principi di trasparenza e di contemperamento degli interessi coinvolti». L'art. 10, che menziona il termine "Gruppi" nella rubrica, prevede che «la riforma in materia di gruppi è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza e tale da assicurare che l'attività di direzione e coordinamento contemperi adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime;

b) prevedere che le decisioni conseguenti ad una valutazione dell'interesse di gruppo siano motivate;

c) prevedere forme di pubblicità dell'appartenenza al gruppo;

d) individuare i casi nei quali riconoscere adeguate forme di tutela al socio al momento dell'ingresso e dell'uscita della società al gruppo, ed eventualmente il diritto di recesso quando non sussistono le condizioni per l'obbligo dell'offerta pubblica d'acquisto».

Infine, l'art. 5, primo comma, lett. *f)*, delega l'esecutivo a «disciplinare la figura del gruppo cooperativo quale insieme formato da più società cooperative, anche appartenenti a diverse categorie, con la previsione che lo stesso, esercitando poteri ed emanando disposizioni vincolanti per le cooperative che ne fanno parte, configuri una gestione unitaria».

[35] Galgano, *ibidem*. V. anche G. Rossi, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *Riv. soc.*, 1995, 1152, che riporta il pensiero di Max Weber: «la disciplina del capitalismo è più appannaggio del diritto elaborato dai giudici (il *judge-made law*) che non di quello dettato dai legislatori».

Il censimento compiuto dall'ISTAT nel 2001 ha evidenziato che la diffusione dei gruppi di imprese è molto alta[36]. Il capitalismo[37] italiano, infatti, è caratterizzato da un'elevata concentrazione del capitale sociale nelle mani dei principali azionisti e tale modello si differenzia da quello di altri paesi industrializzati per il fatto che alcune famiglie proprietarie continuano a mantenere il controllo di attività economiche di vaste dimensioni mediante la creazione di gruppi piramidali. La creazione di tali gruppi, invero, ha costituito lo strumento legale che ha consentito alle famiglie che sono a capo dei grandi gruppi privati italiani di finanziare gli investimenti necessari alle proprie imprese senza perdere la posizione di controllo[38]. Le famiglie stesse, poi, per poter mantenere il controllo del gruppo, hanno accettato alti rischi sul piano finanziario (un esempio tristemente noto è quello della famiglia Tanzi), piuttosto che effettuare in tempi brevi quegli investimenti che avrebbero potuto accrescere la competitività di alcuni rami aziendali

### 3. *La definizione dei gruppi in Italia*

Nell'ordinamento giuridico italiano non esiste una definizione del fenomeno "gruppo di società"[39], in quanto non è parso opportuno al legislatore delegato per la riforma del diritto

---

[36] Chiarificano la situazione e danno il senso delle dimensioni del fenomeno i dati statistici emersi nel corso di una ricerca condotta per conto della Banca d'Italia pubblicata su *Assetti proprietari e mercato dell'imprese*, I Bologna, secondo la quale, prendendo per base, in Italia, le società con almeno 50 addetti, si è potuto constatare che il 50% di esse è costituita da società di gruppo, ma che appartiene ad un gruppo la quasi totalità delle società con almeno mille addetti. Precisamente: il 99% delle imprese con più di 1000 addetti; l'89% di quelle con un numero di addetti compresi tra 500 e 999; il 77% di quelle con un numero di addetti compresi tra 200 e 499; il 63% di quelle con un numero di addetti compresi da 100 a 199; il 31% con un numero di addetti compresi tra 50 e 99. Tale ricerca ha, poi, messo in luce la forte concentrazione del capitale e del controllo: la metà delle aziende del campione (1200 imprese industriali) è controllata da un unico soggetto con oltre il 50% del capitale; nel caso di controllo congiunto (40% circa), in tre quarti dei casi gli azionisti sono legati da relazioni di parentela (cfr. A. Zattoni, *Corporate governance*, in *Management*, Milano, 2006, 271). «Se poi si allarga la prospettica; si constata che appartengono ad un gruppo il 90% delle società giapponesi, il 70% delle società tedesche, il 65% delle società statunitensi, il 60°% delle società francesi, il 55% delle società britanniche, il 50% delle società svizzere», così F. Galgano, *Direzione e coordinamento di società* cit., 1. Cfr. anche F. Barca, *Il gruppo nei modelli di proprietà delle imprese: profili teorici, verifiche empiriche e spunti per una riforma*, in *I gruppi di società* cit., 93. Una più recente indagine condotta dall'Osservatorio sulla competitività Assolombardia-Bocconi ha constatato che le grandi imprese e i grandi gruppi italiani che hanno più di 100 dipendenti e 200 milioni di euro di fatturato sono 503. I grandi gruppi italiani si caratterizzano per avere dimensioni limitate. Solo 49 gruppi (circa il 10% del totale) hanno un fatturato superiore a 2.000 di euro e solo 13 (circa il 2,6%) hanno più di 20.000 dipendenti.

[37] Anche se il termine capitalismo ha molti difetti, se si usa significa che serve: F. Braudel, *Civilisation matérielle et capitalisme*, Paris, 1967 (trad. it., Capitalismo e civiltà materiale, Torino, 1977, XIX).

[38] Ulteriori strumenti legali utilizzati da queste famiglie proprietarie sono stati: *a)* la quotazione delle azioni di numerose società sul mercato di borsa; *b)* l'emissione di azioni prive o con limitato diritto di voto; un elevato ricorso all'indebitamento; la creazione di legami azionari con altri gruppi. Per un approfondimento in merito, si rimanda a Zattoni, *Corporate governance* cit., 280 ss.

[39] Cfr. P. Jorio, *I gruppi*, in *La riforma delle società di capitali*, a cura di Ambrosiani, Torino, 2003, 195 ss., G.B. Portale, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. Giur.*, 2003, 147.

societario esprimerne la nozione in una fattispecie legale tipica, trattandosi di fenomeno, frutto dell'inventiva imprenditoriale[40], in incessante evoluzione.

Il legislatore della riforma del diritto societario, infatti, intitolando il capo IX del titolo V, libro V del codice civile "*Direzione e coordinamento di società*", ha per la prima volta disciplinato il fenomeno dei "gruppi di società", scegliendo di farlo in "negativo", mediante la previsione della "*Responsabilità*" di cui all'art. 2497 c.c. (c.d. *Konzernhaftungsrecht*, in luogo del *Konzernorganisationsrecht*), e non in "positivo" mediante una definizione del "gruppo di società"[41]. Determinante ai fini della corretta configurazione

---

[40] Sebbene non sia pacificamente condivisa tale scelta: v. A. Mazzoni – Regoli, *Direzione e coordinamento di società*, in AA.VV., *Parere dei componenti del Collegio docenti del Dottorato di ricerca in diritto commerciale interno ed internazionale dell'Università Cattolica di Milano,* in *Riv. soc.*, 2002, 1506; S. Maccarone, *Riforma delle società e banche*, in *La riforma del diritto societario e le banche*, *Nuovi modelli, nuovi strumenti: opportunità e criticità*, Roma, 2003, 59 ss. In particolare U. Tombari (*Gruppi e diritto societario: profili metodologici, individuazione del problema e tecniche di ricostruzione della disciplina*, in AA.VV., *I gruppi di società, Atti del convegno internazionale di studi*, organizzati dalla Rivista delle Società, Venezia 16-17-18 novembre 1995, II, Milano, 1996, 1075), critica la scelta normativa di non definire il gruppo ma dettarne una "soluzione", dal momento che: «l'identificazione delle caratteristiche giuridiche del fenomeno e l'individuazione dei problemi non sono due processi autonomi, essendo il primo un necessario presupposto dell'altro». A favore della scelta legislativa, invece, si schiera P.G. Jaeger, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in Aa.Vv., *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi cit., 1425 ss., il quale, condivisibilmente, afferma che «di fronte ad un ordine di problemi così vasto ed omogeneo, di fronte a situazioni di interessi in conflitto così articolate e contraddittorie, un legislatore che si ponesse ad obiettivo la *reductio ad unum* di tutti i fenomeni pratici che si riconducono ai gruppi di società e di imprese, apparirebbe, prima che ambizioso, folle, e i suoi tentativi sarebbero votati al più sicuro insuccesso». Ugualmente, G. Rossi (*Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *Riv. soc.*, 1995, 1132) sottolinea la difficoltà di coniare una definizione esaustiva di gruppo, ma anche quella di «ridurre a modello unitario una realtà che si mostra così magmatica e multiforme, sicché tale tentativo può risultare opera non solo inutile, ma fors'anche completamente fallace e velleitaria», nonché P. Montalenti, *Conflitto d'interesse nei gruppi di società e teorie dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 170 ss.; Id., *Il conflitto d'interessi nella riforma del diritto societario*, in Aa.Vv., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 197 ss.; C. Carano, *Responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 429 ss.

[41] Il termine gruppo non compare nel d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, a differenza dell'art. 10 della legge delega del 3 ottobre 2001 n. 366 8; Jorio (*I gruppi* cit.) evidenzia come il legislatore abbia avuto timore anche solo di nominare il termine "gruppo", optando per l'utilizzo della sola locuzione "attività di direzione e coordinamento", già propria degli artt. 61 t.u.b. e 12 t.u.f. Si è voluto evitare di dare una definizione di gruppo, il quale, al contrario della società per azioni, non è una creazione legislativa, ma è frutto dell'inventiva imprenditoriale e «dell'utilizzazione di due fra le più generali categorie che l'ordinamento giuridico conosca. La prima è l'autonomia contrattuale, in forza della quale una società può acquistare sul mercato azioni di altre società, fino a conseguirne il controllo, maggioritario o totalitario, oppure può costituire altre società sottoscrivendone la maggioranza o la totalità delle azioni. La seconda categoria è il diritto di proprietà: la società che ha acquistato o sottoscritto le azioni di altre società esercita sulle azioni acquistate o sottoscritte la facoltà di goderne o di disporne che il diritto di proprietà le attribuisce, e a questo modo consegue sulle altre società una influenza dominante che la rende strumento della propria azione» F. Galgano, *Direzione e coordinamento di società*, in *Comm. Scialoja-Branca,* Bologna, 2005, 2. La scelta di non disciplinare positivamente il fenomeno dei gruppi di società è stata assunta anche a livello comunitario, con il regolamento (CE) n. 1346/2000 del 29 maggio 2000, concernente le procedure di insolvenza, commentato da G. Terranova- R. Mangano, *Le procedure d'insolvenza*, in *Manuale di diritto privato europeo,* a cura di S. Mazzamuto e C. Castronovo, Milano, 2007, par. 5. Si erano, invece, pronunciati in senso favorevole ad una definizione legislativa della nozione di gruppo A. Mazzoni e Regoli, *Direzione e coordinamento di società,* in Aa.Vv. *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in diritto commerciale interno ed internazionale dell'Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1506. Si vedano, inoltre, U. Tombari, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in P. Benazzo, S. Patriarca, G. Presti (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private,* Milano, 2003, 237 ss.; A. Bassi, in *La Riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, 199 ss.; Associazione Deiano Preite, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di G. Olivieri, G. Presti, F. Vella, Bologan, 2003, 336 ss.; G. Guizzi, in Aa.Vv., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, 246 ss.; A. Irace, in *La riforma delle società*, a

in positivo del fenomeno "gruppo di società"[42] è, perciò, la qualificazione della natura della responsabilità da direzione e coordinamento.

Il gruppo, tuttavia, è da tempo oggetto di riflessioni, nonché di metafore: scientifica, perché, secondo la celebre frase di Rodiere, con la creazione dei gruppi il diritto delle società è uscito dall'era atomica per entrare in quella molecolare[43]; poetica, dal momento che vi è chi sostiene di non riuscire quasi più a scorgere nei firmamenti societari stelle solitarie, ma di vedervi solo costellazioni[44]; teosofica, in quanto il gruppo è un tema che evoca misteri quali quello della trinità[45]; e biologica, per quanto riguarda le multinazionali, giacché la

---

cura di V. Santoro e M. Sandulli, Torino, 2003, sub 2497 ss., 311 ss.; A. Pavone La Rosa, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in Riv. soc., 2003, 765 ss.; A. Niutta, *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. soc.*, 2003, 780 ss.; C. Angelici, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2003, 135 ss.

[42] Per un approfondimento del tema: M. Bignami**,** *L'attività di direzione e coordinamento delle società: esame delle fattispecie introdotte dalla riforma anche con riguardo ai gruppi multinazionali ed alle società a partecipazione pubblica,* Relazione svolta a Milano durante il corso "I gruppi Societari", organizzato dalla Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano, 31 Marzo, 2004; P. De Blasi**,** *Gruppi di società: l'attività di direzione e coordinamento di società,* Padova, 2003; G. Figà Talamanca - A. Genovese, *Riforma del diritto societario e gruppi di società (parere pro veritate),* reperibile su internet all'indirizzo http6://www.vitanotarile.it/rubriche04_2-2.html; A. Graziani**,** *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. del d. comm. e del d. generale delle obbligazioni*, a cura di Vallardi, 2003; A. Nivita, *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. Societaria*, 48, 2003. Vengono alla mente, in merito, le parole di P. Spada: «se la comunità giuridica italiana non ha saputo – né sa tuttavia – dire che cosa sia il gruppo come fenomeno, ha sempre saputo – e sa – quali problemi la realtà del gruppo genera e, quindi, ha sempre riconosciuto il gruppo come campo problematico» (*Gruppi di società*, in *Riv. dir. civ*., 1992, II, 222). Questo Autore (*Diritto commerciale,* II, *Elementi*, Padova, 2006, 162) ha dubitato della copertura della regola dettata dall'art. 2497 da parte della legge delega n. 366/2001; secondo G. Scognamiglio (*Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in Trattato Abbadessa-Portale, …, 948), il dubbio può sussistere limitatamente all'azione del creditore, perché l'art. 10, primo comma, lett. a), della legge delega prevede sia la legittimità della direzione unitaria di gruppo sia subordina l'esercizio di questa attività alla condizione che essa sia orientata all'interesse del gruppo: sulla base di tali premesse, è lecito che la legge appresti una tutela ai socie di minoranza delle società eterodirette.

[43] F. d'Alessandro, *Il diritto delle società da i «batelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, in *Foro it.*, 1988, p..; F. Di Sabato, *concentrazioni e gruppi nel diritto interno*, in *Giur. comm.*, 1984, 538, il quale, però, tiene a precisare che «il passaggio dall'era atomica a quella molecolare è un passaggio che non determina una mera modificazione delle strutture societarie, ma la loro metamorfosi in qualche cosa, appunto, di casualmente diverso: con l'appartenenza a un gruppo, le società (non solo le controllate, ma anche la controllante, ché anche l'interesse della controllante può dover essere sacrificato a quello di altra componente del gruppo) cessano di essere società». Già in precedenza, secondo A. Piras, *I gruppi nel diritto tedesco* cit., 245: «sarebbe peraltro vano volere ad ogni costo ricondurre l'ordinamento delle società per azioni negli schemi classici, perché ciò significherebbe andare contro i tempi.

[44] V. F. d'Alessandro, *ibidem*; ma già la "profetica sentenza" del Tribunale di Genova, 14 agosto 1934, così dipingeva la capogruppo: «Tra le società collegate da identità o affinità di scopi ve n'è una che, come astro maggiore, illumina guida sorregge le unità minori che svolgono l'attività a guisa di satelliti…la società dominata svolge ed intreccia con le società di comodo rapporti di ordine contabile, economico e giuridico in virtù dei quali tende a consolidare la sua posizione di preminenza e ad attrarre nell'ambito delle sue vedute, dei suoi interessi, delle sue vicende di sviluppo le società mancipie per influenzarne il funzionamento e plasmarle a propria immagine e somiglianza».

[45] «Come può una entità essere al tempo stesso, una (l'unità del gruppo) e plurima (la pluralità delle società che la compongono)? Un tema che evoca misteri teosofici (come il mistero della trinità). Ciò che spiega come in questa materia ci siano degli agnostici (quelli che non vedono altro che le singole società) ed i credenti (che invece credono nella giuridica esistenza di un rapporto di gruppo fra le società); e come ci sia una proliferazione di eresie (…), e ci siano anche i mistici (quelli che entificano il gruppo, elevandolo a dignità di nuova persona giuridica…)», così Galgano, *I gruppi di società*, in *Le società*, Torino, 2001, 8.

multinazionale nel suo complesso è associata al cervello pulsante che sperimenta, ricerca e apprende[46].

Si comprende e si condivide, quindi, la scelta del Legislatore di un approccio dichiaratamente "fenomenologico" ai gruppi di società, sulla base di una visione realistica dell'istituto, dal momento che ha voluto, con tale riforma, predisporre uno strumento giuridico duttile per risolvere la spinosa questione del gruppo di società, costituito, come si è visto, dall'ardua composizione dell'antinomia tra il carattere unitario sul piano economico del gruppo e la separazione soggettiva dei centri di imputazione che connota, sul piano giuridico, gli enti societari che ne fanno parte.

L'approccio fenomenologico del legislatore, invero, può cogliersi dalla lettura della *Relazione di accompagnamento* alla c.d. Bozza Mirone[47], nella quale si legge che la Commissione «si è orientata a prendere atto:

a) che il fenomeno del gruppo esiste, con una sua valenza positiva e con i rischi che inevitabilmente comporta;

b) che la società capogruppo esercita di fatto un'attività di direzione e coordinamento delle società controllate, attraverso l'esercizio dei poteri che sono propri del socio di controllo, la quale oggi si svolge attraverso varie modalità, che sfuggono, tranne in marginali casi patologici, non solo da una specifica disciplina, ma anche ad ogni possibilità di adeguata conoscenza;

c) che la collocazione all'interno del gruppo muta le condizioni di esercizio dell'impresa sociale nel senso che il quadro economico di riferimento, e talora la stessa possibilità di esistenza di un'impresa, varia notevolmente a seconda che essa sia organicamente inserita o meno in un gruppo;

e che, di conseguenza, il corretto calcolo dei costi-benefici in una decisione assunta da una società controllata ben può, e a rigore deve, essere diverso da quello ipotizzabile se la società operasse isolatamente, posto che il calcolo non può non tener conto dei benefici generali dell'appartenenza al gruppo».

Al di là delle metafore, per poter comprendere cosa sia il "gruppo di società" e quali gli effetti sul mercato e nel mondo del diritto, è necessario descriverne la nascita, perché solo la considerazione dell'effettivo svolgimento dei fatti può farci intendere la realtà presente.

## 4. *Il gruppo di società in altri Paesi*

[46] Così A. Goldstein e L. Piscitiello, *Le multinazionali*, Bologna, 2007, 41.
[47] In *Giur. comm.*, 2000, I, 316 ss.

Il modello capitalistico anglosassone è definito *market oriented* od *outsider system* perché la grande impresa assume l'assetto istituzionale tipico delle società ad azionariato diffuso (*public companies*), in base al quale sono separati la proprietà, diffusa tra i risparmiatori e gli investitori istituzionali, ed il controllo dell'impresa, trasferita ad una classe di manager professionisti. Il modello tedesco-giapponese, invece, è definito *network oriented* o *insider system*, in quanto le grandi imprese sono caratterizzate da una maggiore concentrazione e dall'esistenza di una coalizione di azionisti di controllo, per cui i principali azionisti sono rappresentati da altre imprese industriali[48].

Questa differenza nella composizione della struttura azionaria ha conseguenze significative: i risparmiatori e gli investitori istituzionali sono per natura portati a perseguire la massimizzazione del valore delle azioni, mentre le imprese industriali possono avere relazioni economiche con la società controllata, per cui possono essere portate a perseguire obbiettivi diversi da quello del valore azionario. Inoltre, la struttura azionaria tedesca si caratterizza anche per il maggior peso ricoperto dalle banche, che ha portato alla enucleazione della definizione di *Hausbank*[49], ovvero di banca che fornisce alle imprese tutti i servizi finanziari, possiede quote azionarie significative nelle imprese, esercita i diritti di voto dei piccoli risparmiatori (la c.d. *Depotstimmrecht*, ossia la delega del diritto di voto degli azionisti), funge da consulente e da partner finanziario dell'azienda partecipata.

Le differenze tra i due modelli possono essere così sintetizzate.

Nel modello anglosassone:

- le relazioni interaziendali sono normalmente gestite attraverso meccanismi di mercato;
- i contratti sono formalizzati e di breve periodo;
- non è possibile intrattenere rapporti cooperativi con aziende concorrenti a causa della severa normativa *antitrust* (lo *Sherman Act* del 1890 e il *Clayton Act* del 1914);
- l'obiettivo delle imprese è rappresentato dalla massimizzazione del valore azionario, ma i *manager*, generalmente, hanno il potere di assumere decisioni volte ad aumentare i benefici privati da essi percepiti;
- il numero di imprese quotate ed elevata trasparenza ed efficienza del mercato azionario è elevato;
- le crisi aziendali comportano la notevole perdita di valore delle azioni sul mercato, alla quale quest'ultimo reagisce con il cambio del management responsabile del cattivo risultato imprenditoriale.

Nel sistema tedesco-giapponese, invece:

---

[48] *Ibidem*, 203 e 211.

[49] Deutsche Bank, Dresdner Bank e Commerzbank, le c.d. *big three*.

- le relazioni interaziendali sono solitamente collaborative;
- i contratti sono rafforzati dalla presenza di partecipazioni azionarie e di norme sociali;
- le imprese sono meno integrate verticalmente;
- gli accordi cooperativi tra aziende che operano nel medesimo settore sono frequenti;
- l'obiettivo di impresa consiste nel perseguire lo sviluppo di lungo periodo, poiché solo in questo è possibile contemperare tutti gli interessi che convergono nell'azienda;
- la trasparenza ed efficienza del mercato azionario è minore;
- i meccanismi di gestione della crisi sono volti a contemperare i vari interessi che convergono nell'impresa, senza rottura dei rapporti tra l'impresa e i titolari di interessi in essa (*stakeholder*) [50].

Lo studio della *law and finance* ha, poi, chiarito che, il contesto giuridico incide fortemente sulla struttura proprietaria e di governo delle imprese, per cui negli ordinamenti giuridici che si fondano sulla tradizione francese la bassa protezione riconosciuta agli investitori ha avuto come effetto l'alta concentrazione della struttura proprietaria, per lo più mediante strutture societarie piramidali[51].

I gruppi sono sostanzialmente un insieme di imprese che si controllano vicendevolmente attraverso un meccanismo di partecipazione a cascata e, qualora coinvolgano nel finanziamento delle società finanziarie intermedie alcuni azionisti di minoranza, sono una struttura giuridico-amministrativa complessa che permette ai soggetti che detengono il controllo o esercitano un'influenza dominante sulla capogruppo di controllare un elevato ammontare di investimenti con un ridotto ammontare di risorse finanziarie. La loro struttura è, generalmente, medio-grande perché consente di moltiplicare efficacemente il capitale controllato dalla capogruppo solo quando le società che appartengono al gruppo accedono al pubblico risparmio. I grandi gruppi piramidali sono spesso diversificati, perché il soggetto che controlla il gruppo, grazie al meccanismo della leva azionaria, è in grado di allargare la propria influenza su numerosi settori al fine sia di diversificare il rischio che grava sulle attività che controlla, sia per aumentare il suo potere economico.

La struttura proprietaria dei gruppi stessi sembra apparentemente molto concentrata, mentre in realtà permette una forte separazione tra proprietà e controllo[52], in quanto, da una parte, il controllo delle varie società del gruppo è saldamente nelle mani degli azionisti di controllo della capogruppo e, dall'altra, il soggetto che detiene il controllo riceve solo una piccola frazione dei flussi di cassa prodotti dalle società controllate. Questa divaricazione tra

[50] Zattoni, *Corporate governance* cit., 221-222.
[51] *Ibidem*, 159 e 160.
[52] La separazione tra proprietà e controllo mette in discussione le fondamenta della teoria della "mano invisibile" di Adam Smith, secondo cui gli imprenditori devono perseguire il loro profitto individuale perché tale comportamento, in un regime di libero mercato, consente di massimizzare il benessere della collettività.

diritti di controllo e diritti ai flussi di cassa determina uno strutturale conflitto di interessi tra gli azionisti della capogruppo e gli azionisti delle società controllate. I primi sono, infatti, interessati a massimizzare il risultato residuale della capogruppo, su cui vantano maggiori diritti patrimoniali; i secondi, viceversa, sono esclusivamente interessati a massimizzare il flusso di cassa in cui hanno investito il loro denaro[53].

L'assetto di *governance* dei gruppi piramidali deve essere progettato in modo tale da scongiurare il rischio che gli azionisti di comando della capogruppo si approprino di indebiti benefici privati attraverso l'attribuzione di pacchetti retributivi molto generosi e che possano realizzarsi operazioni a avvantaggio di altre società (su cui vantano maggiori diritti al flusso di cassa), o la compravendita di diritti proprietari sulle società del gruppo.

Gli strumenti che il *finance and law* ha elaborato per cercare di prevenire abusi da parte della capogruppo sono[54]:

a) la nomina nei consigli di amministrazione delle società del gruppo che accedono al pubblico risparmio di un adeguato numero di amministratori indipendenti dagli azionisti di controllo della capogruppo;

b) l'adozione di rigidi regolamenti interni su operazioni potenzialmente pericolose come quelle relative alle relazioni di scambio su parti correlate.

In particolare, i grandi gruppi privati italiani si differenziano da quelli di altri Stati per il fatto di costituire, ai primi livelli successivi alla capogruppo o alla società cassaforte, società finanziarie di partecipazione con titoli quotati che hanno l'obbiettivo di fare partecipare altri soci al finanziamento delle attività economiche governate dal gruppo. Le società finanziarie in questione sono costituite o acquisite al precipuo scopo di sfruttare il meccanismo della leva azionaria, la quale consente all'azionista di controllo della società capogruppo di sottoporre alla propria influenza il massimo quantitativo di attività economiche con il minore ammontare di capitale investito. I livelli societari successivi, costituiti da società caposettore e società operative non quotate, tendono ad essere controllati con quote di partecipazione al capitale sociale totalitarie e sono simili, per caratteristiche e per modalità di formazione, a quelle dei grandi gruppi presenti in altri paesi. Le famiglie proprietarie, poi, mediante la quotazione delle aziende appartenenti al gruppo, ottengono due effetti: 1) flusso immediato di risorse finanziarie conseguente alla cessione di un consistente pacchetto di azioni; 2) possibilità di

[53] Zattoni, *Corporate governance* cit., 186-187.

[54] Anche se vi è chi considera "vetusti strumenti" sia il ricorso agli amministratori indipendenti sia "la vaga responsabilità sociale per proteggere gli stakeholders" espressioni, per dirla con Robert B. Reich, *Supercapitalism*, New York, 2007, 171 (trad.it., Fazi Editore 2008), *meaningful as cotton candy* (così senza senso come lo zucchero filato): v. G. Rossi, *Il grande tonfo del capitalismo di mercato*, in La repubblica del 26 settembre 2008 (reperibile sul sito fond.franceschi.it).

raccogliere fondi negli anni successivi, sia con la cessione delle azioni della società quotata non necessarie per il mantenimento del controllo, sia mediante incrementi del capitale[55].

Fenomeno meno diffuso è quello dei gruppi orizzontali, che ricorrono quando: «a) più imprese svolgano in sostanza un'attività coordinata e interdipendente, sicché appaiono necessariamente uniformate ad unità di indirizzo (come nel caso in cui distribuiscano tra di loro, per esigenze di tecnica industriale o di opportunità amministrativa, le varie fasi del ciclo produttivo, ovvero si ripartiscano il momento produttivo e il momento distributivo - cioè lo smercio – del prodotto, ovvero si assegnino rispettive zone di operatività); b) si assicuri l'unità di principi direttivi mediante la c.d. "unione personale", estrinsecatesi nell'identità dei dirigenti o dei titolari delle azioni (o delle quote) della società)» [56]. I gruppi orizzontali, prima presi in considerazione dal legislatore solo sporadicamente, ad esempio dall'art. 26, comma 1, D.Lgs. 27.1.1992, n. 87 o dalla L. 5.8.1981, n. 416 sui gruppi editoriali, sono oggi stati espressamente riconosciuti dall'art. 2497 *sexies* cod.civ. (v. *infra*) [57].

La differenza sostanziale tra gruppo paritetico, od orizzontale, e gruppo gerarchico, o verticale, consiste nel fatto che nel primo le società del gruppo sono in un piano di parità, poiché il gruppo nasce da accordi fra più società diretti ad instaurare fra loro un coordinamento di carattere tecnico od organizzativo che dà vita ad una loro direzione unitaria (accordo paritario), mentre nel secondo le società del gruppo sono in un piano di

---

[55] Per comprendere il meccanismo della leva finanziaria, si illustra il seguente esempio, tratto da A. Zattoni, *Corporate governance* cit., 287-288:

- l'azionista di controllo possiede il 50% del capitale sociale della società A (la capogruppo);
- la società A possiede il 50% del capitale sociale della società B (una finanziaria di partecipazione che vanta tra le proprie attività solo la partecipazione in C);
- la società B possiede il 50% del capitale sociale della società C (una finanziaria di partecipazione che vanta tra le proprie attività solo la partecipazione in D);
- la società C possiede il 50% del capitale sociale della società D (la società operativa) che possiede attività reali nette per un valore pari a 2.000.000 di euro;
- il restante 50% delle società A, B, C e D è posseduto da altri azionisti;
- le società sono finanziate con debito finanziario e capitale di rischio in egual misura.

In questa situazione, grazie al meccanismo della leva, le risorse finanziarie, che sono pari al valore delle attività reali (2.000.000 di euro), sono apportate per 7813 euro dall'azionista di controllo (la partecipazione di maggioranza della capogruppo), per 664,062 euro dagli azionisti di minoranza (pari alla somma delle partecipazioni di minoranza detenute nelle società del gruppo) e per 1.328.125 euro dai conferenti di capitale di prestito. In questo gruppo, formato da quattro società controllate a cascata, in virtù del meccanismo della leva societaria, con un investimento di 7813 euro l'azionista di controllo è in grado di governare attività reali del valore di 2.000.000 di euro, riuscendo così a moltiplicare il capitale in proprio controllo di circa 256 volte. L'effetto del *leverage* è moltiplicato dal numero dei livelli societari costituiti tra la società capogruppo e le società operative. La creazione di società a cascata, inoltre, potenzia la capacità di indebitamento del gruppo.

[56] Cass. Civ., 14 settembre 1976, n. 3150, in *Riv. dir. comm.,* 1978, II, 220.

[57] Sul riconoscimento normativo settoriale dei gruppi orizzontali: Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 210 ss. questi dà atto del fatto che, prima delle riforma, i gruppi orizzontali assumevano rilievo solo in ambiti specifici e ad effetti particolari, quali quello della limitazione delle concentrazioni per i gruppi editoriali (l. 5 agosto 1981, n. 416, modificata dalla l. 30 aprile 1983, n. 137 e dalla legge 27 febbraio 1987, n. 67), o l'equiparazione del gruppo orizzontale a quello verticale ai fini della redazione del bilancio consolidato per i gruppi bancari (art. 26, comma 1, d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 87).

subordinazione l'una rispetto all'altra, in quanto soggette al controllo di cui all'art. 2359 c.c. [58].

## 5. *Il gruppo secondo l'Unione Europea*

Il Forum Europaeum ha diffuso una raccomandazione[59], che gli organi comunitari potrebbero rivolgere agli Stati Membri, secondo cui, al fine di legittimare l'operatività del gruppo, occorre che sussistano, tra le altre, le seguenti condizioni: « 1. Il gruppo è strutturato in modo equilibrato e stabile; 2. la società del gruppo è inserita in una politica coerente e stabile; 3. gli amministratori possono ragionevolmente ritenere che i pregiudizi (in particolare quelli relativi alla privazione di opportunità di affari) vengano compensati da vantaggi entro un periodo di tempo prevedibile». Anche il Consiglio Economico e Sociale dell'ONU ha formulato una proposta per un Codice di comportamento delle società transazionali , in essa definite "multinazionali" [60]. L'esigenza di una definizione del fenomeno, quindi, è sentita non solo a livello statale, bensì globale, anche perché i gruppi sono diventati "multinazionali", dislocando le unità produttive direttamente sui mercati di elezione dei propri prodotti, ovvero articolando in Paesi diversi le varie fasi della propria attività per ragioni di economicità dovute ai costi del mercato del lavoro, al sistema fiscale vigente o ai meccanismi di finanziamento[61]. Questa frammentazione geografica del fenomeno gruppo, anziché indebolire

---

[58] Galgano, *Direzione e coordinamento* cit. 209. Posto che la figura del *Konzern* e quella della *Konzernunternehmen* (imprese facenti parte del Konzern) sono definite dal § 18, il quale, al primo comma, dispone che il *Konzern* ricorre quando un'impresa dominante ed una o più imprese dipendenti sono riunite sotto la direzione unitaria dell'impresa dominante medesima (A. Piras, *I gruppi nel diritto tedesco* cit., 248), al secondo che: «quando imprese giuridicamente autonome, pur mancando rapporti di dipendenza, sono riunite sotto un'unica direzione, esse formano ugualmente un gruppo; le singole imprese sono imprese facenti parte di un gruppo». Il relativo contratto di impresa è definito dal § 291.2: «se più imprese, indipendenti l'una dall'altra, si sottopongono contrattualmente ad una direzione comune, senza che con ciò alcuna di esse venga a dipendere da un'altra delle imprese partecipanti al contratto, il contratto medesimo non si considera un contratto di dominazione».

[59] *Corporate Group Law for Europe*, in *Riv. soc.*, 2001, 340 ss.

[60] Il testo è riportato i F. Galgano, *I gruppi di società,* Milano, 2001, 283. Nel Codice citato le "multinazionali" sono definite come «imprese, quale che ne sia il paese d'origine o la forma di proprietà, sia che si tratti di imprese private o pubbliche o miste, che sono composte di entità economiche operanti in due o più paesi, quali che siano la struttura giuridica o il settore di attività di queste entità, secondo un sistema di adozione delle decisioni (in uno o più centri) che permette l'elaborazione di politiche coerenti e di una strategia comune, facenti capo ad uno o più centri decisionali, all'interno dei quali queste entità sono vincolate, per vincoli di proprietà o altro genere, in modo tale che una o più di esse possano esercitare una rilevante influenza sulle attività delle altre e, in particolare, mettere in comune con queste altre entità informazioni, risorse e responsabilità». La locuzione "multinazionali" risale ai primi anni sessanta, così L. Thompson, voce *La globalizzazione economica*, in *Enc. Giur. Treccani*, 496 ss. V., inoltre, F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2007, 27, che sottolinea come l'operare delle multinazionali conduca alla spontanea uniformazione del diritto.

[61] F. Galgano, *Direzione e coordinamento di società* cit., 13: « l'odierno commercio internazionale è certo più esteso e più intenso dell'antico, specie per effetto, nell'ultimo periodo, delle nuove tecnologie della comunicazione, ma non ne è qualitativamente diverso. Neppure è una novità l'interdipendenza fra le economie nazionali, che si lega anch'essa al commercio internazionale e che si trova teorizzata al principio del Novecento, e anzi già alla metà dell'Ottocento. La vera novità del nostro tempo risiede, piuttosto, nell'espansione planetaria dell'organizzazione produttiva. Nell'era dell'economia industriale, la produzione era sempre nazionale; erano internazionali i mercati dell'approvvigionamento delle materie prime e del collocamento dei prodotti finiti.

la sua unità, la ha esaltata e resa capace di creare una nuova *lex mercatoria*[62] in grado di superare la statualità del diritto[63]. Lo spazio in cui sono stati creati e si sono sviluppati i "gruppi" è quello economico, al di fuori ed al di là dello Stato[64], diversamente dalle società per azioni (le Compagnie delle Indie del XVII e del XVIII secolo), che si sono sviluppate per "graziosa concessione" del sovrano. Il legiferare dello Stato sui gruppi, perciò, rappresenta una forma di "rinascente nazionalismo", non più "vessillo di popoli che volevano rendersi indipendenti da potenze che sentivano straniere", ma piuttosto una opzione di mercato[65]. È stato detto, infatti, che la riforma del diritto societario nasce (anche) nella consapevolezza dell'esistenza di una *competizione tra ordinamenti giuridici*[66].

---

Nell'economia che si dice globale non sono solo le merci a circolare oltre i confini nazionali; non c'è solo, come spesso si equivoca, la globalizzazione degli scambi: circolano, prima ancora delle merci, il *know how* e le licenze di produzione, e contratti di joint venture attuano la collaborazione produttiva fra imprese di paesi lontani; soprattutto, in ambiti transnazionali si disloca e si ramifica la stessa organizzazione produttiva e distributiva».

[62] Così Galgano, *I gruppi* cit., 6, incisivamente: «le condizioni generali di contratto da praticare nei sei continenti vengono predisposte dalla società madre e trasmesse alle società figlie con una precisa raccomandazione e con un tassativo divieto: la raccomandazione è che ne sia fatta *in loco* una mera traslazione linguistica; il divieto è che ne sia evitato ogni adattamento al diritto locale. Si vuole con ciò garantire al massimo grado l'uniformità della contrattazione, quale che sia il luogo della stipulazione del contratto, ossia l'uniforme attuazione della politica aziendale del gruppo».

[63] V. M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, 14, il quale parla di tramonto del dogma della statualità del diritto considerato la: «funzionalità invertita fra Stati e mercati: sempre più gli Stati tendono a diventare funzionali ai mercati». Secondo L. Raiser, *Gli attuali confini del diritto internazionale dell'economia*, in *Il compito del diritto privato,* Milano, 1990, 264, «il singolo Stato è, da solo, disarmato». Profetiche le parole di Marx ed Engels nel Manifesto: «La borghesia elimina sempre più la dispersione dei mezzi di produzione, della proprietà e della popolazione. Ha agglomerato la popolazione, ha centralizzato i mezzi di produzione, e ha concentrato in poche mani la proprietà. Ne è stata conseguenza necessaria la centralizzazione politica. Province indipendenti, legate quasi solo da vincoli federali, con interessi, leggi, governi e dazi differenti, vennero strette in una sola nazione, sotto un solo governo, una sola legge, un solo interesse nazionale di classe, entro una sola barriera doganale». Fortemente critico verso una visione dello Stato assoggettato alle regole del mercato globale, L. Gallino, *L'impresa irresponsabile*, Torino, 2005, 182, per il quale: «una simile rappresentazione dello stato quale attore che si arrende, suo malgrado, alla forza incontrollabile dell'impresa perché questa è diventata globale è in buona misura fittizia. La situazione si è evoluta semmai in senso contrario. La proliferazione di grandi società impegnate anzitutto a massimizzare il loro valore di mercato, sulla base di un paradigma per cui la produzione diventa un elemento secondario del governo dell'impresa, donde segue la crescita del proprio tasso di irresponsabilità nei confronti di ogni altro portatore di interessi, è stata metodicamente preparata e sostenuta dallo stato».

[64] M. R. Ferraresi, *Il diritto al presente, globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 167. Eloquente Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 15: «La globalizzazione non è l'esito di un conflitto fra Stati. Bisogna subito dire che la realtà contraddice, o quanto meno rende non più attuale, l'arcaica filosofia dell'imperialismo, che attribuiva alle Grandi Potenze la funzione di spianare alle imprese nazionali la strada per la conquista dei mercati mondiali. Si può oggi dominare il mercato mondiale senza avere alle spalle una grande potenza militare e neppure una significativa potenza politica. Le transnazionali possono fare a meno dell'una, come dell'altra; hanno se stesse la forza che le spinge alla conquista dei mercati mondiali».

[65] Cfr. Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 18, secondo cui: «lo scenario che ne risulta contraddice, la smithiana formula della ricchezza delle nazioni: la ricchezza non ha nazione, le nazioni non hanno ricchezza. Anche l'idea stessa di nazione muta significato».

[66] Cfr. U. Tombari, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 64, il quale richiama, sulla *regulatory competition*, D.C. Esty e D. Geradin (a cura di), *Regulatory competition and Economic Integration. Comparative Perspectives*, Oxford, 2001. Sul tema, si v., inoltre, G. Alpa, *La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico*, in A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004; F. H. Easterbrook and D.R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press**,** 1996, *passim*.

Lo Stato, quindi, non può far altro che cercare di scegliere un'opzione che sia competitiva e al tempo stesso efficiente[67] e il presente lavoro ha come scopo quello di individuare l'opzione stessa[68], tenute presenti le implicazioni politiche e le applicazioni giurisprudenziali[1].

Invero, il diritto dei gruppi è stato prima giurisprudenziale che legislativo, secondo la tendenza della nostra epoca caratterizzata dalla prevalenza della *iurisdictio* rispetto alla *legislatio*[69].

La questione dei gruppi, poi, ha anche un aspetto politico, poiché essi sono in grado di produrre un beneficio globale[70], così come di porre in pericolo una serie indeterminata di beni, quali l'ambiente, la salute pubblica e quella individuale, la sicurezza pubblica, l'economia nazionale, l'assetto dei rapporti istituzionali[71], dal momento che non hanno alle

---

[67] Uno degli obbiettivi della riforma era, infatti, quello di «pervenire ad una disciplina che possa ridurre i casi patologici dell'utilizzazione del gruppo e la prospettiva soltanto negativa di esso come "fattore di giustificazione" ovvero "fattore di frode"; per svilupparne invece la dimensione positiva, che consente alle imprese di diversificarsi e di assumere dimensioni idonee a competere sul mercato globale», Flick, *Gli obbiettivi della Commissione per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2000, 11, «sul presupposto che [il gruppo] ha un valore in linea di principio positivo», come affermato dalla Relazione al D.Lgs. n. 6 del 2003, in Riv. soc., 2003, 129 ss.

[68] Considerato che è stata messa fortemente in dubbio la capacità dei vecchi strumenti giuridici di risolvere le crisi prodottesi dalle nuove forme di capitalismo: v. Robert J. Shiller, *The Subprime solution*, 2008, con riferimento alla *subprime crisis*. Anche in conseguenza di questa, purtroppo, recente crisi dei mercati finanziari, è necessario interrogarsi, come ha fatto Rossi, *Il grande tonfo* cit., secondo cui: «che dire dei mercati finanziari sempre meno regolamentati e controllati, dove l´homo oeconomicus è stato sostituito dall´homo ludens se il maggiore di tali mercati è quello dei credit default swaps, nei quali si scommette sull´insolvenza non solo della società quotata ma anche del debito pubblico degli Stati. Il collasso di questo mercato di scommesse incontrollate può essere peggiore delle crisi dei subprime mortgages. E vale allora la pena di ricordare ancora la frase di Keynes: "Quando l´accumulazione del capitale di un Paese diventa il sottoprodotto delle attività di un casinò è probabile che le cose vadano male".

[69] V. V. Carnelutti, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Discorsi intorno al diritto*, I, Padova, 1953, 254; P. Calamandrei, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 698. Come indicato nella noto passo della *Relazione* allo decreto legislativo n. 6/2003, § 13: l'uso di formule generali fa sì che l'individuazione in concreto di tali principi sia compito di dottrina e giurisprudenza.

[70] Già nel primo capitolo del *Manifesto di* Marx ed Engels, che risale al 1848, si leggeva: «Con lo sfruttamento del mercato mondiale la borghesia ha dato un'impronta cosmopolitica alla produzione e al consumo di tutti i paesi. Ha tolto di sotto i piedi dell'industria il suo terreno nazionale, con gran rammarico dei reazionari. Le antichissime industrie nazionali sono state distrutte, e ancora adesso vengono distrutte ogni giorno. Vengono soppiantate da industrie nuove, la cui introduzione diventa questione di vita o di morte per tutte le nazioni civili, da industrie che non lavorano più soltanto le materie prime del luogo, ma delle zone più remote, e i cui prodotti non vengono consumati solo dal paese stesso, ma anche in tutte le parti del mondo. Ai vecchi bisogni, soddisfatti con i prodotti del paese, subentrano bisogni nuovi, che per essere soddisfatti esigono i prodotti dei paesi e dei climi più lontani. All'antica autosufficienza e all'antico isolamento locali e nazionali subentra uno scambio universale, una interdipendenza universale fra le nazioni. E come per la produzione materiale, così per quella intellettuale. I prodotti intellettuali delle singole nazioni divengono bene comune. L'unilateralità e la ristrettezza nazionali divengono sempre più impossibili, e dalle molte letterature nazionali e locali si forma una letteratura mondiale» (Come anche menzionato da Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 13).

[71] Cfr. E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006, 7 e la regolamentazione del codice del Codice di comportamento delle imprese transnazionali citato, il quale esige il rispetto della sovranità nazionale e delle leggi dei paesi in cui operano le varie entità del gruppo, nonché il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; si vietano le pratiche corruttive; si esige la salvaguardia dell'ambiente. Inoltre, si richiede la redazione di bilanci consolidati. Si impone, per quanto riguarda le operazioni endogruppo, di non applicare prezzi non corrispondenti ai prezzi di mercato o, comunque, prezzi che avrebbero effetti negativi sulle imposizioni fiscali, sulle riserve valutarie o su altri aspetti dell'economia dei paesi nei quali essi operano, e si estende il divieto alle pratiche elusive.

spalle "una grande potenza militare e neppure una significativa potenza politica" [72], oltre ad una significativa ricchezza monetaria[73].

Si è anche preconizzato da taluni che, dopo la morte del contratto, vi sarà quella della società per azioni[74] e, per quanto riguarda il gruppo di società si è detto, con affermazione condivisibile, che esso "nasce dalla valorizzazione di potenzialità implicite nella forma giuridica della società per azioni, che l'inventiva imprenditoriale porta alle estreme conseguenze" ed è frutto della utilizzazione di due fra le più generali categorie che l'ordinamento giuridico conosca: a) l'autonomia contrattuale, in forza della quale una società può acquistare sul mercato azioni di altre società, fino a conseguirne il controllo, maggioritario o totalitario, oppure può costituire altre società, sottoscrivendone la maggioranza o la totalità delle azioni; b) il diritto di proprietà, in quanto: la società che ha acquistato o sottoscritto le azioni di altre società esercita sulle azioni acquistate o sottoscritte la facoltà di goderne o di disporne e in questo modo consegue sulle altre società una influenza dominante che le rende strumento della propria azione»[75], sicché la controllante non fa altro che esercitare le facoltà inerenti al proprio diritto di proprietà (o ad altro diritto reale) quando nomina, conferma o revoca gli amministratori, oppure decide le operazioni sul capitale.

## 6. *Distinzione delle* holding *in Italia*

La Holding, o capogruppo, è la società che detiene, in tutto o in maggioranza, le azioni o le quote di più società che operano in diversi settori di attività o in distinte fasi del processo produttivo o che comunque esercita la direzione unitaria del gruppo[76]. In base alle funzioni in concreto esercitate dalla holding, si distingue tra holding "pura" e holding "operativa", riferendosi con il primo termine alla capogruppo che ha come attività la sola gestione del gruppo, amministrazione delle partecipazioni azionarie, e con il secondo alla capogruppo che

---

[72] Cfr. Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 16.

[73] In virtù del c.d. effetto telescopio, per cui la catena del controllo interno opera quale moltiplicatore di potere e economico e, perciò, il controllo su grandi gruppi societari può essere esercitato anche da chi detenga ricchezze molto limitate: v. Sbisà, *Società per azioni*, in Frè-Sbisà, *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1997, 482.

[74] Utilizza espressioni vigorose al riguardo, G. Rossi, *Il grande tonfo del capitalismo di mercato* (La repubblica, 26 settembre 2008, reperibile sul sito fond.franceschi.it): «Alla domanda: quali nuove sfide per il diritto, la risposta a mio parere è dunque una sola: esiste un'unica sfida. Bisogna che i giuristi incomincino a interrogarsi per rivoluzionare i principi fondamentali e le strutture che hanno finora retto il diritto societario e dei mercati finanziari. Il paragone l'ho già altrove fatto. La società per azioni è al termine della sua stagione. Come all'inizio del seicento per sviluppare il nuovo capitalismo maturò Le Compagnie delle Indie, ora senza tradire il mito, come la Fenice si sta bruciando con gli stessi rami secchi che è andata raccogliendo sui mercati finanziari. Dalle sue ceneri, per affrontare le nuove sfide, deve uscire una nuova fenice. Oggi siamo nel bel mezzo della ricerca».

[75] Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 2.

[76] V. Farina, *Le società* holding, holding *personale e attività d'impresa,* in *Giust. civ.*, 1990, I, 2911 ss.; F. Galgano, *Qual è l'oggetto della società* holding, in *Contr. impr.*, 1986, 327 ss.

svolge attività di natura finanziaria e ausiliaria[77], dal momento che può prestare alle società del gruppo sia assistenza tecnica, sia assistenza finanziaria[78].

Il problema della qualificazione giuridica dell'attività svolta dalla holding c.d. pura, ossia esercitante solo l'attività di direzione e coordinamento di gestione del gruppo, si è presentato al diritto per decidere se fossero assoggettabili al fallimento i soggetti che avevano svolto tale funzione. La questione era, prima di tutto, quella di inquadrare l'attività della holding nella previsione di cui all'art. 2082, ossia se fossero configurabili nella attività in questione i caratteri dell'impresa enunciati dalla norma stessa, e, secondariamente, se l'attività stessa fosse suscettibile di formare oggetto di una società, ai sensi dell'art. 2247 c.c.

La giurisprudenza, in una prima fase, aveva abbracciato la tesi, esposta in dottrina[79], secondo cui la holding costituiva per sé un'impresa commerciale, risolventesi nella produzione di servizi, per cui era riconducibile nella categoria delle imprese ausiliarie ex art. 2195, n. 5[80]. Tale tesi, veniva poi "capovolta" dalla celebre sentenza della Suprema Corte (26

---

[77] «È configurabile una holding di tipo personale allorquando 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. A tal fine è necessario che la suddetta attività, di sola gestione del gruppo (cosiddetta holding pura), ovvero anche di natura ausiliaria o finanziaria (cosiddetta holding operativa), si esplichi in atti, anche negoziali, posti in essere in nome proprio, fonte, quindi, di responsabilità diretta del loro autore, e presenti altresì obiettiva attitudine a perseguire utili risultati economici, per il gruppo e le sue componenti, causalmente ricollegabili all'attività medesima (Cass. 9 agosto 2002 n. 12113, cui adde, negli stessi termini, Cass. 26 febbraio 1990 n. 1439, e più di recente, Cass. 13 marzo 2003 n. 3724)» Cass. civ., Sez. Unite, 29 novembre 2006, n. 25275, in *Mass. Giur. It*., 2006; inoltre, Cass. civ., 18 marzo 2005, n. 1763, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, 16, 88; Cass. pen., 18 novembre 2004, n. 10688, in *Riv. Pen*., 2006, 1, 136, Cass. civ., 9 agosto 2002, n. 12113, in *Fallimento*, 2003, 6, 609, con nota di Trentini; Trib. Genova, 26 settembre 2005, in *Società*, 2006, 3, 320, con nota di Ronco, e in *Impresa*, 2006, 10, 1502, con nota di Tomasi.

[78] «La prima fa sì che determinate funzioni imprenditoriali, che per loro natura dovrebbero svolgersi entro le singole società, vengono accentrate presso la *holding*: così, ad esempio, una apposita divisione interna alla holding elabora, per tutte le società del gruppo, le tecniche di redazione dei bilanci; un'altra apposita divisione opera quale centro specializzato nell'innovazione tecnologica, ed il discorso si può ripetere per il *marketing*, per il controllo di produzione, per l'elaborazione informatica dei dati e così via», mentre «l'assistenza finanziaria della *holding* riguarda la provvista di mezzi finanziari necessari alla controllata; e può assumere rilievo esterno al gruppo, come quando dà luogo al rilascio, da parte della *holding* di fideiussioni o di lettere di *patronage* per procurare credito bancario alle società del gruppo. L'atteggiamento di favore mostrato dal legislatore per l'organizzazione e lo svolgimento di servizi di tesoreria all'interno dei gruppi di società emerge anche dalla disposizione dell'art. 11, comma 3, lett. *b)*, T.U. bancario che sancisce la liceità (in quanto non svolta nei confronti del pubblico) della raccolta del risparmio effettuata "presso società controllanti, controllate o collegate ai sensi dell'art. 2359 c.c. e presso controllate da una stessa controllante"», F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2003, 167. In argomento anche V. Cariello, *«Effetto di* patronage*» della pubblicità del gruppo bancario e responsabilità della capogruppo*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 2002, I, 464 ss.; M. Miola, *Le garanzie intragruppo*, Torino, 1993; P. Montalenti, *La traslazione dei poteri nei gruppi di società: i* management contracts*,* in *I contratti del commercio e dell'industria e del mercato finanziario*, I, 1995, 3.

[79] B. Libonati, *Holding* and *Investment trust*, Milano, 1959, 73; G. P. Savi, *Società finanziaria ("holding") e società di investimento ("investment trust")*, 718; Zanelli, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, 281.

[80] Secondo Trib. Roma, 3 luglio 1982, in *Foro It.*, 1982, I, 2898, con nota di Marziale, infatti, in tale previsione «sono ricomprese tutte quelle operazioni non industriali e non intermediarie, che, in quanto suscettibili di organizzazione in modo autonomo come impresa, siano dirette obbiettivamente ad agevolare l'esercizio delle attività principali nella loro tipica funzionalità, anche se non necessariamente ad agevolare anche singole imprese commerciali e singole operazioni o atti di commercio (Cass., 28 gennaio 1977, n. 443). L'art. 2195, n. 5, traccia, dunque, una figura elastica ed eterogenea di impresa qualificata da una funzione di complementarietà, la cui

febbraio 1990, n. 1439, citata)[81], che decideva sul medesimo caso giudicato dal menzionato Tribunale di Roma (il c.d. caso Caltagirone). Con tale sentenza la Cassazione si affermava: «A capo di un gruppo di società può esservi una holding societaria o individuale: ambedue queste figure possono qualificarsi imprenditori commerciali se, con apposita organizzazione e continuità professionale, esercitano un'attività di direzione, coordinamento e programmazione delle società commerciali controllate, idonea ad incrementarne sul piano economico o profitti (*in tal caso l'impresa è comune a più imprenditori, ossia le società che l'esercitano direttamente la holding pura operativa che la esercita indirettamente*); o anche, in alternativa, se esercitano una funzione soltanto ausiliaria, di finanziamento o di tesoreria o di procacciamento di affari o di servizi resi alle società commerciali controllate, purché tale attività sia svolta in nome proprio ed economicamente remunerata» (corsivo aggiunto)[82].

La tesi dell'unità dell'impresa di gruppo, ribadita in giurisprudenza[83], è stata poi disattesa, anche se si stenta a comprendere il perché di tale posizione. Sebbene si sia affermato che la direzione e il coordinamento si sostanzia in un "tessuto connettivo", "un sistema di raccordo", che ha ad oggetto "una pluralità di imprese"[84], non avrebbe ragion

---

esistenza - sulla base dell'indagine innanzi condotta - è sicuramente ravvisabile nel caso di specie in cui sono state accertate tre distinte organizzazioni individuali di impresa preordinate al sistematico svolgimento di quelle attività sussidiarie occorrenti per agevolare integrare e sorreggere l'azione di 158 società».

[81] Cass. civ., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. it*., 1990, I, 1, 713, con *Giur. It*., 1990, I,1, 713, con nota di R. Weigmann; in *Giust. Civ*., 1990, I, 2394, con nota di Santarsiere; in *Giust. Civ*., 1990, I, 2394, con nota di Scurci; in *Giust. Civ*., 1990, I, 2910 ,con nota di Farina; in *Fallimento*, 1990, 495, con nota di La manna; in *Giur. comm*., 1991, II, 366, con nota di N. Rondinone, in *Riv. dir. comm*., con nota di Libonati. Inoltre, Cass. civ., 9 agosto 2002, n. 12113, in *Giur. comm.*, 2004, II, 15 ss.

[82] Tranciante il commento di Galgano, *Direzione* cit., 21: «In questa sentenza la frattura fra realtà economica e realtà giuridica era spinta oltre ogni limite: con una singolare inversione del senso economico dei concetti, la suprema direzione del gruppo veniva tramutata in attività ausiliaria, volta ad «agevolare singole imprese commerciali: la holding era degradata al rango di impresa satellite, collocata nella categoria quella di cui al n. 5 dell'art. 2195 pensata dal legislatore per i mediatori, gli agenti di commercio, i commissionari e così via (ed al mediatore si riferisce la sentenza della Cassazione, che il Tribunale di Roma cita in motivazione)». Il medesimo Autore critica, poi, alla p. 23, la tesi di Vella (*Le società holding*, Milano, 1993) - il quale muove «dalla duplice premessa la prima è che l'attività della capo-gruppo non si esaurisce nella direzione e nel coordinamento del gruppo, ma comprende una seria, quanto mai varia, attività di servizi di assistenza tecnica e finanziaria che la capo-gruppo presta alle proprie controllate, direttamente e per il tramite di controllate ad hoc; la seconda è che il concetto di servizi si è, nella moderna economia del terziario avanzato, oltremodo dilatato, rivelandosi idoneo a comprendere anche l'attività di chi, come la holding, si colloca in posizione di supremazia rispetto ai destinatari dei propri servizi» - dal momento che avrebbe un «dichiarato risvolto macroeconomico, giacché pretende di collocare le *holding,* anche se a capo di gruppi industriali, entro "la moderna economia del terziario avanzato"».

[83] La *holding*, anche nella forma dell'impresa individuale, sia pura od operativa agisce coordinando l'attività delle società controllate, essendo titolare di un'unica organizzazione imprenditoriale complessa. Se manca questa autonomia imprenditoriale e quindi la possibilità di individuare nel presunto titolare della "holding" individuale la qualità d'imprenditore, la fattispecie può eventualmente inquadrarsi nell'ipotesi dell'imprenditore tiranno di una o più società di capitali, il quale, allo stato della giurisprudenza di legittimità, non può essere sottoposto al fallimento o ad altra procedura concorsuale, come nell'ipotesi di amministrazione straordinaria alla quale sono soggette le società delle quali l'interessato possiede la maggioranza, ma non la totalità delle quote o azioni. In tal caso, il soggetto in questione non può essere dichiarato insolvente, allo scopo di assoggettarlo alla medesima procedura alla quale lo siano state le società del gruppo» Trib. Catania, 3 gennaio 1997, in *Dir. fall*., 1997, II, 415, con nota di Ragusa Maggiore, in *Dir. fall*., 1997, II, 1005, con nota di De Sensi; in *Fallimento*, 1997, con nota di Lo Sinno.

[84] Così Montalenti, *Direzione* cit., 324.

d'essere un raccordo che rimanga sul piano della mera definizione giuridica, prescindendo da quella realtà economica che, sola, è il fondamento della nuova disciplina dei gruppi. Si è detto, infatti, che l'attività di direzione e coordinamento rileva sì come mero fatto, ma come mero fatto *economico*, e come tale deve essere considerato dai giuristi. Invero, che senso avrebbe una disciplina dei gruppi che considera l'attività di direzione e coordinamento legittima qualora, a fronte di un danno a una società controllata, vi sia un vantaggio compensativo di gruppo se non perché ha ad oggetto ll'interesse di un'unica impresa? Il vantaggio di un impresa non legittimerebbe il sacrificio di un'altra se non in base alla considerazione economica che l'impresa è unica sebbene ripartita in diverse società, ciascuna deputata a curarne un segmento dell'attività, che è e rimane unitaria.

Questa unità di impresa è riconosciuta anche:

*i)* dalla disciplina civilistica del bilancio (art. 2324 cod.civ.), che distingue tra "immobilizzazioni" (attivo *sub* A-III) e "attivo circolante" (attivo *sub* C-III), a seconda che le partecipazioni in società controllate o collegate mirino ad esercitare un'influenza notevole sulle medesime, oppure siano meri valori di scambio, acquisiti per la successiva alienazione, presumendo, secondo l'art. 2424, comma 2, che le partecipazioni in società collegate o controllate siano immobilizzazioni;

*ii)* dalla disciplina di cui al D.Lgs. n. 4 dicembre 1992, n. 480, emanato in "attuazione della direttiva n. 89/104/CEE Consiglio del 21 dicembre 1988, recante ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi di impresa», la quale prevede, all'art. 22, la legittimazione della holding alla presentazione della domanda di registrazione del segno, in vista della sua utilizzazione da parte di imprese di cui il registrante abbia il controllo[85].

Un breve cenno deve essere fatto al c.d. marchio di gruppo, che indica il fenomeno di "contitolarità dello stesso marchio in capo a più imprese collegate, che ne facciano uso contemporaneamente per i medesimi prodotti o per categorie diverse di prodotti, in forza di scelte decise nell'ambito del gruppo, con la conseguenza che se una delle imprese collegate si sia riservata la titolarità esclusiva dello stesso marchio per una certa categoria di prodotti, o in un determinato stato, nei rapporti interni le altre imprese necessitano di una licenza per usare dello stesso marchio, ma nei rapporti esterni presso il pubblico dei consumatori titolarità ed uso del marchio vengono ricondotti ad un unico centro di imputazione giuridica, apparendo

[85] Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese* cit., 15.

proiezione dell'appartenenza del marchio al gruppo, realizzata in capo alla singola impresa in forza di accordi fiduciari interni"[86].

La teoria del marchio unitario e della sua libera circolazione nell'ambito del gruppo[87] derivano proprio dal fatto quest'ultimo, sebbene scisso in persone giuridiche distinte, costituisce un'impresa unitaria[88].

Logico corollario è che: «l'imprenditorialità della *Holding* non deriva dal fatto che essa svolga l'attività di partecipazione e di coordinamento tecnico finanziario, in sé e per sé considerata, ma deriva dalle specifiche attività di produzione e di scambio che formano oggetto delle società operanti ed il cui esercizio, in forma indiretta tramite la direzione ed il coordinamento ed a mezzo della partecipazione di controllo, è attuabile dalla capogruppo. La capogruppo, quindi, è imprenditore, per il fatto di esercitare attività imprenditoriale nella sua completezza, in una fase in via diretta, in altra fase in modo mediato ed indiretto»[89].

### 7. *Oggetto sociale del gruppo*

---

[86] Trib. Milano, 18 aprile 1983, in *Riv. Dir. Ind.*, 1983, II, 329. Una definizione più recente è di P. Pettiti, *Il marchio di gruppo,* Milano 1996, 41, secondo cui esso è: «il segno distintivo dotato delle caratteristiche costitutive ed essenziali del marchio individuale e caratterizzato dal fatto di essere utilizzato contestualmente da più soggetti giuridici distinti appartenenti al gruppo».

[87] In tal senso, Trib. Roma, 5 giugno 1986, in *Foro Padano*, 1987, I, 264, con nota di Fornendo; App. Milano, 5 settembre 1986, in *Giur. Dir. Ind.*, 1986, 642. *Contra* Trib. Milano, 21 luglio 1994, in *Dir. Industriale*, 1995, 637, con nota di Agnoli e, in dottrina, Abirani, *I segni distintivi*, in Ariani-Cottino-Ridolfi, *Diritto industriale*, Padova, 2001, 65. Sulla mancanza di decadenza in base ad accordi infragruppo: Trib. Cagliari, 26 gennaio 2007, in *Riv. Giur. Sarda*, 2008, 1, 69, con nota di Madau; sulla mancanza di legittimazione: Trib. (Ord.) Torino, 19 ottobre 2004, in *Dir. Industriale*, 2005, 169, con nota di Venturello, anche se, anni prima, altra corte si era orientata in senso contrario: Trib. Milano, 18 aprile 1983, in *Riv. Dir. Ind.*, 1983, II, 329.

[88] «È lecito l'uso di uno stesso marchio da parte di diverse imprese formalmente distinte ed economicamente collegate operanti in gruppo, spesso in stati diversi (c.d. imprese multinazionali), pur restando il marchio intestato alla capogruppo, ravvisandosi sostanzialmente nel frazionamento delle varie persone giuridiche *un'impresa unitaria*» (Trib. Torino, 24 ottobre 1984, in *Giur. Dir. Ind.*, 1984, 694). Ancora prima: «Quando, come nella specie, due o più società operano congiuntamente come un unitario complesso economico per il perseguimento di finalità produttive comuni, fanno capo alle medesime persone fisiche, si avvalgono della stessa organizzazione commerciale, si scambiano tecnologie, procedono a frequenti scambi di manodopera (sia con distacchi o trasferte, sia disponendo il passaggio dalle dipendenze formali dell'una a quelle dell'altra) e magari operano sul mercato all'insegna dello stesso marchio, si è in presenza di una sola attività imprenditoriale e di un solo complesso aziendale la cui gestione si articola, sotto il profilo commercialistico, attraverso distinti soggetti societari; ne consegue che il passaggio di un lavoratore dall'una all'altra società, quale che sia la forma con cui venga attuato, è in realtà un trasferimento da una ad altra unità produttiva dell'unico complesso aziendale costituito dal gruppo di società e come tale va assoggettato alla disciplina dettata dall'art. 2103 c. c. e dall'art. 22 dello statuto dei lavoratori» Pret. Lodi, 22 ottobre 1982, in *Orient. Giur. Lav.*, 1983, 760; conforme Trib. Roma, 1° luglio 1985, in *Giur. Dir. Ind.*, 1985, 650). Più recentemente, Trib. Como, 23 marzo 1999, in *giur.it.*, 1999, 1881.

[89] Galgano, *Direzione* cit., 28.

Non è indifferente stabilire quale sia l'oggetto sociale del gruppo, dal momento che l'opzione ermeneutica adottata incide sulla valutazione della legittimità delle operazioni poste in essere dagli amministratori[90].

In ambito fallimentare, poi, l'individuazione dell'oggetto sociale è stata necessaria alla giurisprudenza per sanzionare con rigore i comportamenti abusivi dell'imprenditore persona fisica, dichiarandone il fallimento[91]. Il punto si approfondirà nel prosieguo.

[90] Ad esempio, il trasferimento di un complesso produttivo da parte di una società industriale alla controllata può integrare o meno grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c. a seconda che comporti la modifica dell'oggetto sociale della controllata o meno. Se si ritiene che l'«assunzione di partecipazioni idonee, per la loro misura, al controllo di società operative (…) determina la possibilità di un esercizio indiretto e mediato della stessa attività di impresa svolta dalle controllate

[91] «L'imprenditore persona fisica "holding" è soggetto a fallimento, se, abusando dei poteri gestori, abbia sovvertito le regole del diritto societario al solo fine di limitare la sua responsabilità. Ai fini della qualificazione dell'impresa come "holding" personale non sono necessari né la spendita del nome, né l'organizzazione di mezzi propri, nè l'autonoma economicità: la spendita del nome, in quanto, con riferimento alla "holding" pura, che si estrinseca con atti di rilevanza interna, essa non intrattiene di norma, né ha bisogno di intrattenere rapporti negoziali con i terzi, potendosi limitare all'elaborazione di direttive ed istruzioni da impartire alle società; nè la norma di cui all'art. 2082 c.c. richiede il compimento di atti negoziali con rilevanza esterna per l'assunzione della qualità di imprenditore; l'organizzazione di mezzi, poichè, nella "holding" pura, l'imprenditore holder si avvale dei mezzi costituiti dalle imprese da lui dirette e coordinate, trattandosi di impresa mediata; l'autonoma economicità, perchè, nei fatti, può coincidere con lo scopo di lucro delle singole società, indirettamente ridondante, negli effetti, nel patrimonio dell'imprenditore "holder". In ogni caso, l'imprenditore "holding" persona fisica è soggetto al fallimento, tanto più quando siano presenti tutti e tre i requisiti suddetti» Trib. Padova, 2 novembre 2001, in *Giur. di merito* 2001, *Società*, 2002, 583, con nota di Porcari; in *Fallimento*, 2002, 11, 1218, con nota di Iannello; Trib. Modena, 25 giugno 1998, in *Giur. Comm.*, 1999, II, 322, con nota di Guidotti.

## L'ATTIVITA' DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

SOMMARIO: 1. In generale. – 2. La presunzione normativa. - 3. L'imputabilità. – 4. La fonte del potere di direzione e coordinamento di società. – 5. Il "gruppo di diritto". – 6. Problemi a cui dare risposta.

### 1. *In generale*

Per poter affermare l'esistenza di un gruppo è necessario che sussista l'attività di direzione e coordinamento, la quale si distingue dall'esercizio del mero controllo, giacché vi è un gruppo solo dove una pluralità di società è ricondotta ad unità dalla guida unitaria che una di esse esercita sulle altre[92]. Il controllo, invero, «consiste nell'esercizio dei poteri di nomina degli amministratori e, in senso lato, dei poteri organizzativi (modifiche statutarie, in particolare operazioni di riorganizzazione societaria: fusioni, scissioni ecc..), scelte di finanziamento dell'impresa (aumento di capitale ecc…)»[93]. Dal momento l'art. 2497 c.c. non parla di "atti" ma di "attività", per attività di direzione si intende «l'esercizio di 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»[94], o «nell'esplicazione di una serie di atti teologicamente diretti alla realizzazione dell'interesse alla produzione di nuova ricchezza (*interesse imprenditoriale*), appunto, della società o ente capogruppo che agisce (*interesse proprio*) e/o delle società che vengono gestite (*interesse altrui*); interesse il cui perseguimento deve avvenire rispettando le regole che presidiano la legalità del funzionamento, al *causa societatis* (*corretta gestione societaria*) e l'economicità (*gestione imprenditoriale*) della gestione delle *Tochtergesellschaften*[95].

Prima del riconoscimento normativo della legittimità dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, la distinzione tra "controllo" e "direzione unitaria" era già presente nella legislazione speciale[96], anche alla luce della regolamentazione dei gruppi in

---

[92] Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 192; Jaeger, *I «gruppi» fra diritto interno e prospettive comunitarie*, Giur. comm., 1980, I, 916; Id., *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 476; Pavone La Rosa, *Le società controllate*, *I gruppi*, II, 2, 599 ss.

[93] Così P. Montalenti, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. delle società*, 2007, 320, il quale, poi, *ivi* sottolinea, incidentalmente, che i poteri di controllo sono significativamente diminuiti a seguito della riforma del diritto societario, sotto un "triplice profilo": «*(i)* dell'attribuzione dell'assemblea di un mero potere autorizzatorio sugli atti di gestione (art. 2364, n. 5 e cfr. art. 2380-*bis*, comma 1), *(ii)* dell'attribuzione agli amministratori, salva diversa disposizione di legge o statutaria, della competenza all'emissione di obbligazioni; *(iii)* della facoltà di attribuire agli amministratori, in statuto competenze tipicamente assembleari (cfr. art. 2365, comma 2)».

[94] *Ibidem*, 321.

[95] Valzer, *Il potere di direzione* cit., *passim*.

[96] Segnatamente, l'art. 3, ultimo comma, della l. n. 95/1979, l'art. 90 del d.lgs. 270/1999 e l'art. 61, comma 4, d.lgs. 385/1993.

altri ordinamenti (tedesco e brasiliano), e il dato in base al quale si perveniva a tale legittimazione era l'art. 41 della Costituzione, norma primaria sulla libertà di iniziativa economica, «dovendo nella previsione di tale norma ritenersi ricompresa non solo la libertà di scelta del settore produttivo in cui operare, ma anche quella relativa al tipo di organizzazione col quale esercitare l'impresa»[97]. Il legislatore, pur avendo preso atto dell'esistenza del fenomeno, si è basato sul "principio di effettività", per cui ciò che rileva non è la mera possibilità di esercitare un'influenza dominante su una o più società, ma l'esercizio effettivo di tale influenza attraverso un'attività di direzione e coordinamento[98].

È possibile definire la nozione di "direzione e coordinamento", non data dal legislatore, sulla base della giurisprudenza e della dottrina precedente in materia di direzione unitaria, secondo cui si riteneva sussistente la direzione unitaria laddove vi fosse l'accentramento di funzioni gestorie in seno alla capogruppo, o l'elaborazione da parte della medesima di programmi finanziari e produttivi di gruppo, cosicché «l'esercizio della direzione unitaria significa che le società controllate vengono usate come strumento della politica aziendale di gruppo, mediante un accentramento presso la controllante di funzioni e strategie inerenti la gestione delle controllate»[99].

Va fatta distinzione, oltre a controllo e direzione unitaria, tra società soggette all'attività di direzione e coordinamento e società eterodirette[100], in quanto le prime sono società sì a "sovranità limitata", ma comunque autonome, mentre le seconde no[101]. A tale riguardo si è posto il problema di quali sono i limiti al trasferimento di funzioni gestorie dalla controllata alla controllante, ossia quale rapporto vi sia tra la previsione di cui all'art. 2497 c.c. e l'art. 2380 *bis*, che prevede il principio dell'esclusiva responsabilità per la gestione posto a carico degli amministratori.

Proprio la considerazione del fatto che la disciplina sui gruppi di società non menziona il termine gruppo né l'eterodirezione, ma si limita all'uso dell'endiadi "direzione e

---

[97] A. Pavone La Rosa, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, 766, quale ne deduce, poi, il logico corollario: come è vietato il ricorso a strutture imprenditoriali non conformi a tipi previsti dal legislatore, è ugualmente da ritenere sanzionato l'uso distorto ed illegittimo delle strutture che la libertà "organizzativa" consente di porre in essere» (p. 767).

[98] Cfr. Circolare assonime n. 44/2006, *Direzione e coordinamento di società. Profili di organizzazione e responsabilità del fenomeno del gruppo*, in *Riv. delle società*, 2006, 1097 ss.

[99] Ibidem, 1100.

[100] A. Mignoli, *Interessi di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e impr.*, 1986, 799, ora in Id., *Le società per azioni. Problemi – letture – testimonianze*, I, Milano, 2002, 123.

[101] Montalenti, *Direzione* cit., 321, il quale ammonisce che direzione unitaria non coincide con totale eterodirezione, poiché deve contemperarsi con: «*(i)* il principio di esclusività del potere di gestione degli amministratori (art. 2380-*bis*, comma 1); *(ii)* i principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria (art. 2497, comma 1); *(iii)* ove la direzione unitaria imponga un pregiudizio, questo deve essere correlato al criterio dei vantaggi compensativi (art. 2497, comma 1, ult. parte)». Secondo Montalenti, inoltre, l'espressione "direzione e coordinamento", pur indicando il primo termine un'attività che opera in senso verticale e il secondo un'attività che opera in senso orizzontale, costituirebbe un'endiadi.

coordinamento" deve condurre a far ritenere che si tratti, come si è detto, non già di eterodirezione, come fenomeno verticale di soggezione di una società all'attività gestionale di altra, con trasferimento di potere decisionale dall'organo gestorio della controllata a quello della controllante, bensì, di formazione della volontà delle società del gruppo in maniera coordinata, ossia in senso orizzontale, per cui non si tratta di esautorazione del potere decisionale degli amministratori della controllata, bensì di una conformazione *della volontà* di quest'ultimi – non soppressa – alla politica di gruppo. Se si potesse azzardare il paragone, il rapporto "politico" fra la controllante e la controllata potrebbe assomigliare a quello intercorrente tra gli organi degli Stati membri della Comunità europea e quelli comunitari.

Rimane, pertanto ferma l'esclusiva competenza del consiglio di amministrazione della controllata a:

- valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società;
- esaminare i piani strategici, industriali e finanziari della società;
- valutare, sulla base delle informazioni fornite dagli organi delegati, il generale andamento della gestione (art. 2381 comma 3);
- valutare la conformità delle direttive della capogruppo ai principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria, a pena di incorrere nella responsabilità solidale di cui all'art. 2497 c.c.

## 2. *La presunzione normativa*

Ai sensi dell'art. 2497 *sexies* c.c., l'attività di direzione e coordinamento è presunta, *iuris tantum*, a carico della società o dell'ente tenuto al consolidamento del bilancio o che, comunque, controlla un'altra società ai sensi dell'art. 2359 c.c. Si presume, infatti, che la società controllante si avvarrà della propria posizione di supremazia, derivante dalla partecipazione azionaria (o dai vincoli contrattuali), per determinare la condotta degli affari delle società dipendenti, imponendo agli organi di queste la propria direzione[102]. Tale presunzione, in sostanza, costituisce la traduzione sul piano dell'inversione dell'onere della

[102] M. Lamandini, *Il «controllo». Nozione e «tipo» nella legislazione economica*, 241 ss.; Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 192.

prova dell'*id quod plerumque accidit*[103] e chiarisce definitivamente che il controllo non è sinonimo di gruppo[104].

Per accertare se sussiste l'attività di direzione e coordinamento, rileverà ogni atto e fatto che, unito ad altri, configuri un'attività permanente e sistematica di incisione sulle scelte gestorie della società subordinata, indipendentemente dalla sua legittimità[105], quali la definizione di piani strategici o del budget della controllata, le indicazioni circa le iniziative di finanziamento (ricorso al capitale di rischio e/o al capitale di credito) o l'individuazione dei piani o delle iniziative di investimento della controllata, dovendosi intendere per "attività" l'"*insieme di atti di diritto privato coordinati e unificati sul piano funzionale dall'unicità di scopo*"[106].

È stato configurato in merito alla presunzione predetta il problema se essa operi anche nelle ipotesi di controllo congiunto derivante da patti parasociali. e la risposta di alcuni giuristi, condivisibile per il rigore delle motivazioni a cui è ancorata, è stata che il sindacato di controllo non coincide con la nozione di direzione e coordinamento[107]. Secondo altri, invece, il patto parasociale di influenza dominante anche congiunta sulla società può ontegrare gli estremi di una presunzione legale di attività congiunta di direzione e coordinamento da ricondurre all'art. 2497 *sexies* c.c.solo se il patto avente per oggetto o per effetto l'influenza dominante congiunta sulla società assume le caratteristiche oggettive ovvero effettuali di un patto di influenza dominante congiunta sull'organo amministrativo e/o

---

[103] Presunzione sulla quale manifesta serie perplessità A. Pavone La Rosa, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, 773, considerata la difficoltà di fornire la prova contraria non avendo il legislatore specificato cosa debba intendersi per "direzione unitaria".

[104] M. Garcea, *I « gruppi finti». Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. di diritto civile*, 2006, II, 205.

[105] Come, ad esempio, atti formali a carattere negoziale, quali deliberazioni o accordi contrattuali, tra le società interessate, od ordini di servizi, istruzioni, regole di comportamento, o meri fatti, comunque idonei ad influenzare significativamente le scelte gestionali della società: così Montalenti, *Direzione* cit., 322.

[106] Auletta, voce *Attività*, in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1958, 982. Già P. Marchetti, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in Aa.Vv., *I gruppi di società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1996, II, 1557-1558, vent'anni fa, sosteneva che: «se la prova del *quantum* del danno spetterà all'attore, la prova della riferibilità della responsabilità, in coerenza con la tesi dell'effetto facoltizzante la direzione unitaria insita nel controllo, sarà rappresentata dalla mera sussistenza del rapporto di controllo, senza necessità di dar prova (tranne, probabilmente che, nel caso di controllo contrattuale derivante da fatti concludenti) dell'effettiva esplicazione della direzione unitaria. Ed in tal sede notevole potrà essere il ruolo svolto dal tipo e dall'organizzazione che *in concreto* il gruppo assume».

[107] Cfr. Circolare Assonime n. 48/2006 cit., 1110-1101, la quale sottolinea che «un sindacato di controllo non comporta la qualifica di controllante per nessuno dei soci sindacati, dato che non vi è un unico socio in grado di imporre la propria volontà all'interno della società. In questo senso depone l'art. 26, comma 2, lett. *b)* del d.lgs. 127/1991, secondo cui sono in ogni caso considerate controllate le imprese in cui "un'altra", in base ad accordi con altri soci, controlla da sola la maggioranza dei diritti di voto; nonché l'art. 23 comma 2 del T.U.B., ai sensi del quale il controllo si considera esistente nella forma dell'influenza dominante, salvo prova contraria, allorché vi sia un soggetto che, in base ad accordi con altri soci, ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza degli amministratori, ovvero dispone da solo della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria. Il controllo derivante da accordi parasociali rientra dunque fra le forme di controllo contemplate nell'art. 2359 solo quando tali accordi abbiano per effetto di attribuire ad un singolo socio la disponibilità dei voti necessari per dominare l'assemblea ordinaria».

(nel sistema dualistico) sul consiglio di sorveglianza[108]. Questa dottrina giunge ad accogliere la soluzione positiva in base alla considerazione che «là dove una disciplina è centrata sulla tutela d'interessi d'impresa ciò si traduce, dal punto di vista dell'identificazione delle possibili situazioni di titolarità soggettiva del potere di influenza qualificata, in una connaturale rilevanza anche di forme di con titolarità del controllo»[109].

Il problema non è privo di rilevanza pratica, giacché sono diffuse le ipotesi del controllo congiunto su una *joint venture* a sua volta controllante altra società, di cui la *joint venture* viene presunta e indicata pure come società che esercita attività di direzione e coordinamento. Esso, però, si pone solo nel caso in cui si voglia vincere la presunzione relativa di imputazione "solitaria" alla società comune in favore di un'imputazione congiunta esclusivamente alle società sue controllanti congiunte, sulla base della considerazione fattuale che la *joint venture* costituisce una semplice società veicolo.

La questione del superamento della presunzione di controllo della *subholding* sarà oggetto di disamina nel prossimo paragrafo. Si anticipa, però, che il superamento della presunzione relativa di imputazione solitaria sulla base di un paradigma fattuale non risponde alla ratio della normativa che individua il soggetto responsabile nell'"ente che esercita l'attività", per cui, proprio fattualmente è la *joint venture* chiamata a rispondere e non si vedono esigenze di tutela inappagate da questa soluzione, conforme alla lettera della legge, invocate invece dalla citata dottrina che configura positivamente il controllo congiunto[110]. Il superamento dello schermo della personalità giuridica della società "veicolo", infatti, può verificarsi solo nelle circostanze eccezionali in cui, altrimenti, gli interessi lesi non sarebbero tutelati, come avviene nei casi di abuso della personalità giuridica.

### 3. *L'imputabilità*

L'attività di direzione e coordinamento può imputarsi soltanto a società o enti e non a persone fisiche, come si desume dalla correzione, nella bozza di decreto legislativo del settembre 2002, della locuzione "chiunque" con il sintagma "le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento" relativamente all'art. 2497, primo comma. Questa scelta è stata confermata:

---

[108] Così V. Cariello, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, 38, il quale, successivamente, alle pagine 39-40, critica aspramente il «vizio logico-giuridico che inficia il preteso sillogismo secondo cui, atteso che il controllo congiunto non assumerebbe rilievo ai fini del controllo codicistico e siccome il controllo codicistico costituisce una presunzione codicistica di attività di direzione e coordinamento, allora non rileverebbe l'attività congiunta di direzione e coordinamento ai fini degli artt. 2497 e seguenti c.c.».

[109] *Ibidem*, 47.

[110] *Ibidem*, 35.

- dal decreto legislativo di coordinamento e di modifica, n. 37del 2004 che ha sostituito, al primo comma dell'art. 2497-*bis*, le parole: «la propria soggezione all'altrui attività di direzione e coordinamento» con le parole «la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta»;

- dal fatto che il "chi" del secondo comma dell'art. 2497-*sexies*, ora traslato nel nuovo art. 2497-*septies*, è stato sostituito dalla formula «alla società o all'ente che, […] esercitano attività di direzione e coordinamento di società»[111].

I problemi che pone la locuzione come sopra nterpretata sono:

1) *quid iuris* dell'attività di direzione da imputarsi alle persone fisiche?

2) *quid iuris* dell'imputabilità a enti che esercitino l'attività di direzione per fini non imprenditoriali, quali le fondazioni, gli enti pubblici e gli enti territoriali?

3) possono esistere diversi centri di imputazione in uno stesso gruppo, c.d. "controllo congiunto"?[112].

Il tema del controllo congiunto è controverso, in quanto, secondo la dottrina maggioritaria, esso rileverebbe soltanto nelle ipotesi legislative espressamente contemplate, come ad esempio in materia *antitrust* (art. 7, comma 1, l. 287/1990) o in materia di *opa di concerto* (art. 109, comma 1, d.lgs. 58/1998), considerato anche che le norme dettate in materia di direzione e coordinamento si riferiscono sempre a "la società o *l'*ente" [artt. 2497, comma 3, 2497-*bis*, comma 1, lett. *a)*, art. 2497-*sexies*; art. 2497-*septies*], mentre, ove viene impiegato il plurale, il riferimento è alla categoria dei soggetti controllanti[113].

Problema diverso è quello che si presenta nel caso di *sub-holding*: si tratta, in questo caso, di valutare se l'attività di direzione e coordinamento, in quanto unitaria, sia imputabile a più vertici o esclusivamente al vertice..

La risposta a tale quesito dipende, necessariamente, dalla risposta al prodromico interrogativo: se nel gruppo vi sia pluralità di imprese[114] o unità[115]. Chi, come visto, configura

---

[111] Montalenti, *Direzione* cit., 323, il quale dà atto che, però, il soggetto "chi" è rimasto nell'art. 2497-*quinquies*, in materia di finanziamenti infragruppo.

[112] Cfr. V. Cariello, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di* società, in *Rivista delle* società, 2007, 1 ss. Secondo Montalenti, *Direzione* cit., 324, il controllo è, di regola, "controllo solitario", come attesterebbero l'art. 2359, comma 1, n. 1, 2 e 3 e comma 3, l'art. 93, comma 1, lett. b), t.u.f., e l'art. 26, comma 2, lett. *b)*, d.lgs. 127/1991.

[113] *Ibidem*, 324, il quale, poi, precisa che la configurazione plurisoggettiva della direzione unitaria potrebbe configurarsi laddove *de facto* sia ravvisabile un'attività esercitata da più di una società e ove siano stati stipulati patti parasociali afferenti «l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante», così come legislativamente previsto dall'art. 122, comma 5, lett. b), d. lgs. 58/1998, e dall'art. 2341-*bis*, comma 1, lett. c) (p. 325).

[114] V. G. Oppo, *Impresa e Imprenditore. I) Diritto commerciale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, 13; B. Libonati, *Gli atti compiuti dalla società controllata a favore della società controllante*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, II, 220 ss.; G. Scognamiglio, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di imprese*, Torino, 1996, 50; F. Vella, *Le società Holding,* Milano, 1993, 140; P. Montalenti, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in Id., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, Padova, 1999, 82 ss.; Id., *Direzione* cit., 325.

la possibilità del controllo congiunto, infatti, tiene a rimarcare: «che, come il controllo congiunto da accordi parasociali, così anche l'attività congiunta di direzione e coordinamento resa possibile dalla stipulazione, in qualunque forma, e dall'osservanza di accordi parasociali non trasforma l'insieme di società che vi partecipano in un centro unitario di imputazione finale dell'attività, nel senso che il raggruppamento parasociale non risulta costituire un soggetto entificato cui imputare in via solitaria l'attività di direzione e coordinamento»[116].

### 4. *La fonte del potere di direzione e coordinamento di società*

Il legislatore della riforma ha, più o meno deliberatamente, scelto di non indicare la "fonte" del potere di direzione e coordinamento[117], limitandosi a prendere atto di un fenomeno definito stralegislativamente. La relazione di accompagnamento alla riforma del diritto societario (§ 13) afferma che: «non è indicato tassativamente ciò che dovrebbe essere a monte del fatto dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento, alla luce delle due considerazioni per cui, così come si è fino ad ora proceduto nella legislazione speciale, le definizioni di gruppo e controllo sarebbero sempre funzionali a problemi specifici, sicché non vi sarebbe stato bisogno di una disciplina di base». Tale norma, perciò, è volta a regolare le conseguenze scaturenti dalla dimensione fattuale dello svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento[118], pur cui, a ragione, può dirsi che si tratta anche di una disciplina *Rechtsformneutral*, che prescinde dal tipo societario assunto dall'impresa[119]. Si è, invero,

---

[115] È la tesi di Galgano, *Direzione* cit., 19 ss., il quale la fonda sulla condivisibile considerazione che, se per l'economia aziendale il gruppo «è un'impresa le cui unità economiche relative sono dotate di indipendenza giuridica» (citando Azzini, *I gruppi aziendali,* Milano, 1975, 26), la nozione giuridica deve sposarsi con quella economica, considerato anche «il sistema del diritto dell'impresa che il nostro codice ha voluto costruire secondo il metodo dell'economia». Nell'ambito aziendalistico anche Pepe, Holdings, *gruppi e bilanci consolidati*, Milano, 1968, 114; in ambito civilistico, anche Jaeger, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in *Atti del convegno di Venezia* cit., II, 1425 ss. In base a questa visione del gruppo, vi sarebbe una sostanziale corrispondenza tra oggetto sociale della holding e quello delle controllate.

[116] Così Cariello, *Dal controllo congiunto* cit., 51.

[117] Secondo Maccarone, Riforma della società cit., 65 ss., il legislatore della riforma ha commesso un errore nell'omettere di indicare la fonte del potere di direzione e coordinamento, dettando una normativa scarna e volta solo a porre limiti all'azione della capogruppo, senza identificare la fattispecie del gruppo di società e il concetto di interesse di gruppo.

[118] Così A. Valzer, *Il potere di direzione e coordinamento* cit., 834, il quale definisce questo campo fattuale «situato a valle di un'approssimazione di secondo grado, non essendo state previamente definite né la nozione di gruppo né quella di direzione e coordinamento».

[119] Tombari, *Riforma del diritto societario* cit., 67, evidenza come questa scelta costituisca un profilo di differenza «rispetto al modello legislativo tedesco, contenuto nel diritto azionario del 1965, il quale, come noto, prevede una disciplina specifica solo per le società per azioni ed in accomandita per azioni e lascia alla giurisprudenza teorica e pratica il compito di elaborare un *Konzernrecht* per la società a responsabilità limitata e per le società di persone». Questo aspetto è sottolineato anche dalla circolare Assonime n. 44/2006, *Direzione e coordinamento di società. Profili di organizzazione e responsabilità del fenomeno di gruppo*, in *Riv. delle società*, 2006, 1099. Secondo questa circolare, proprio dalla previsione di principi generali applicabili a qualsiasi società soggetta all'attività di direzione e coordinamento, quale che sia la forma organizzativa da essa assunta, discende l'importanza di ricostruire lo statuto organizzativo concreto delle singole società del gruppo.

affermato che «le direttive agli amministratori delle controllate sono l'esercizio di un potere di fatto e tuttavia la controllante è nella condizione di poterle impartire grazie alla forza persuasiva o, se del caso, dissuasiva che le è attribuita dalle facoltà inerenti al diritto reale sulle azioni»[120].

Si deve fare, allora, una premessa, sulla fonte dei gruppi di società.

Come è stato detto in tempi più remoti ma confermato dalla prassi anche odierna: «la formazione di un gruppo può dipendere: *a)* dalla stipula di un apposito contratto; *b)* dall'esistenza di rapporti di controllo; *c)* da particolare legami personali degli organi amministrativi. Naturalmente nulla impedisce che questi fatti si cumulino tra loro»[121].

## 5. *Il "gruppo di diritto"*

Il potere di direzione e coordinamento fondato su contratto è stato espressamente sancito dal diritto tedesco, primo e quasi unico esempio, di scelta c.d. dualistica, ossia tra gruppi di fatto e gruppi contrattuali. Nel gruppo contrattuale, le singole società sono pienamente e legittimamente asservite alle direttive della controllante, la quale può impartire ordini cogenti (*Weisungsrecht*) ma deve compensare, secondo determinate regole, gli interessi eventualmente sacrificati degli azionisti di minoranza e dei creditori della controllante[122].

Nel diritto tedesco, infatti, il c.d. *Beherrschungsvertäge* comporta la sottomissione in diritto di una società (per azioni) ad un'altra società, la quale acquista così il diritto di impartire alla prima direttive vincolanti anche in pregiudizio del suo isolato interesse sociale, purché siano funzionali ad un interesse di gruppo. Gli amministratori della controllata possono disattendere le istruzioni della controllante solo quando esse siano manifestamente non funzionali all'interesse della controllante, né di altra società del gruppo, mentre sono responsabili nel caso in cui disattendono direttive legittime, anche se pregiudizievoli per la singola società da loro gestita. In sostanza, essi «non costituiscono più un organo gestorio indipendente, bensì un organo subalterno (§ 308 *AktG*)»[123].

È ipotesi residuale se non pressoché inesistente nel nostro ordinamento, dal momento che il contratto di dominazione è stato per lungo tempo ritenuto nullo[124]. I contratti di volti ad

---

[120] Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 13.
[121] Abbadessa, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società* a cura di Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 105.
[122] Così d'Alessandro, *Dai battelli del Reno* cit., 52.
[123] Lutter, *Il gruppo di imprese* (Konzern) *nel diritto tedesco e nel futuro diritto europeo*, in *RIv. soc.*, 1974, 1 ss.; ma si veda anche Piras, *I gruppi di società nel diritto tedesco e brasiliano*, in *I gruppi di società* a cura di Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 250 ss.
[124] Abbadessa, *I gruppi di società nel diritto italiano* cit., 105, ora anche in Banca Borsa e Titoli di credito, 1999, I, 545; G. F. Campobasso, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari,* in *I*

instaurare un rapporto di gruppo, infatti, venivano tradizionalmente catalogati in due tipi: *a)* i contratti con cui una società si obbliga ad agire secondo le direttive impartite unilateralmente da un'altra società (capogruppo), tendenti alla creazione di un gruppo a struttura gerarchica; *b)* i contratti con cui una società si obbliga ad agire secondo direttive preventivamente concertate con altre società, tendenti alla costituzione di un gruppo a struttura paritaria; ed il primo tipo di contratti veniva considerato radicalmente nullo in virtù di due principi inderogabili dell'ordinamento italiano: «*a)* gli organi delle società non possono in alcun caso abdicare alla assoluta autonomia di giudizio che loro compete circa la condotta degli affari sociali; *b)* la società non può in alcun caso vincolarsi ad agire in difformità del suo interesse particolare»[125]. A sostegno di tale tesi, poi, era stata posta anche: *i)* l'assenza nel nostro ordinamento di una specifica disciplina a tutela dei soci di minoranza e dei creditori della controllata, presenti invece in Germania (§§ 291 ss. AktG)[126] ed in Portogallo (artt. 493 ss. *Codigo das sociedades comerciais*)[127] e *ii)* la mancanza di opponibilità ai terzi del contratto di dominazione, per cui un contratto di dominazione si sarebbe ridotto ad essere meramente interno, e perciò non vincolante per gli amministratori della società dominata, tenuti in ogni caso a rispondere nei confronti di detti terzi[128]. A tale tesi, però, veniva opposta quella

---

*gruppi di società*, atti del convegno internazionale di studi (Venezia, 16/17/18 novembre 1995), a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, II, Milano, 1996, 798 ss.; Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 190; Miola, *Le garanzie infragruppo*, Torino, 2002, 770 ss.; R. Santagata, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001, 13 ss.; Sbisà, *Società controllate e società collegate*, in *Contr. e impr.*, 1997, 342; G. Scognamigli, *autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società,* Torino, 1996, 114 ss. vi è anche chi auspicava un intervento legislativo che li rendesse leciti: G. Ferri, *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese. Esperienze e proposte*, Atti del convegno di Bellagio, 19/20 giugno 1981, Milano, 1982, 67 ss.; P. Spada, *L'alienazione del governo delle società per azioni (contributo alla costruzione di un modello conoscitivo)*, in *I gruppi di società, Atti del convegno* cit., 2189 ss.; C. Stolfi, *Le società multinazionali nel diritto comunitario*, Milano, 1984, 303 s.; Lamandini, Il «controllo». Nozioni e «tipo» nella legislazione economica, 172 ss.; Tonello, *Il contratto di dominio nei gruppi di società: e se ne ritentassimo l'esame di meritevolezza?*, in *Contr. e impr.*, 1995, 1078); Musso, *Licenze di proprietà industriale e clausole di dominazione: alcuni recenti sviluppi sul controllo «contrattuale»*, in *Contr. e impr.*, 1999, 351 ss.

[125] Abbadessa, *I gruppi di società* cit., 105.

[126] Le norme tedesche, infatti, prevedono la responsabilità esclusiva degli amministratori della società dominante per i danni cagionati alla società dominata con la violazione dei doveri di corretta gestione su di essi incombenti sia nei confronti della società dominata (§ 309.1 e 2), sia nei confronti dei creditori della società, ove questa non sia in grado si soddisfarli, sia in via surrogatoria nei confronti degli azionisti (§ 309.4).

[127] R. Santagata, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di P. Abbadessa e G. B. Portale, 3, Milano, 2007, 800, il quale, a p. 803, cita letteratura tedesca e portoghese sui gruppi di diritto. Egli segnala anche la recente opinione favorevole, avanzata nell'ordinamento spagnolo, sulla liceità dei contratti di dominazione quali valido strumento di trasparenza della politica di gruppo. Le norme tedesche, infatti, prevedono la responsabilità esclusiva degli amministratori della società dominante per i danni cagionati alla società dominata con la violazione dei doveri di corretta gestione su di essi incombenti sia nei confronti della società dominata (§ 309.1 e 2), sia nei confronti dei creditori della società, ove questa non sia in grado si soddisfarli, sia in via surrogatoria nei confronti degli azionisti (§ 309.4).

[128] V. Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., il quale, giustamente, afferma che: «va da sé che gli amministratori della società dominata, in quanto tenuti a rispondere di fronte a terzi del proprio operato, si riterrebbero, a ragione, legittimati a disattendere ogni superiore direttiva che possa implicare una loro personale responsabilità. Non c'è, insomma, compatibilità fra subordinazione e disciplina della responsabilità imposta agli amministratori di società di capitali. Il che finisce con il demolire dalle fondamenta, rispetto al nostro sistema, la figura del contratto di dominazione, basato com'è sul carattere vincolante delle direttive della dominante». Egli dà anche atto (pp. 190-191) della presentazione di un progetto di legge di iniziativa parlamentare, primo

secondo la quale il contratto di dominazione sarebbe stato ricompreso nei «particolari vincoli contrattuali» di cui all'art. 2359 c.c., comma 1, n. 3, in quanto la previsione ivi contenuta sarebbe analoga a quella di cui all'art. 26, comma 2, d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127 [129] (che definisce il controllo rilevante agli effetti dell'obbligo di redazione del bilancio consolidato), il quale espressamente si riferisce ai contratti di dominio, e quella di cui all'art. 93, comma 1, lett. *b)*, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (che detta una definizione di imprese controllate)[130]. Nessun cenno, però, vi era nell'art. 7 L. 10 ottobre 1990 n. 287 (c.d. legge antitrust) ad un criterio di collegamento internazionalprivatistico[131].

Secondo altra dottrina, per superare le obbiezioni tradizionalmente mosse alla tesi della validità dei contratti di dominazione, configurava questi ultimi validi nella loro ricostruzione per così dire debole[132].

A seguito dell'introduzione del nuovo art. 2497 *septies* c.c., il quale ha espressamente sancito l'applicabilità delle disposizioni sulla direzione e coordinamento di società alla società o all'ente che, fuori dalle ipotesi di cui all'art. 2497 *sexies*, esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti, parrebbe essere legittimo nel nostro ordinamento il *Beherrschungsvertrag*[133]: i contratti di dominazione sarebbero leciti ove siano specificati i criteri e le modalità di

---

firmatario l'on. Veltroni (in *Riv. soc.*, 2000, 91), recante delega per la riforma delle società di capitali, presentato alla Camera dei deputati nel febbraio 2000, volto all'introduzione nel nostro ordinamento del contratto di dominazione, con la conseguente distinzione, mutuata dall'ordinamento tedesco, tra "gruppi di fatto" e "gruppi di diritto" (art. 14). In tale progetto [art. 14, lett. *h)*], si proponeva di disciplinare «i gruppi di diritto», caratterizzati dalla responsabilità dell'impresa dominante e dei suoi amministratori verso i creditori sociali delle dominate qualora l'incapienza del patrimonio di queste sia stata cagionata dalle direttive impartite dall'impresa dominante. Del medesimo avviso, Irace, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli-Santoro, III, Torino, 2003, 349.

[129] Tale tesi è smentita dall'espressa intenzione del legislatore, che, in entrambe le ipotesi, precisa «quando la legge applicabile consenta tali contratti o clausole»; si veda, inoltre, l'art. 26 della Relazione al decreto legislativo di attuazione delle direttive n. 78/660/CEE e n. 83/349/CEE, nonché, in dottrina, Olivieri, *Il bilancio consolidato*, in *Trattato Colombo-Portale*, 7*, Torino, 1994, 687; Abbadessa, *Rapporto di dominio ed autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 1999, I, 545; Sbisà, in Frè-Sbisà, *Società per azioni*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, sub art. 2359, 476 ss.; T. Ballarino, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, 199 ss.

[130] Miola, *Le garanzie infragruppo*, sub art. 93 TUF, in *Testo Unico della Finanza*, a cura di G.F. Campobasso, II, Torino, 2002, 770 ss.

[131] V. Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 188, il quale richiama, per l'equivalenza tra l'art. 10 della legge antitrust e l'art. 2359, comma 1, n. 3, c.c., A. Spolidoro, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 484 ss., e per la non coincidenza M. Notari, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, Milano, 1996, 309 ss.

[132] Essi consistono nel collegamento tra società «il cui tratto comune, di là dalla diversa nomenclatura, risultava l'attribuzione alla controllante del potere di impartire istruzioni *vincolanti* agli amministratori della società dominata nel limite, però, del costante rispetto del suo interesse particolare oltre che di generici principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale», come definiti da R. Santagata, *Autonomia privata* cit., 801.

[133] Cfr. R. Santagata, *Autonomia privata* cit., 802, il quale richiama, a sostegno della tesi favorevole alla validità dei contratti di dominazione, tra gli altri, P. Spada, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla nuova società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 501. Jorio, *I gruppi*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina* a cura di Ambrosiani, Torino 2003, 197; Schiano di Pepe, Il diritto di recesso nei gruppi, in Società, 2003, 1206 ss. Nel medesimo senso anche Circolazione Assonime n. 48/2006 cit., 1102, secondo la quale «la subordinazione di un'impresa ad un'altra è dunque l'effetto giuridico tipico di un contratto o di una clausola statutaria, che ha specificamente per oggetto il rapporto di dominazione».

realizzazione delle eventuali operazioni di compensazione per i costi imposti dalla direzione unitaria[134].

In realtà, la *ratio* dell'art. 2497 *septies* è quella di fugare possibili dubbi sull'applicabilità della disciplina generale dell'attività di direzione e coordinamento di società al contratto di gruppo cooperativo paritetico[135]. Il controllo derivante da questi accordi (c.d. controllo interno) differisce da quello previsto dall'art. 2359 n. 3 c.c., secondo cui sono considerate società controllate «le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa» (c.d. controllo esterno). Se, infatti, i contratti di cui all'art. 2497 septies hanno ad oggetto l'esercizio di un'influenza dominante, rispetto a quelli di cui all'art. 2359 n. 3 l'influenza dominante è un effetto, come, ad es., nei contratti di agenzia, di commissione, di concessione, quando la revoca dell'incarico determinerebbe la perdita dell'avviamento del mandatario, di somministrazione in esclusiva, nelle licenze di brevetto, quando la struttura produttiva non è facilmente convertibile in altre attività[136].

Posto che la prassi ha dimostrato la sostanziale inutilità dei contratti di dominazione, in quanto mai applicati nell'ordinamento che ne ha legislativamente sancito la validità[137], conviene considerare il potere di direzione e coordinamento quale mero potere di fatto, derivante, come si è visto, dall'esercizio del diritto di proprietà[138].

---

[134] È la tesi sostenuta da Valzer, *Il potere di direzione* cit., 870 ss., in particolare 876, ove si contestano gli argomenti adotti da Santagata, *Autonomia privata* cit., 802, per ritenere che l'art. 2497 *septies* si riferisce al gruppo paritetico e, istituendo un collegamento tra le norme dettate in tema di direzione e coordinamento di società e l'art. 2545 *septies* c.c., nega l'ammissibilità di contratti di collegamento gerarchico.

[135] R. Santagata, *Autonomia privata* cit., 807. Secondo Dal Soglio, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, III, Padova, 2005, 2434 ss., l'art. 2497 *septies* contemplerebbe, oltre ai gruppi paritetici (artt. 2434 e 2443), anche i contratti di finanziamento intragruppo; i contratti «con cui le società in crisi vengono sottoposte al monitoraggio dei creditori forti, degli istituti bancari, mediante i quali si ha un'incidenza che può giungere sino alla nomina di uomini di fiducia nell'organo amministrativo» (art. 2437), come indicato da Niutta, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies c.c.; brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 999 ss.

[136] Circolare Assonime n. 22/2006 cit., 1102. A. Valzer, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Trattato Colombo-Portale*, p., fa l'esempio anche dei contratti di agenzia, di somministrazione di merci in esclusiva, di licenza di brevetto, di *know how*, di ristrutturazione dei crediti bancari, ossia di tutti quei contratti «in cui le prestazioni previste siano *essenziali* per una delle imprese che li ha stipulati», richiamando l'affermazione di Miola, in *Testo Unico della Finanza* a cura di G.F. Campobasso, II, Torino, 2002, 771 e, per ulteriori rinvii, Lamandini, *Il controllo. Nozione e tipo nella legislazione economica*, Milano, 1995, 153 ss. Sempre secondo Valzer, questi contratti possono comportare «un controllo *sull'impresa* qualitativamente difforme dal controllo organico *sulla società* che si verifica nelle ipotesi di cui all'art. 2359, comma 1°, nn. 1 e 2». *Ivi* anche un'esaustiva disamina sulla "fattualità" e sulla "contrattualità" del gruppo.

[137] Come attestato da Lutter u. Zöllner, *Das Recht der verbundenen Unternehmen in Deutschland*, in *I gruppi di società, Atti* cit., 220 ss.; d'Alessandro, *Dai battelli del Reno* cit., 52, il quale, eloquentemente, afferma «la prova offerta dal sistema tedesco nei quattro lustri abbondanti della sua applicazione, è del tutto fallimentare. Nonostante la creazione dei gruppi contrattuali fosse incentivata, almeno in origine, anche fiscalmente, il ricorso a questo tipo di struttura organizzativa è risultato praticamente nullo».

[138] «Secondo la teoria dei diritti di proprietà, in presenza di una contrattazione incompleta, i diritti di proprietà (il diritto a controllare un'impresa e il diritto di appropriarsi del reddito residuale da essa prodotto) devono essere allocati seguendo una logica di tipo *contingency* finalizzata a minimizzare i costi di transazione che l'impresa sostiene nella gestione della relazione con i propri *stakeholders*». La proprietà si identifica, in questo contesto,

Tale impostazione è conforme anche ai risultati dell'analisi economica del diritto, in base ai quali la formalizzazione del dominio contrattuale è molto più onerosa del controllo di fatto, ugualmente se non maggiormente idoneo ad assicurare il coordinamento della gestione delle società del gruppo[139]. Le teorie aziendalistiche, infatti, dimostrerebbero che i vantaggi dell'integrazione sarebbero massimizzati là dove si adottino strategie amministrative di mero coordinamento, rispettose dell'autonomia delle singole imprese del gruppo[140].

### 6. *Problemi a cui dare risposta*

Questi sono i problemi, messi in luce da una dottrina[141], a cui occorre dare una risposta:

*i)* se la responsabilità sia di tipo contrattuale - per violazione di obblighi di legge - o extracontrattuale;

*ii)* se, in ogni caso, si tratti di responsabilità di tipo oggettivo o ancorata al criterio di imputazione della colpa;

*iii)* se l'agire per un interesse non imprenditoriale, ancorché legittimo, ad esempio istituzionale o associativo, escluda l'applicabilità delle nuove regole;

*iv)* quali siano i soggetti di imputazione della responsabilità da abuso di direzione unitaria;

---

con il possesso dei diritti residuali di controllo, cioè con il diritto di determinare l'utilizzo delle risorse in contigenze che non siano specificatamente nel contratto intercorrente o tra i soci o tra la società e i vari detentori di interessi (*stakeholders* per l'appunto). Colui che è proprietario della risorsa, infatti, è incentivato a perseguire il proprio interesse, mentre colui che utilizza le risorse altrui sarà soggetto al perseguimento dell'interesse del loro proprietario. Per tale motivo, «le scelte di integrazione verticale, o, più in generale, di definizione dei confini dell'impresa, determinano un cambiamento nella proprietà delle risorse e una nuova suddivisione dei costi e dei benefici per i soggetti coinvolti nella transazione L'impresa acquirente entra in possesso del diritto residuale di controllo sulle risorse produttive e del diritto a ricevere il valore creato attraverso il loro utilizzo, mentre l'impresa acquisita perde entrambi questi diritti e, con essi, l'influenza che precedentemente esercitava sulle risorse cedute. Il cambiamento di proprietà modifica gli incentivi a compiere investimenti specifici: l'incentivo dell'impresa acquirente aumenta e quello dell'impresa acquisita diminuisce. Si deduce che, ai fini della massimizzazione dell'efficienza complessiva, la persona o l'azienda che compie il più importante investimento specifico (e non contrattabile) a una risorsa dovrebbe possedere tale risorsa»: A. Zattoni, *Corporate governance* cit., 161 e 165 ss. Egli, poi, conclude affermando che: «in sintesi, la teoria dei diritti di proprietà sostiene che i confini dell'impresa sono determinati dai diritti residuali di controllo, l'autorità del datore di lavoro trae origine dal controllo sulle risorse fisiche impiegate nel processo produttivo e le scelte di integrazione verticale modificano gli incentivi dei proprietari ma non quelli dei prestatori di lavoro» (p. 167). Sugli effetti positivi nel tessuto italiano del gruppo come forma organizzativa dell'impresa, si v. U. Tombari, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 61 ss., in particolare 64, ove vari riferimenti alla diffusione e significato del gruppo di imprese nella realtà economica italiana.

[139] Cerrai e Mazzoni, *La tutela del socio e delle minoranze*, in *Riv. soc.*, 1993, 13. Inoltre, R. Santagata (*Autonomia privata* cit., 804) avverte «che l'analisi economica del diritto attesterebbe la sostanziale sterilità dei raffinati tentativi di ricavare, nel nostro ordinamento societario, eventuali "spazi" di liceità per la formalizzazione del dominio contrattuale: ciò in quanto il correlativo obbligo di indennizzo della controllante nei confronti degli azionisti esterni e dei creditori della controllata comporterebbe costi ben superiori i benefici offerti dalla formula organizzativa sottesa ai contratti di dominio e perciò tali da renderla decisamente poco attrattiva».

[140] Abbadessa, *I gruppi di società nello «Statuto dell'impresa»,* in *Lo statuto dell'impresa*, Atti del convegno, Milano, 1986, 185.

[141] Montalenti, *Il conflitto d'interessi nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 245.

*v)* se la questione della holding persona fisica possa ancora configurarsi alla luce delle nuove regole;

*vi)* che cosa debba intendersi per principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria;

*vii)* se l'attività di direzione e coordinamento rilevi come mero fatto;

*viii)* se i pregiudizi alla redditività e al valore della partecipazione debbano configurarsi congiuntamente oppure se sia invece sufficiente il verificarsi di uno di essi;

*ix)* che cosa debba intendersi per ritrazione consapevole del beneficio;

*x)* se il beneficio debba essere diretto o rilevi ancorché indiretto;

*xi)* se l'azione sia subordinata ad un *beneficium excussionis* in senso tecnico;

*xii)* quale sia il titolo in base al quale la società sottoposta può o deve risarcire il danno;

*xiii)* se la mancanza di danno «alla luce del risultato complessivo» (art. 2497, comma 1, c.c.) debba intendersi come valutazione economicistico-ragionieristica *ex post*, con la conseguenza di rendere la norma inapplicabile, oppure come valutazione equitativa ex ante in termini di ragionevole prevedibilità, analoga a quella prevista in sede penalistica (art. 2634 c.c.);

*xiv)* quale sia il grado di analiticità da rispettare nell'assolvere agli obblighi informativi; in particolare come possa essere valutato l'effetto della direzione unitaria non tanto sull'esercizio dell'impresa, quanto sui risultati (art. 2497 bis, comma 5, c.c.);

*xv)* come si coordini la disciplina in esame con la disciplina del conflitto di interessi (art. 2391 c.c.), in particolare con riferimento all'obbligo di astensione dell'operazione dell'amministratore delegato.

## LA RESPONSABILITA' EX ART. 2947 COD.CIV.

SOMMARIO: 1. Le clausole generali. - 2. Le società o gli enti" che esercitano l'attività di direzione e coordinamento. – 3. L'interesse imprenditoriale proprio o altrui. – 4. La corretta gestione societaria e imprenditoriale. - 5. La responsabilità nei confronti dei soci. - 6. (Segue) La responsabilità nei confronti dei creditori sociali. - 7. Il risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, e l'integrale eliminazione del danno. - 8. L'onere della prova. - 9. La responsabilità solidale di chi abbia preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio. - 9.1 La responsabilità degli amministratori e componenti gli organi di vigilanza della capogruppo. - 9.2 La responsabilità solidale degli amministratori e componenti gli organi di vigilanza della società sottoposta ad attività di direzione e coordinamento. - 9.3 La responsabilità dei soci di controllo. - 9.4 La responsabilità delle c.d. "società sorelle". - 10. L'azione di responsabilità della società abusata verso la controllante. - 11. La legittimazione attiva del curatore o del commissario liquidatore o del commissario straordinario.

### 1. *Le clausole generali*

L'art. 2497 cod. civ. prevede che: «Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.

Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.

Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario».

La responsabilità da direzione e coordinamento, quindi, come notato, si fonda su clausole generali: "attività di direzione e coordinamento"; "interesse imprenditoriale proprio o altrui" "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale"; "redditività e valore della

partecipazione"; "risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento"[142]. Secondo alcuni, l'affidamento da parte del legislatore a clausole generali, che per molti versi appaiono "vaghe e incerte", rischierebbe di pregiudicare i soggetti a protezione dei quali è stata emanata la normativa in tema di responsabilità da attività di direzione e coordinamento, in quanto lo strumento risarcitorio, per essere efficiente, deve essere ancorato a regole certe che presiedono l'identificazione di condotte sanzionabili in via risarcitoria[143].

## 2. *Le società o gli enti" che esercitano l'attività di direzione e coordinamento*

Tutte le disposizioni del capo IX si riferiscono a «*società o enti, che esercitando attività di direzione e coordinamento di società*» (come si è visto, il legislatore ha avuto timore a utilizzare il termine "gruppo"), pare dunque che sia preclusa l'imputazione della attività di direzione e coordinamento a persone fisiche, a differenza di quanto era sancito nei lavori della commissione presentati al Parlamento ("chi esercitando attività di direzione e coordinamento").

Sarebbe, quindi, esclusa dall'esercizio di questa attività la "*holding* persona fisica"[144], ossia la persona fisica che abbia costituito una specifica organizzazione attraverso la quale svolgere

---

[142] A cui devono essere aggiunte, come affermato da V. Cariello, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in Riv. dir. civ., 2003, II, 334: "soggezione all'altrui attività di direzione e coordinamento", art. 2497 bis, comma 1, c.c.; "analiticamente motivate e con puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulle decisioni", art. 2497 ter, "attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento" (art. 2497 quater, comma 1, lett. a); "alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento". L'Autore cita, poi, un passo di A. Cerrai, che merita di essere di seguito trascritto: «mi sembra … il caso di precisare che la questione della responsabilità civile della società dominante e dei suoi amministratori…non può essere affidata alla sensibilità giuridica talora troppo colta ed aperta, talora troppo formale e tradizionalista, dei giudici.. In una materia così delicata è, infatti, più che altrove pericolosa la formazione di repubbliche giudiziarie, che minano irrimediabilmente la certezza del diritto in un terreno ove la certezza è non solo importante, ma addirittura irrinunciabile» [*Il controllo della formazione dei gruppi, (Principi desumibili dall'esperienza giuridica tedesca per la lettura di alcune disposizioni del diritto societario italiano funzionale ad un controllo della formazione dei gruppi di società)*, in *I gruppi di società.* Atti del Convegno internazionale di studi Venezia 16-17-18 novembre 1995, II, Milano, 1996, 958].

[143] Esprimono la loro perplessità anche Bassi, *La disciplina dei gruppi*, in Bassi-Buonocore-Pescatore, *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003, 202 e 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, 717. Cariello, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1241, poi ricorda l'invito del legislatore comunitario del FORUM EUROPAEUM SUL DIRITTO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ, *Un diritto dei gruppi di società per l'Europa*, in *Riv. soc.*, 2001, 350 ss., «a far uscire dalla zona grigia – se non proprio del proibito – della mera tolleranza, pure disciplinando in modo dettagliato la responsabilità delle persone investite delle cariche nel gruppo e il comportamento all'interno del gruppo stesso».

[144] Si v. S. Giovanni, *La* holding *persona fisica e l'abuso della personalità giuridica*, in *Giur. comm.*, nota a Cass. 9 agosto 2002, n. 12113, 2004, II, 15 ss., secondo la quale, per potersi parlare di *holding* personale, occorrerebbe poter attribuire in via principale ad una persona fisica (socia di maggioranza di diverse società) la responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento contemplate all'art. 2497, comma 1, e non semplicemente una responsabilità che promana da essa, quale appunto quella stabilita dal secondo comma.

la propria attività di direzione del gruppo[145], o il c.d. "socio tiranno", cioè colui che, di fatto, amministra la società - e il suo patrimonio - come cosa propria[146]; ciò quando, però, già in sede giurisprudenziale, si era affermata la responsabilità di tali soggetti, in particolare nel campo delle procedure concorsuali. Giustamente si è detto che così si otterrebbe di «applicare lo strumento più incisivo della riforma ad ipotesi quasi marginali ed ancor più incisivamente che sarebbe come acquistare un'arma per impellenti esigenze di difesa personale e poi caricarla a salve»[147].

A questo punto è necessario chiedersi se sia ammissibile ora nel nostro ordinamento una situazione in cui un soggetto, che gestisce un'impresa individuale, possa godere della limitazione di responsabilità.

Il codice del 1942 fece una scelta di politica legislativa, quella di non ammettere la responsabilità limitata per un'impresa individuale, come si desumeva dagli artt. 2362 e 2497 c.c. Con la riforma del diritto societario questi articoli sono stati modificati e si è riconosciuto «al socio unico la facoltà di organizzare e dirigere l'impresa attraverso una pluralità di centri di imputazione distinti senza perdere per questo il beneficio della responsabilità»[148]. Tuttavia non è possibile ammettere l'irresponsabilità della *holding* persona fisica, perché si giungerebbe all'assurdo che la responsabilità verrebbe imputata alla società e ai suoi amministratori e non al soggetto che ha veramente esercitato l'attività di direzione e coordinamento in modo illecito. Allo scopo di rendere responsabile anche la *holding* persona fisica, può applicarsi ad essa il disposto dell'art. 2497, II comma, dal momento che questa ipotesi rientra nella fattispecie di «chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nel limite del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio». Ciò al fine di soddisfare «l'esigenza che, a fronte delle scelte giuspenalistiche compiute con il D.lgs. 11 aprile del 2002, n. 61, in sede civilistica venga, per quanto possibile, evitato (o quantomeno contenuto) l'abbassamento di tutela»[149]; ma anche quella di rispettare un principio di diritto dell'impresa, per cui, se nel diritto societario la responsabilità è legata alla carica di amministratore, qui essa è legata all'effettivo esercizio di un potere, secondo il binomio "potere di amministrazione- responsabilità illimitata". Per cui, «quando in posizione di controllo rispetto ad una o più società si trovi una presonsa fisica si pone il problema di accertare se questa sia null'altro che un azionista che gestisca il proprio portafoglio azionario

---

[145] Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. Comm.*, 1991, II, 366.
[146] App. Catania, 18 gennaio 1997, in *Dir. fall.*,1997, II, 1004 ss.
[147] A. Niutta, *La novella del codica civile in materia societaria: luci ed ombre nella nuova disciplina sui gruppi di società,* in *Riv. dir. comm.*, 2003, 390.
[148] Niutta, *La novella del codica civile* cit., 390. Dello stesso avviso, Giovannini, *La responsabilità della* holding cit., 15, ove ulteriori richiami di dottrina e giurisprudenza.
[149] R. Sacchi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, 661-2/I.

oppure un soggetto che svolge, per il tramite del controllo azionario, la vera e propria funzione imprenditoriale di direzione e coordinamento del gruppo. L'azione che si voglia esperire nei confronti di una persona fisica *holding* sarà un'azione di diritto comune, basata sull'art. 2043»[150].

Per quanto riguarda le società o gli enti di cui all'*incipit* dell'art. 2497, per enti si intendono sicuramente gli "enti personificati", ossia società di persone giuridiche, fondazioni, associazioni ed enti pubblici. Sorge la questione se tra le società e gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento siano ricomprese anche le società prive di personalità giuridica[151].

Comunque, essi vanno individuati in base al disposto dell'art. 2497-*sexies*, che stabilisce: «Ai fini di quanto previsto nel presente capo, si presume salvo prova contraria che l'attività da direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque la controlla ai sensi dell'art. 2359».

Si presume, quindi, che esercitino l'attività suddetta: 1) le società tenute a redigere il bilancio consolidato (si tratta di consolidamento obbligatorio); 2) quelle che esercitano su altre società il c.d. controllo esterno, ex art. 2359 n. 3, poiché le fattispecie di cui ai nn. 1 e 2 dell'art. 2359 c.c. sono già incluse nel consolidamento.

Entrambe le presunzioni predette pongono dei problemi: quella di cui al numero 1) pone taluni interrogativi nel caso di duplicazione dei soggetti cui potrebbe imputarsi l'attività di direzione e coordinamento[152] e quella di cui al numero 2), rinviando a una nozione di controllo, la quale si è detto essere a "geometria variabile" o a carattere relativo, condurrebbe a una sorta di "presunzione di secondo grado"[153], che invece di alleviare il compito di accertare chi eserciti l' attività di direzione e coordinamento, potrebbe aggravarlo.

Queste presunzioni rispondono ad un principio di efficienza dell'onere della prova: il legislatore ha ritenuto fosse preferibile addossare alla controllante l'onere di disinnescare le presunzioni a suo carico in considerazione del fatto che essa è in condizione di ribattere alle allegazioni dell'attore con minore difficoltà di quanta ne incontrerebbe quest'ultimo nel

---

[150] F. Galgano, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. e impr.*, 2002, 1015. Cfr. L. Enriques, *gruppi di società e gruppi d'interesse*, in *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private,* in *Quaderni di giur. comm.,* n. 246, Milano, 2003, 250 ss., il quale ritiene che sia resposnaible anche l' «azionista al vertice del gruppo che si sia attivato nella gestione del medesimo pur senza ricoprire cariche sociali e al limite anche il non azionista che tuttavia, in virtù ad esempio di rapporti familiari, sia in grado di influenzare in modo decisivo la gestione del gruppo». In tal senso, anche G. Guizzi, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in Aa.Vv., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, 255-256.

[151] A favore dell'inclusione, Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., *passim*.

[152] Cfr. Figà-Talamanca-Genovese, *Riforma del diritto societario e gruppi di società (parere pro veritate*), reperibile su internet, all'indirizzo di www.uniroma2.it, 4.

[153] Niutta, *La novella del codica civile* cit., 365.

dimostrare la sussistenza di un'attività di direzione e coordinamento, che rimane vicenda interna al gruppo[154].

In ogni caso, tali presunzioni sono *iuris tantum*, ossia superabili con la prova contraria, come, per esempio, nel caso in cui la società che redige il bilancio consolidato sia a sua volta inclusa nel consolidato della controllante[155].

Inoltre, la disposizione in esame muove da valutazioni di fatto, ma è necessario accertare in concreto se tali enti o società abbiano svolto la detta attività in maniera illegittima, ed dunque necessario considerare la conformazione data in concreto al gruppo[156].

Le situazioni che non rientrano nelle suddette presunzioni, come nel caso di controllo congiunto o di clausole statutarie che consentano di fatto l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, che pur rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina di cui al capo IX, dovranno essere provate da chi agisce.

Sull'onere della prova, comunque, si vedrà più approfonditamente *infra.*

### 3. *L'interesse imprenditoriale proprio o altrui*

Illegittimo sembrerebbe essere solo l'agire nell'interesse *imprenditoriale*[157] e non di altra natura, indipendentemente se proprio o altrui[158]. Problema spinoso, invero, è quello della responsabilità dell'ente pubblico per attività di direzione e coordinamento[159].

---

[154] Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 620.

[155] Figà-Talamanca-Genovese, *Riforma del diritto* cit., 5.

[156] A tale proposito: «Potenzialmente molteplici e non unico, gli statuti organizzativi del gruppo da controllo codicistico da influenza dominante. Molteplicità generate , per es., dalla circostanza che a) la società che dirige e coordina e/o quella diretta e coordinata siano contrassegnate da sistemi di amministrazione e controllo tradizionali, dualistico o monastico; b) la società che dirige e coordina e/o quella diretta e coordinata siano una s.p.a., una s.a.p.a., una s.r.l.; c) la società che dirige e coordina e/o quella diretta e coordinata siano una società chiusa, una società con azioni quotate in mercati regolamentati ovvero diffuse tra il pubblico in maniera rilevante», V. Cariello, *Direzione e coordinamento*, in Aa.Vv., *Società di capitali*, Commentario a cura di Piccolini e Stagno d'Alcontres, vol. III, artt. 2449-2510, Napoli, 2004, 1857.

[157] Per una definizione di interesse di impresa: D. Preite, *Abuso di maggioranza e conflitto d'interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1998,III **, 3 ss.; G. Cottino, *Contrattualismo e istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, in *Riv. soc*., 2005, 693 ss.; P.G. Jaeger, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, *Giur. comm.*, 2003, I, 812. Sul "neoistituzionalismo" P. Montalenti, *Il conflitto d'interessi nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 245; Id., *Amministrazione, controllo, minoranze nella legge sul risparmio*, in *Riv. soc.*, 2006, 992 ss.; G. Oppo, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in Aa.Vv., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 7 ss.; L. Rovelli, *Autonomia statutaria, contrattualizzazione e ruolo delle clausole generali*, in *Principi civilisti della riforma del diritto societario*, a cura di V. Afferni e G. Visintini, Milano, 2005, 29 ss.; G.B. Portale, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2003, 261. Fermamente contrario ad esso, nonostante il frequente richiamo alle ragioni dell'impresa nell'attuale riforma, F. d'Alessandro, *"La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata*". *Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc*., 2003, 41.

[158] Cariello, *Primi appunti* cit., 336, suggeriva, in merito, un'interpretazione adeguatrice della norma, in modo da renderla applicabile all'agire nell'interesse proprio o altrui di qualunque natura. L'A., però, muta avviso nel successivo saggio *Direzione e coordinamento* cit., 1242, sulla base di un doppio ordine di argomenti: *i)* l'agire

Quanto al riferimento all'altruità dell'interesse, essi si giustifica agevolmente con la considerazione che l'interesse della società controllata può essere perseguito anche in via mediata, con la realizzazione di un interesse di gruppo. In tal senso, si è espressa la *Relazione* di accompagnamento al d.lgs. n. 6/2003, «Per dare corretta impostazione e soluzione a questi problemi di responsabilità occorreva porre alla base della disciplina […] la circostanza che l'azione fosse comunque riconducibile al perseguimento di un interesse imprenditoriale proprio o altrui sebbene svolto in violazione dei corretti principi di gestione societaria». Con questa clausola si riconosce l'esistenza di un interesse di gruppo, al quale devono ispirarsi sia gli amministratori della *holding* sia gli amministratori delle altre società appartenenti al gruppo[160]. Gli interessi il perseguimento dei quali rileva ai fini dell'esclusione della responsabilità da attività di direzione e coordinamento sono: del gruppo, delle singole società che ne fanno parte e degli azionisti di minoranza. Sono assenti gli interessi dei creditori sociali e quelli della capogruppo[161].

### 4. *La corretta gestione societaria e imprenditoriale*

Il primo, ed immediato, interrogativo che suscita il principio della corretta gestione societaria e imprenditoriale, la cui violazione comporta, a norma dell'art. 2497 cod. civ. la responsabilità nei confronti dei soci e dei creditori sociali della società è se quest'ultima nasca da una gestione non corretta sia *societaria* sia *imprenditoriale*, attesa la congiunzione "e". La soluzione positiva a questo interrogativo comporterebbe il paradosso, o comunque all'ingiusto risultato, che laddove via sia una violazione dei principi di corretta gestione societaria ma non imprenditoriale e viceversa, essa non sia sanzionabile[162]. Ci si è chiesti, allora, se i due aggettivi abbiano una valenza sinonimica, come potrebbe essere confermato da un passo della

---

per un interesse di natura imprenditoriale configurerebbe una forma di abuso più grave di quella sanzionata dall'art. 2497 c.c., la quale, perciò, preluderebbe all'applicazione di un rimediò più severo di quello della responsabilità risarcitoria; *ii)* il meccanismo compensativo configurato dall'art. 2497, comma 1, c.c. richiederebbe la sussistenza di un interesse imprenditoriale. Si v. anche Angelici, *La riforma delle società di capitali*, II ed., Padova, 2006, 197; V. Pinto, *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, in *Il nuovo diretto societario, Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2007, 936. Dubitativi, P.G. Jaeger, F. Denozza e A. Toffoletto, *Appunti di diritto commerciale*, VI ed., Milano, 2006, 298, per i quali la disposizione sarebbe inapplicabile, con sicurezza, solo nella parte relativa ai vantaggi compensativi.

[159] Si v., per tutti, Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 104 e A. Caprara, *Attività di direzione e coordinamento di società: la responsabilità dell'ente pubblico*, in *Le società*, 5, 2008, 557 ss.

[160] Così N. Abriani, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *giur. comm.,* 2002, 216 ss.

[161] Cfr. Abriani, *Gruppi di società* cit., 619, secondo il quale l'omesso richiamo agli interessi della capogruppo «sembra indicare che nel nuovo quadro normativo, ancor più nitidamente di quanto non si riconosca nel sistema attuale, l'interesse di gruppo non può farsi coincidere con l'interesse della *holding* e, tanto meno, dei suoi azionisti di comando».

[162] In tal senso, Cariello, *Direzione e coordinamento* cit., 1243.

*Relazione* di accompagnamento al d.lgs. n. 6/03, il quale fa riferimento ai "corretti principi di gestione societaria". La locuzione utilizzata dal legislatore ha, quindi, creato seri dubbi interpretativi, tuttora irrisolti[163].

L'ulteriore interrogativo sollevato dalla norma è quello: se la locuzione "principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria" rappresenti qualcosa di diverso dal tradizionale presupposto della responsabilità da negligente gestione; e se, conseguentemente, l'interprete abbia a che fare oggi con una responsabilità da scorretta gestione che sia qualitativamente diversa dalla negligente gestione[164]. I principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, invero, non troverebbero giustificazione perché il sistema conoscerebbe altri paradigmi, quali la diligenza professionale e la corretta amministrazione[165]. La risposta a questa domanda prelude a quella alla fondamentale questione della natura della responsabilità, in merito alla quale si dirà *infra.*

L'esegesi della norma, in ogni caso, dimostra la razionalità della scelta di contemperare entrambi i profili, societario ed imprenditoriale, giacché lo scopo perseguito dalla società inserita in un gruppo non è più solo quello di conseguire il proprio lucro in via immediata e diretta, quanto quello di perseguire l'interesse di gruppo[166], in quanto compatibile con quello della società stessa. In altri termini, dal momento che, quando la società è parte di un gruppo, analogamente a quanto avviene nelle congregazioni umane (ma anche animali), l'individuo, la persona, sia essa fisica o giuridica, trasforma le modalità con cui perseguire il proprio interesse egoistico, magari concedendo ad altri membri del gruppo vantaggi, dal ché egli ottiene la soddisfazione di un proprio interesse in via mediata e diretta, così anche i principi della società si tramutano quando essa fa parte di una "famiglia" (non a caso le altre società vengono chiamate "madre" e "sorelle"). Insomma, si è preso atto del fatto che «l'utensileria tradizionale del diritto societario "comune" o "atomico"» non «è in grado di fornire risposta adeguata anche ai corrispondenti problemi che si pongono sul piano di gruppo o molecolare»[167]. Il diritto, perciò, è ricorso, giustamente, anche ai principi imprenditoriali,

---

[163] Si v. l'*Audizione di Assonime*, in *Riv. soc.*, 2002, 1596, nella quale è espressa la preoccupazione che la formula generale dei principi di corretta gestione avrebbe potuto tradursi in un ampliamento ingiustificato delle ipotesi di responsabilità. Dello stesso avviso, l'ABI (*Audizione ABI*, in *Riv. soc.*, 2002, 1613) e il *Parere dei componenti del Collegio dei docenti* cit., 1507.

[164] M. Rescigno, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 334.

[165] P. Montalenti, *Osservazioni alla bozza di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1550.

[166] Come riconosciuto anche dalla Corte di Cassazione, 5 dicembre 1998, la quale aveva affermato la legittimità dell'interesse di gruppo «inteso come perseguimento di scopi comuni, anche trascendenti dagli obbiettivi delle singole società appartenenti all'aggregazione» e che «la società, per il fatto di essere inserita in un'aggregazione più vasta creata per esigenze obbiettive di coordinamento e di razionalizzazione dell'attività imprenditrice, viene non di rado a conseguire dei vantaggi che la compensano dei pregiudizi eventualmente subiti per effetto di altra operazione».

[167] Di ciò ne dava atto d'Alessandro, *Il diritto delle società* cit., 50, già vent'anni fa.

poiché essi possono costituire un utile "utensile" alla valutazione della correttezza di scelte gestionali, assunte in una logica, non della società monade, bensì di gruppo. «Naturale, quindi, che i canoni di misurazione della correttezza della gestione societaria e imprenditoriale di una società diretta e coordinata non possano prescindere dal suo *status* di società raggruppata»[168].

Anche il dato letterale di cui all'art. 2497 c.c., perciò, dovrebbe condurre a ritenere ormai legislativamente riconosciuta la sussistenza di un interesse di gruppo, come prospettato da Galgano[169]. Se l'interesse di gruppo differisce da quello sociale, si pone, allora, l'ulteriore problema di stabilire in che rapporto si trova questo interesse rispetto a quello dei soci e degli amministratori. È stato, infatti, chiarito che, mentre per i soci l'interesse sociale è un obiettivo alla cui definizione essi contribuiscono nell'esercizio della discrezionalità che loro compete nella formazione della volontà assembleare, per gli amministratori esso rappresenta un interesse estraneo al cui perseguimento sono tenuti in forza del particolare rapporto che intercorre fra essi e la società[170]. Per cui, per questi ultimi l'interesse sociale è un dato esterno e in qualche misura oggettivo, che si pone quale premessa dell'esercizio del loro potere deliberativo, per i soci, invece, non esiste un interesse sociale predefinito e logicamente presupposto alla deliberazione, esso, «in una prospettiva rigorosamente contrattualistica, rappresenta l'esito dell'esercizio del potere deliberativo e non la sua premessa»[171]. Rispetto a i soci di una società controllata, invece, l'interesse non è l'esito dell'esercizio del loro potere deliberativo ma è precostituito rispetto alla formazione della volontà della società controllata. Il paradosso è, perciò, che anche per i soci esterni l'interesse sociale è un dato oggettivo ed estraneo, poiché esso si trova ad essere inciso da un fatto, l'attività di direzione e coordinamento, che trascende la formazione della volontà assembleare della società diretta per imporre *ipso facto* a quest'ultima il perseguimento di un interesse di gruppo che, come visto, è altro e ulteriore rispetto ai singoli interessi sociali che lo compongono e di cui non costituisce la mera somma algebrica.

In ultimo, con la locuzione "corretta gestione imprenditoriale e societaria" ci si riferisce sia alla gestione degli amministratori secondo i principi elaborati dalla comune diritto societario, sia il malgoverno del gruppo ad opera della stessa assemblea della *holding*, «i cui deliberati nelle materie di sua competenza - operazioni sul capitale, fusioni, scissioni - possono provocare ingiustificati squilibri fra le diverse società del gruppo»[172].

---

[168] Cariello, *Direzione e coordinamento* cit., 1247.
[169] *Direzione* cit., 28.
[170] P. G. Jaeger, *L'interesse* sociale, Milano, 1963, *passim.*
[171] Abriani, *Gruppi di società* cit., 621.
[172] Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 93.

### 5. *La responsabilità nei confronti dei soci*

Con l'espressione sono "direttamente responsabili", di cui all'art. 2497 c.c., s'intende che l'azione di responsabilità non deve "passare" per gli organi sociali.

Essa non è pertanto un'azione surrogatoria, come invece prevede il diritto tedesco per il combinato disposto dei §§ 309, che abilita i soci all'esercizio dell'azione surrogatoria, e 327, che prevede la responsabilità dell'impresa dominante anche nei confronti degli azionisti, per esempio nel caso in cui il risarcimento del danno subito dalla società non valga a risarcire quello sofferto dai soci, come nel caso in cui avessero venduto al di sotto del loro valore le proprie azioni[173].

L'azione stessa, poi, non è "derivata" da quella sociale - nel senso delle *derivative actions* anglosassoni, che, a determinate condizioni, attribuiscono al singolo socio la legittimazione ad agire contro la capogruppo e, addirittura, alle società sorella (*double derivative action*)[174]-, ipotesi, questa nella quale l'azione diverrebbe esperibile solo nel momento in cui non fosse stata esercitata quest'ultima.

Inoltre il risultato utile connesso al vittorioso esito dell'azione viene attribuito all'attore piuttosto che alla società e ciò dà luogo a dubbi, che verranno esaminati tra breve, giacché è necessario *in primis* definire quali sono gli interessi tutelati dall'azione di responsabilità in esame.

L'art. 2497, poi, tutela, quali diritti del socio di minoranza della società controllata: a) *il diritto agli utili*, cioè alla rimunerazione dell'investimento da lui realizzato mediante l'acquisto della partecipazione sociale; b) *il diritto al valore della partecipazione*, cioè «il diritto del socio al mantenimento del valore di scambio della sua partecipazione, la sua legittima aspettativa a realizzare, ove decida di venderla, un adeguato controvalore in danaro»[175].

L'art. 2497 c.c. fa riferimento, infatti, alla «redditività e valore della partecipazione sociale», espressione che è ha sostituito quella di «diritto all'utile e alla valorizzazione della partecipazione sociale», presente nel testo dello Schema governativo[176]. Il mutamento terminologico è dovuto al fatto che, in passato, si era lungamente discusso se esistesse un "diritto agli utili" o vi fosse una semplice aspettativa ai medesimi. Si è, perciò, ritenuto

---

[173] Galgano, *I Gruppi* cit., 141.

[174] Tabelloni, *L'azione individuale del socio a tutela dell'interesse sociale secondo il diritto statunitense*, in *Contratto e impresa*, 1998, 805.

[175] Così, testualmente, Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 98 e 99.

[176] Modifica suggerita nei Pareri delle Commissioni riunite giustizia e finanze della Camera dei deputati e della Commissione giustizia del Senato, in *Riv. Soc.*, 2002, 1652 e 1666.

opportuno eliminare tale dizione nel timore che essa influisse sulla discrezionalità dell'assemblea nella distribuzione degli utili[177].

La società di gruppo, invero, resta pur sempre una società, il cui fine è, in base al disposto dell'art. 2247 c.c., di realizzare utili da dividere fra i soci, per cui non sarebbe ammissibile una politica di gruppo che escluda il conseguimento di utili di una controllante a favore di altre, ossia persegua un'ottica di pareggio di bilancio a scapito di una controllata. «La gestione sociale deve essere condotta, nelle controllate, in modo da permettere la rimunerazione del capitale»[178].

Oltre alla distribuzione degli utili, si sostiene che l'interesse dei soci comprenderebbe anche la massimizzazione del valore della partecipazione sociale, intendendosi con esso «il valore reale della partecipazione, calcolato sulla base del valore effettivo del patrimonio sociale nelle sue varie componenti»[179]. Al riguardo, però, è necessario chiedersi se l'art. 2497, primo comma, c.c., nella parte in cui prevede la tutela diretta della redditività e del valore della partecipazione sociale a favore del singolo socio, si presenti quale «norma-manifesto dell'approccio culturale che ispira la riforma stessa, se, cioè, con essa trovi espresso riconoscimento il principio del c.d. *shareholder value*», ossia sia stata abbandonata «la tradizionale prospettiva renana, che pone come obiettivo prioritario del diritto societario la protezione dell'interesse dei creditori sociali alla conservazione e all'incremento della loro garanzia, costituita dal patrimonio sociale, per adottare l'impostazione nella quale l'interesse dei creditori sociali e, più in generale, degli *stakeholders* non costituisce più l'asse portante del sistema, rappresentato invece dall'interesse degli *shareholders* alla massimizzazione della redditività e del valore del loro investimento in partecipazioni sociali»[180].

Al di là delle conseguenze derivanti dalla scala di valori a cui deve conformarsi l'operato della società, se in via primaria a quelli degli *stakeholders* (creditori sociali) o a quelli degli *shareholders* (azionisti), in questa sede preme rilevare piuttosto come sia tutelato dalla disposizione in esame il bene azione, ossia un bene di "secondo grado", implicitamente essendosi esteso il principio giurisprudenziale, secondo cui il deprezzamento di un bene cagionato dal fatto colposo o doloso altrui costituisce un danno ingiusto, a tale bene "di valore riflesso"[181].

Ed invero, parte consistente dei commentatori dell'art. 2497 c.c. ha riconosciuto natura indiretta al pregiudizio subito dai soci di minoranza della controllata, poiché la partecipazione

---

[177] Nell'ordinamento statunitense, invece, è pacifico il riconoscimento ai soci del diritto alla distribuzione degli utili, come elemento qualificato dell'interesse dei medesimi che le *corporation* devono per legge perseguire.
[178] Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 99.
[179] Niutta, *La novella* cit., 400.
[180] Sacchi, op. cit., p.664/I.
[181] In modo conforme a quanto si augurava il Galgano, in *I gruppi di società* cit., 142.

sociale subisce un pregiudizio alla redittività o al proprio valore solo quando e nella misura in cui viene pregiudicato il patrimonio sociale[182]. L'illecito commesso dall'amministratore o da un terzo, perciò, pregiudica in prima battuta il patrimonio della società, traducendosi per essa in un danno diretto, e solo in seconda battuta e di riflesso si riverbera sulla partecipazione sociale[183] .

Si, però, sostenuto anche che il danno ai soci non potrebbe qualificarsi come "ingiusto", in quanto non esisterebbe un diritto alla valorizzazione del patrimonio sociale né agli utili in capo al socio prima della deliberazione dell'assemblea sulla distribuzione degli utili. Tuttavia, se non è configurabile un diritto agli utili prima della deliberazione assembleare, non per questo si è in presenza di un interesse giuridicamente irrilevante: l'interferenza del terzo-società capogruppo nel rapporto tra amministratori e soci della controllato può qualificarsi come lesiva di un'aspettativa di guadagno e, dunque, come foriera di un danno da perdita di *chances*. Tale danno diventerebbe risarcibile, riconoscendosi l'azione diretta al singolo socio, nel momento in cui si violano i principi di "corretta gestione societaria e imprenditoriale", poiché tale violazione consentirebbe di superare la logica del diritto societario, secondo la quale il diritto al risarcimento dei danni da *mala gestio* spettante alla società non può essere azionato direttamente dal socio [184].

Il riconoscimento della diretta risarcibilità del pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale, però, pone in dubbio la distinzione tra danno sociale e danno al singolo socio. Si è visto, nel paragrafo riguardante la responsabilità dell'amministratore nei confronti del singolo socio e del terzo, come la differenza sostanziale tra l'azione esercita ex art. 2393 c.c. e quella esercitata ex art. 2395 c.c. consiste nel fatto che: la prima è diretta a tutelare un danno sociale, ossia un pregiudizio direttamente inferto al patrimonio sociale, per cui non sono azionabili in maniera autonoma i danni riflessi degli azionisti, ciò vale a dire che il passaggio obbligato è la deliberazione assembleare ed il risarcimento va a favore della società; la seconda invece tutela direttamente la posizione giuridica del socio, essendo diretta a risarcire un danno che è stato provocato direttamente nella sua sfera giuridica, non essendo

---

[182] V. Salafia, *La responsabilità della* holding *nei confronti dei soci di minoranza delle società controllate*, in *Società*, 2003, 393; G. Guizzi, *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in Aa.Vv., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, 214; G.F. Campobasso, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, 84; A. Badini Gonfalonieri – R. Ventura, *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004, 2173; F. Bonelli, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 214-215; F. Guerrera, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, 317.

[183] Cass. 4 dicembre 2002, n. 1787, in *Dir. e prat. delle società*, 2003, 71 ss.; Cass. 27 giugno 1998, n. 6364, in *Foro it.*, 1999, I, 652; Cass. 7 febbraio 1974, n. 327, in *Giur. comm.*, 1974, II, 651, Cass. 3 agosto 1988, n. 4817, in *Dir. fall.*, 1989, II, 381, Cass. 7 settembre 1993, n. 9385, in *Società*, 1994, 48 ss.

[184] Niutta, *La novella* cit., 400.

il riflesso di un pregiudizio arrecato al patrimonio sociale[185]. Di qui la distinzione, nel diritto tedesco, tra *Sozialrecht* e *Individualrecht*[186], secondo la quale la prima è una situazione giuridica soggettiva dell'azionista *uti socius* e la seconda è un diritto individuale *uti singulus.*

Se si definisce il pregiudizio suddetto come danno ai soci, però, non si capisce più qual è la linea di confine tra danno arrecato al patrimonio e quello arrecato alla sfera personale del socio, e si mette a repentaglio il consolidato indirizzo giurisprudenziale e dottrinale che ha definito entrambi[187].

Se, al contrario, si definisce il pregiudizio suddetto come danno sociale, è lecito chiedersi come mai, se il danno è lo stesso, il trattamento è difforme nei confronti della società o ente che ha esercitato l'attività di direzione e coordinamento da quello nei confronti degli amministratori della società soggetta all'attività di direzione e coordinamento.

Una risposta condivisibile è quella che ritiene le due situazione diverse e quindi diversamente tutelabili. La capogruppo, infatti, è in una posizione di terzietà rispetto ai soci della controllata; questi non possono influire sulla sua gestione né hanno mai assunto il rischio della mdesima e quindi «coerenza esige che di questa situazione di terzietà la società controllante, come ne ricavi i legittimi vantaggi, così ne subisca le svantaggiose conseguenze»[188]. Perciò, anche se il danno è lo stesso, l'azione sarà esperibile senza essere soggetta a quegli aggravi, quali per esempio la deliberazione assembleare, a cui è soggetta l'azione sociale, proprio perché diversa è la *ratio* delle due disposizioni[189].

## 6. (Segue) *La responsabilità nei confronti dei creditori sociali*

L'art. 2497 c.c. prevede, poi, la responsabilità da abusiva attività di direzione e coordinamento di società anche «nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale».

---

[185] *Ex multis*, F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.*, XXXIX**, Padova, 295; F. Bonelli, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma* cit., 213 ss.; C. Conforti, *La resposanbilità civile degli amministratori di società*, II, Milano, 2003, 842 ss. In giurisprudenza, App. Milano, 8 luglio 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, 532; Trib. Milano, 21 ottobre 1999, in *Giur. it.*, 2000, 554.

[186] Gierke, Die *Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1963,141 ss., citato in Niutta, *La novella* cit, p.402.

[187] G. Schiano di Pepe, *Il diritto di recesso nei gruppi*, in *Società,* 2003, 1208, ove si sottolinea che, con il riconoscimento del diritto dei soci al risarcimento del "pregiudizio arrecato alla redittività ed al valore della partecipazione sociale" è di mettere in discussione la distinzione tra danno "sociale" e danno diretto al patrimonio del singolo socio.

[188] Galgano*, Direzione e coordinamento* cit., 99-100.

[189] *Ibidem*, il quale, alla p. 100 richiama Trib. Orvieto, 4 novembre 1987, in *Giur. it.*, 1988, I1, 501, nonché una analoga pronuncia statunitense su un *leading case* caso Amoco-Cadiz del 1984, commentata da F. Bonelli, *La responsabilità della società controllante per gli illeciti delle proprie controllate*, in *Riv. commercio internaz.*, 1987, 347.

*Il diritto riconosciuto ai creditori* dall'art. 2497 c.c. si poteva già ricavare dai principi generali, nel caso di lesione della aspettative di prestazione del creditore.

Poiché si tratta di un diritto relativo, si spiega perché nell'ordinamento tedesco la *Aktiengeseztz* del 1965 disponga la tutela del solo socio della controllante, e non del suo creditore[190]. Per definire il pregiudizio all'integrità del patrimonio sociale è possibile ricorrere all'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale in tema di azione di responsabilità dei creditori sociale nei confronti degli amministratori della società creditrice, ex art. 2394 c.c.

Sorge, però, il problema di un possibile contrasto tra creditori della società controllata e creditori della società controllante, ovvero tra soci esterni e gli stessi creditori della capogruppo e la disposizione non offre spunti di risoluzione[191].

## 7. *Il risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, e l'integrale eliminazione del danno*

La riforma del diritto penale societario attuata con il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61,ha stabilito nel nuovo articolo 2634, comma 3, c.c. che non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi , conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo[192], termine quest'ultimo che fa per la prima volta la sua comparsa nel codice civile ad opera di una norma penale[193] ed è discusso se sia stata condivisa anche dalla norma civilistica.

La clausola generale contenuta nell'art.2634 c.c. comporta, ai fini della responsabilità, la valutazione del risultato complessivo dell'attività di direzione e di coordinamento e dimostra

---

[190] In tale ordinamento, infatti, sono tutelati in via aquiliana i soli diritti assoluti, essendo il sistema basato sulla tipicità dell'illecito, secondo il § 823 del *AktG*.

[191] Niutta, *La novella* cit., 403.

[192] Esso disciplina l'"infedeltà patrimoniale", prevedendo che: «Gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni. La stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale. *In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*». L' art. 11 della legge delega n. 366/2001, a differenza dell'art. 10 che prevede soltanto che l'attività di direzione e coordinamento della capogruppo contemperi adeguatamente l'interesse di gruppo, delle società controllate e dei socie di minoranza di queste ultime, accoglie espressamente il criterio dei vantaggi compensativi, imponendo al legislatore delegato di specificare che, relativamente al reato di infedeltà patrimoniale, non è giusto il profitto delle società «se esso è compensato da vantaggi anche se soltanto ragionevolmente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo».

[193] Una pronuncia della Corte di legittimità penale sottolinea: «l'impropria antecedenza temporale accordata dalla riforma alle norme penali societarie rispetto a quella delle norme civili», la quale «si è peraltro risolta, di fatto, in una afasia contenutistica, in quanto anche l'art. 2643.3 c.c. evoca il concetto di "gruppo" senza definirlo» (Cass. pen., 18 novembre 2004, n. 1762, Giammarino, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 747 ss., con nota di Lemme).

la presa d'atto del legislatore dell'evoluzione organizzativa dell'impresa moderna e dei vantaggi derivanti dalla strutturazione dell'impresa in forma di gruppo[194].

Essa pone due dubbi: *i)* quale sia l'oggetto della compensazione; *ii)* quale l'arco temporale.

Sub *i)*, si tratta di valutare se l'atto pregiudizievole e risultato complessivo debbano riguardare la medesima società diretta e coordinata[195], o se, piuttosto, il risultato complessivo dell'attività attenga alla realizzazione dell'interesse di gruppo cui mira la holding[196]. Come universalmente affermato, tale disposizione costituisce la consacrazione legislativa della nota teoria dei vantaggi compensativi[197], in base alla quale deve escludersi la sussistenza di un'operazione infragruppo pregiudizievole per la singola società aggregata, qualora dall'appartenenza al gruppo derivino, alla società medesima, vantaggi ritenuti idonei a compensare il danno da questa sofferto.

Questa teoria si fonda sull'idea che la compatibilità degli interessi delle singole controllate con l'interesse del gruppo deve essere valutata con un giudizio *ex ante* «in termini di razionalità e coerenza di una singola scelta, ancorché pregiudizievole per la società che la pone in essere, rispetto ad una politica economica generale di medio e lungo termine, da cui ragionevolmente può derivare un vantaggio economico alla singola società, anche su piani economici differenti, anche in tempi diversi rispetto al momento dell'operazione ed anche

---

[194] Cfr. S. Rossi, *Relazione introduttiva*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 613 ss., la quale ricorda che l'idea di ritenere legittima la prevalenza dell'interesse di gruppo in funzione della possibile compensazione derivante alla società controllata dai vantaggi che essa può conseguire dall'appartenenza al gruppo ha costituito il fondamento di parte della disciplina dei gruppi di ordinamenti stranieri, quali quello tedesco, e, sorta nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale degli anni '60, compariva nel progetto di IX direttiva CEE.

[195] Cariello, *Primi appunti* cit., 336, e *Circolare Assonime n. 44/2006* cit., 1113.

[196] Così, testualmente, Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 101: «non c'è violazione dei principi di corretta gestione quando l'interesse perseguito risulta essere non già l'interesse della ,ola controllante o quello della sola controllata apparentemente avvantaggiata, bensì un interesse riferibile all'intero gruppo, del quale la controllante si è fatta portatrice nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, e destinato a tradursi in un indiretto vantaggio per tutte le società che al gruppo appartengono: e non c'è pregiudizio risarcibile quando, a fronte del pregiudizio subito dalla singola controllata, sia a questa offerta una specifica compensazione».

[197] *Ex compluribus*: P. Montalenti, *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale in Giur.it*, 1999, pp.; Id., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999, 79 ss.; F. Denozza, Rules v. Standards *nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 327 ss.; R. Sacchi, *Conclusioni*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 633 ss.; Id., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali,* in *Giur. comm.*, 2003, 672; A. Badini Confalonieri e R. Ventura, *Commento all'art. 2497*, in *il nuovo diritto societario,* commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna, 2004, 2158; V. Salafia, *La responsabilità della* holding, 391; A. Patti, *Commento all'art. 2497,* in Aa.Vv., *La riforma di diritto societario,* a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, 253; U. Tombari, *La nuova disciplina dei gruppi di società,* in Aa.Vv., *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private,* a cura di P. Benazzo, S. Patriarca, G. Presti, Milano, 2003, 245; V. Cariello, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale,* in *Riv. soc.,* 2003, 1248; A. Irace, *Commento all'art. 2497,* in Aa.Vv., *La riforma delle società, commentario del d. lgs. 17 gennaio 2003, n.* 6, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, 11, Torino, 2003, 319-320. In giurisprudenza, Cass. civ., 24 agosto 2004, n. 16707, in *Giur. comm.,* 2005, 11, 246 ss., con nota di F. Salinas, *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*, e in *Giur. it.,* 2005, 69, con nota di R. Waigmann.

secondo un parametro non rigidamente proporzionale, né necessariamente quantitativo»[198]. Questa visione dei vantaggi compensativi viene, perciò, definita "elastica", proprio perché non si attesta su un piano quantitativo, ma ammette che la verifica del bilanciamento fra vantaggio e pregiudizio sia condotta in termine di ragionevole probabilità, in una prospettiva non necessariamente a breve termine e secondo un parametro non rigidamente proporzionale. Secondo una dottrina[199], infatti, più rigorosa, l'esistenza dei vantaggi compensativi dovrebbe essere valutata su un piano quantitativo, per cui la legittimità delle operazioni compiute da società del gruppo sarebbe configurabile solo laddove i vantaggi superino *quantitativamente* i danni subiti, in una logica puramente algebrica. A sostegno di tale posizione, si è detto che «è francamente un po' curioso che venga chiamata teoria dei vantaggi compensativi una costruzione che in realtà trova la sua specifica attività e la sua più marcata caratteristica con riferimento ai casi in cui non si sa se i vantaggi derivanti dall'operatività infragruppo siano realmente compensativi, ossia compensativi sul piano quantitativo»[200]. La norma civile, quindi, secondo la dottrina più "rigida", si differenzia da quella penale sotto almeno due profili:

- la norma civile mette in relazione il vantaggio compensativo con il pregiudizio derivante dall'operazione infragruppo e non con il profitto che questa operazione produce per la società collegata o per il gruppo[201];

- l'art. 2497, primo comma, riconosce la rilevanza dei vantaggi compensativi solo se il danno risulta mancante o integralmente eliminato.

Con tale secondo requisito, perciò, si sarebbe posta una soglia di legalità in sede civilistica più alta di quella penalistica [202]. La differenza tra le due posizioni non è priva di effetti, giacché si riverbera sull'*onus probandi* posto a carico delle parti.

---

[198] P. Montalenti, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.,* 1995, I, 105.

[199] Sacchi, *Sulla responsabilità* cit., 673; Denozza, Rules vs. standars cit., 327.

[200] Sacchi, *Sulla responsabilità* cit., 673.

[201] Scongiura questa ipotesi Abriani, *Gruppi di società* cit., 618, quando afferma «non è, ovviamente, *il profitto* della società collegata o del gruppo a dover essere "compensato" dall'appartenenza alla comunità allargata (come invece pretenderebbe la lettera della legge, così prefigurando un'inedita *compensatio lucri cum damno*); è piuttosto *il danno patito* dalla controllata a seguito dell'operazione intragruppo – e da cui la controllante (o altra società collegata) abbia tratto correlativamente vantaggio – che dovrà trovare adeguata compensazione al fine di escludere l'ingiustizia del danno stesso».

[202] Ibidem. Secondo la dottrina penalistica, il riferimento ai vantaggi "fondatamente *prevedibili*" se apprezzabile sotto il profilo della sussidiarietà [Codazzi, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione "virtuale" alla compensazione "reale") alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario*, in *Giur. comm¸* 2004, 613; Masucci, *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, nota a Cass. pen. , 14 luglio 2004, in *Dir. pen. proc*., 2004, 1217] dà anch'esso luogo ad incertezze interpretative. Segnala E. Musco (*I nuovi reati societari*, Milano, 2004, 148), infatti, che la sottocommissione penalistica aveva suggerito di modificare la previsione del progetto Mirone (trasposto pressoché fedelmente nell'art. 10 della legge delega), sostituendo il sintagma "ragionevolmente prevedibili" con il "fondatamente attesi", «ritenendo in questo modo di ancorare la disposizione ad una più solida base oggettiva, al fine di renderla più compatibile con le esigenze di tassatività. Il Governo, su indicazione del Senato, che aveva

Come è stato detto, si tratta di stabilire le «modalità che traduce l'intuizione centrale di questa teoria in uno *standard* (criterio generale in base al quale i giudici valuteranno di volta in volta la correttezza del comportamento degli amministratori che hanno accettato di svantaggiare la società da loro amministrata) ovvero in una *rule* (fissazione di precisi requisiti la cui insussistenza impedisce il ricorso alla compensazione)»[203]. Se la scelta è tra queste due opzioni, la risposta è quasi obbligata nel senso che il Legislatore ha fissato uno standard, non intendendo stabilire precisi requisiti. Questa soluzione è suffragata: *i)* dalla formulazione dell'art. 2497, primo comma, c.c., il quale si riferisce non al singolo atto ma al risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento[204]; *ii)* dallo "stile" della riforma del diritto societaria, incentrata, come si è visto, su clausole generali (ovvero, standard); *iii)* dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, anche precedente alla riforma[205]; *iv)* da un confronto con il "gemello penale", ossia l'art. 2634, comma 3[206]; *v)* da un confronto con l'elaborazione transalpina, e precisamente con il caso *Rozenblum*[207]. Se si tratta di uno standard, il quale non pone precisi presupposti della compensazione, si deve

---

osservato che anche la formula dei «vantaggi fondatamente attesi … si affida ad una aspettativa dai contorni tutto sommato soggettivi», ha optato per la formulazione poi divenuta definitiva, «trasferendo la logica del bilanciamento, che è alla base della previsione, su di un piano meramente soggettivo e come tale estremamente variabile». Si spiega, perciò perché la II Commissione della Camera dei Deputati, nella seduta del 6 marzo 2002, aveva invitato il governo a valutare l'opportunità di precisare sulla base di quali elementi i vantaggi […] possono essere considerati fondatamente prevedibili».

[203] Denozza, Rules vs. Standards cit., 330.

[204] Così anche F. Salinas, *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, II, 256 ss.

[205] Cfr. Cass. civ., 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Giur. it.*, 1999, n. 2317, 2317 ss., con nota di Montalenti; Cass. civ., 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro it.*, 1996, I, 1222; App. Milano, 30 marzo 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, 200 ss., con nota di Ventura,; App. Torino, 4 dicembre 2000, in *Giur.it.*, 2001, 1675 ss., con nota di Cerrato; App. Milano 5 febbraio 1994, in *Società*, 1994, 1062 ss.; App. Milano 11 luglio 1991, in *Giur. comm.*, 1993, II, 257 ss.; Trib. Bologna, 22 giugno 1999, in Giur. comm., 2001, II, 521 ss., con nota di Ricciardello; Trib. Torino, 27 marzo 1997, in *Giur. it.*, 1997, 973 ss.; Trib. Milano, 20 giugno 1991, in *Giur. comm.*, 1991, II, 101 ss.; Trib. Verona 31 gennaio 1991, in *Giur.it*, 1991, 783.

[206] I parallelismi tra giurisprudenza penale e civile, d'altronde, vi erano anche prima della riforma: ad esempio, in merito alla rilevanza dei vantaggi compensativi solo nell'ambito del gruppo e non di mere situazioni di controllo. Così «Il vantaggio compensativo, la cui rilevanza non può in ogni caso andare oltre la sfera dell'infedeltà patrimoniale per la quale è previsto, presuppone l'esistenza di un gruppo societario. Il solo fatto che una persona fisica si trovi in posizione di controllo rispetto ad una pluralità di società (di cui detiene il 75 per cento del capitale sociale essendone l'amministratore di fatto) non implica l'automatica configurabilità di un gruppo societario. Di gruppo societario si potrà parlare solo se il soggetto per il tramite di detto controllo azionario svolge una vera e propria funzione imprenditoriale di indirizzo e coordinamento delle società controllate (cosiddetta holding pura), eventualmente accompagnata anche da attività ausiliaria o finanziaria (cosiddetta holding operativa), dotandosi a tal fine di un'apposita organizzazione con uffici e dipendenti a ciò destinati», Cass. civ., 18 marzo 2005, n. 1763, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, 16, 88 ss., a cui è conforme Cass. pen., 18 novembre 2004, n. 1763.

[207] Cour de Cassation, 4 febbraio 1985, citato da Cariello, *Direzione e coordinamento* cit., 1249, secondo il quale esso sarebbe stato caldeggiato anche dal FORUM EUROPAEUM SUI GRUPPI DI SOCIETÀ (cit., 376) e si estrinsecherebbe nell'applicabilità della teoria compensativa qualora sussistano i seguenti tre presupposti: «*primo*, che il gruppo sia strutturalmente stabilizzato; *secondo*, l'elaborazione e attuazione di una politica coerente per l'intero gruppo; *terzo*, che vantaggi e pregiudizi per le singole società del gruppo si contemperino equamente all'interno del gruppo stesso». Una formulazione di questo genere non si può trarre il corollario dell'esistenza di precisi requisiti la cui insussistenza impedisce il ricorso alla compensazione. Del medesimo avviso, Sacchi, *Sulla responsabilità* cit., 674.

necessariamente propendere per una lettura elastica della norma civilistica, che pone la soglia di tutela al medesimo livello di quella penale[208].

Aderendo alla tesi c.d. elastica, inoltre, si allevia la difficoltà di provare l'entità dei vantaggi compensativi.

Essa, poi, riflette una precisa scelta di politica legislativa, in linea con gli orientamenti della analisi economica del diritto[209].

In relazione all'onere probatorio, merita di essere riportata per esteso la massima di una sentenza della Suprema Corte, pronunciata subito dopo l'entrata in vigore della riforma del diritto societario: «In tema di responsabilità degli amministratori di società di capitali verso la società stessa, appartenente ad un gruppo societario, ha rilievo (anche a prescindere dal testo dell'art. 2497 c.c. come novellato dall'art. 5 D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) la considerazione dei cosiddetti vantaggi compensativi derivanti dall'operato dell'amministratore, riflettentisi sulla società in conseguenza della sua appartenenza al gruppo e idonei a neutralizzare, in tutto o in parte, il pregiudizio cagionato direttamente alla società amministrata; tuttavia non è sufficiente, al fine di escludere corrispondentemente la responsabilità, la mera ipotesi della sussistenza dei detti vantaggi, ma l'amministratore ha l'onere di allegare e provare gli ipotizzati benefici indiretti, connessi al vantaggio complessivo del gruppo, e la loro idoneità a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta»[210].

Sub *ii)*, ovvero la valutazione dell'arco temporale a cui fa riferimento per valutare la sussistenza di vantaggi compensativi, si rileva che il risultato potrebbe essere apprezzato[211]:

---

[208] Così Galgano, *Il nuovo diritto societario* cit., 182, ma anche *Circolare Assonime* n. 48/2006 cit., 1113, secondo la quale una lettura "elastica" della norma «appare preferibile, nonché in linea con le soluzioni raggiunte dalla giurisprudenza anteriore alla riforma e dalla dottrina dominante. In tal senso, come visto, è intervenuta anche la norma penalistica, che privilegia una lettura "qualitativa" e non "quantitativa" dei vantaggi compensativi». Di diversa opinione è Sacchi, *Conclusioni*, in *Giur. comm.*, I, 638, ad avviso del quale, una lettura in senso quantitativo della norma è necessitata proprio in «un momento, come quello attuale, in cui sarebbe opportuno un incremento di strumenti di tutela giuscivilistica per controbilanciare l'abbassamento del livello della repressione penale in materia societaria conseguente al d.lgs. n. 61 del 2002».

[209] Lo afferma Montalenti, *Gruppi e conflitto di interessi* cit., I, 627, con riferimento alla tesi di Denozza, Rules vs. Standards cit., 327. Secondo Montalenti la prospettiva elastica è quella accolta dal legislatore e : «lo riconosce, a ben vedere anche chi dopo aver tentato di dimostrare che la teoria dei vantaggi compensativi, pur riflettendo gli echi di passaggio, nella teoria economica, dall'impostazione di Pareto al c.d. teorema di Kaldor-Hicks, non solo non risponderebbe a criteri equitativi ma neppure a criteri di efficienza e dopo aver auspicato l'adozione non già di *standards* bensì di *bright rule*, diretta ad imporre una compensazione specifica, conclude in definitiva nel senso che la scelta è tra i "rischi di *over-deterrence*" e "rischio di sottovalutazione dei danni (da) eccessiva discrezionalità" e dichiara di ritenere "ampliamente preferibili" i primi».

[210] Cass. civ., 24 agosto 2004, n. 16707, in *Società*, 2005, 2, 164, nota di Ciampoli, in *Giur. comm.*, 2005, II, 246 ss., con nota di Salinas, in *Foro it*., 2005, 1, 1844, con nota di Nazzicone. Sul fatto che per l'esclusione della responsabilità non è "sufficiente la mera speranza" ma che i vantaggi corrispondenti vantaggi compensativi, comprensivi della ricchezza perduta, siano basati sulla sussistenza di "elementi sicuri, pressoché certi e non meramente aleatori": Cass. pen., 14 luglio 2004, n. 1217; Cass. civ., 13 luglio 2004, n. 30546 e Cass. pen., 24 giugno 2004, n. 30546, in *Riv. Pen*., 2004, 1080 ss., Cass. pen., Sez. I, 24 giugno 2004, n. 30546, in *Impresa*, 2005, 2, 324, con nota di Santoriello, Cass. pen., 23 giugno 2003, n. 38110, in *Impresa*, 2003, 2042.

211 Secondo Mazzamuto, *Questioni sparse* cit., 1496, l'arco temporale potrebbe essere determinato nella motivazione richiesta dall'art. 2497-ter c.c.: «Ebbene, è nostra opinione che lo sforzo motivazionale delle società

- alla chiusura dell'esercizio nel corso del quale l'atto pregiudizievole è stato compiuto e/o ha prodotto i suoi effetti;

- all'uscita dal gruppo della società diretta e coordinata;

- al tempo dello svolgimento del giudizio instaurato con l'azione di responsabilità ex art. 2497 c.c.[212]

In quest'ultimo caso, se il danno verrà compensato dopo l'instaurazione del giudizio, l'effetto di potenziale disincentivazione potrà essere combattuto dalla giurisprudenza ponendo a carico dei convenuti le spese del giudizio[213].

Rimane da qualificare, poi, la natura delle compensazioni possibili.

Una parte della dottrina (Libonati, Preite, G. Scognamiglio) ha proposto l'obbligo di equa redistribuzione del *surplus* prodotto dall'operazione tra tutte le società del gruppo.

Un'altra parte (Bonelli, Spada), invece, configura un rimedio di tipo risarcitorio, ritenendo necessario un indennizzo a carico della capogruppo e a favore della società svantaggiata.

Un ulteriore ipotesi di esclusione della responsabilità, oltre all'assenza di pregiudizio nel caso della sussistenza di vantaggi compensativi, è quella in cui il danno risulti integralmente eliminato a seguito di operazioni a ciò dirette.

In ogni caso, si deve rilevare che la teoria dei vantaggi compensativi trova un limite nella disponibilità degli interessi sacrificati e poi compensati o "indennizzati" mediante l'eliminazione del pregiudizio prodottisi, per cui «non si possono considerare compensabili […] i pregiudizi che minano l'esistenza stessa della società del gruppo (in particolare che comportino il venir meno della liquidità necessaria per la sua sopravvivenza)»[214].

Infine, non è ancora chiaro se l'esistenza di un vantaggio compensativo previsto dalla norma penale configuri una vera e propria scriminante o solo un elemento idoneo a determinare il venir meno del dolo specifico e, perciò, di un elemento della fattispecie di reato. Ciò rileva in sede civile, in quanto, se si tratta di una scriminante, ossia di una causa di

---

controllate debba estendersi sino all'indicazione delle coordinate temporali necessarie perché la decisione assunta produca gli effetti sperati e, poi, sottoporsi al vaglio di correttezza.
Tale soluzione è razionale quando è in ballo la valutazione della condotta che ha determinato il danno a carico dei soci della società soggetta a direzione e coordinamento, ma non anche quando il sindacato di correttezza investe la condotta sfociata nel danno ai creditori sociale: è inevitabile in quest'ultimo caso la fissazione del limite temporale per il controllo di correttezza dell'attività di direzione e coordinamento allo spirare del termine di esigibilità del credito, pena distorsioni sistematiche inaccettabili».

[212] Come prospettato da Cariello, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità* cit., 336.

[213] Così Sacchi, *Giur. comm.* 2003, I, 674.

[214] V. la Raccomandazione diffusa dal Forum Europaeum (*Corporate Group Law for Europe*, in *Riv. soc.*, 2001, 444 ss.)

giustificazione, si potrebbe ritenere che essa sia idonea ad escludere anche la responsabilità civile[215].

## 8. *L'onere della prova*

Quale che sia l'interpretazione dell'art. 2497 c.c. in merito ai vantaggi compensativi, sia se si voglia applicare un metodo di calcolo meramente algebrico o qualitativo, o quale che sia l'arco temporale preso in considerazione, come è stato detto, l'art. 2497-*bis*, comma 5, c.c., può eliminare *in limine* il problema della nozione di vantaggio compensativo[216]. Tale disposizione, invero, disponendo un capo all'amministratore un obbligo di analitica motivazione, determina di fatto un'inversione dell'onere della prova dei vantaggi conseguiti dalla società per il tramite della sua appartenenza al gruppo[217]. Ciò in coerenza con il principio di maggior vicinanza della prova (perché a conoscenza delle strategie del gruppo) e con la natura di scriminante del vantaggio compensativo rispetto alla responsabilità penale e civile degli amministratori.

Rimane, però, il dubbio sulla portata dell'onere previsto dall'art. 2497 *bis*, ultimo comma.

Innanzitutto, il problema è che il Legislatore, nel prevedere all'ultimo comma dell'art. 2497 *bis* che «gli amministratori devono 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 sociale e sui suoi risultati», sembra aver esteso l'obbligo ad un enorme "congerie di dati informativi" che potrebbe finire per stemperarne la portata in formulazioni "tralatizie e anodine"[218]. Diviene, invero, difficile distinguere le motivazioni che devono essere messe per iscritto da quelle che possono invece rimanere verbali, con il possibile aggravio dei costi di *disclosure.*

Inoltre, è necessario chiedersi se la scriminante debba consistere in elementi comprovanti la fondatezza economica dell'operazione, basata su valutazioni di carattere imprenditoriale, o in elementi comprovanti la fondatezza giuridica, che si manifesti in precisi impegni formali e giuridicamente vincolanti nei confronti della società controllata[219] e qualora

---

[215] Rossi, *Relazione introduttiva* cit., 616.
[216] Sacchi, *Sulla responsabilità* cit., 674.
[217] Salinas, *Responsabilità degli amministratori* cit., 266.
[218] Così Abriani, *Gruppi di società* cit., 620, il quale riconduce questo eccesso al «ben noto fenomeno di disinformazione da eccesso di informazione, ancora recentemente denunciato in Francia da Guyon in commento ad una disposizione consimile – ma dallo spettro applicativo meno ampio e indefinito – contenuta nella l. 15 maggio 2001 sulle *Nouvelles régulations économiques: "il va en résulter une lourde paperasserie (…) pour un résultat qui risque d'être décevant"*».
[219] V. Rossi, *Relazione introduttiva* cit., 615.

un'interpretazione letterale della norma non aiuti a giungere ad una soluzione, neanche quella teleologica sarebbedecisiva.

La *Relazione di accompagnamento* al Progetto Mirone citata, infatti, si limita a sottolineare che la disposizione di un obbligo di motivazione delle "decisioni conseguenti ad una valutazione dell'interesse di gruppo" [art. 10, lett. *b)* della legge delega] costituisce un'applicazione specifica del principio base di trasparenza [art. 10, lett *a)* della medesima legge], poiché «è invero chiaro - si soggiunge – che la già sottolineata modifica dei parametri di valutazione derivante dalla necessità di considerare i costi-benefici non solo dell'operazione in sé, ma anche dell'appartenenza ad un gruppo, impone, proprio in funzione della verifica del rispetto del principio di adeguatezza, che siano forniti completi, convincenti elementi di valutazione». Il mancato riferimento nei lavori preparatori all'"essenza" dei dati che devono essere forniti dagli amministratori induce a far ritenere che essi possano essere sia di tipo strettamente giuridico sia di carattere economico, purché idonei a giustificare in un'ottica *ex ante* l'operazione intrapresa alla luce dell'interesse del gruppo, in un'ottica di trasparenza del tipo di operazione e delle ragioni ad essa sottese.

Si deve aggiungere che l'adempimento dell'obbligo di cui all'art. 2497 bis, ultimo comma, vale, non solo a mettere gli amministratori al riparo da possibili azioni risarcitorie, ma anche a preservare l'operazione dalle impugnative di cui agli artt. 2373 e 2391 e dalla denuncia ex art. 2409 c.c. Gli azionisti esterni, intendendosi con questa espressione gli azionisti estranei al controllo[220], possono così ricorrere alla tutela reale in luogo di quella risarcitoria nel caso in cui:

*a)* l'operazione potenzialmente dannosa non sia giustificata da un interesse di gruppo riconoscibile;

*b)* manchino i presupposti oggettivi per una compensazione potenziale, non essendo ragionevolmente prevedibili adeguati vantaggi compensativi;

*c)* non risulti adeguata motivazione di entrambi i presupposti ora ricordati, della cui sussistenza la società sarà comunque tenuta a fornire prova ai fini del rigetto dell'impugnativa e della denuncia, mentre al socio sarà sufficiente dimostrare il danno potenziale o il fondato sospetto dell'irregolarità[221].

---

[220] G. Scognamiglio, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in Trattato Colombo-Portale, 950, la quale fornisce una precisa definizione di soci esterni quali soci «non aventi, a differenza del soggetto in posizione di controllo, titolo per accedere ai benefici della politica di gruppo, là dove questi si producano in una articolazione soggettiva (società) del gruppo diversa da quella alla quale partecipano come soci, con danno di quest'ultima».

[221] Cfr. Abriani, *Gruppi di società* cit., 620.

## 9. *La responsabilità solidale di chi abbia preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio*

L'art. 2497 c.c. prevede tre forme di responsabilità: 1) la responsabilità *necessaria* di tutte le società o gli enti che individualmente o congiuntamente abbiano esercitato l'attività di direzione e coordinamento (I comma); 2) la responsabilità *solidale* di tutti coloro che abbiano preso parte al fatto lesivo o che ne abbiano consapevolmente tratto beneficio (II comma); 3) la responsabilità *sussidiaria* della società controllata.

Per quanto concerne la responsabilità solidale (art. 2947, II comma, c.c.) è opportuno distinguere i diversi soggetti che possono rispondere a tale titolo. È, infatti, possibile ipotizzare: a) la responsabilità degli amministratori e componenti degli organi di vigilanza della società esercente attività di direzione e coordinamento; b) la responsabilità degli amministratori e componenti degli organi di vigilanza della società sottoposta all'attività di direzione e coordinamento; c) la responsabilità del socio di controllo; d) la responsabilità delle c.d. "società sorelle".

### 9.1 *La responsabilità degli amministratori e componenti gli organi di vigilanza della capogruppo*

Le società che esercitano l'attività di direzione e coordinamento illegittima sono ritenute direttamente responsabili nei confronti di soci e creditori della società su cui hanno esercitato tale attività. Nel modello organizzativo della società di capitali, l'esercizio del potere di gestione è competenza tipica degli amministratori, sicché la paternità dell'attività di direzione e coordinamento è riconducibile agli amministratori della società esercente detta attività. Non potrà, perciò, configurarsi una condotta antigiuridica e la responsabilità della capogruppo senza che vi sia condotta antigiuridica e la responsabilità solidale di tutti o parte gli amministratori. È necessario, quindi, stabilire quando vi sia una condotta antigiuridica degli amministratori della capogruppo, cioè una condotta che violi i doveri specifici inerenti alla loro posizione.

Discende dalla carica di amministratore della società di capitali, secondo l'art. 2392 c.c., l'obbligo di agire in modo informato, con la consapevolezza dei doveri che la gestione della società comporta e degli interessi da perseguire e preservare[222]. Tra questi ultimi interessi può farsi rientrare l'interesse del gruppo, ove si ammetta l'esistenza di detto interesse, oppure

[222] Cfr. Bonelli, *Gli amministratori di s.p.a.* cit., 159 ss.

quello a una gestione coordinata delle società sottoposte, ossia il dovere di agire contemperando tutti gli interessi in gioco e ricercando l'equilibrio tra gli stessi, secondo quanto richiesto dall'art. 2947, I comma, c.c.

Una parte della dottrina ritiene che, oltre a questo dovere, si dovrebbe configurare in capo agli amministratori in questione anche un potere-dovere di sorveglianza e vigilanza sulla gestione dell'intero gruppo, analogo al potere-dovere di vigilanza che compete, ex. art. 2392, II comma, c.c. agli amministratori deleganti rispetto agli amministratori delegati[223]. Appare eccessivo configurare una estensione così ampia dei doveri degli amministratori della capogruppo, giacché, seppure si riconosce nella nuova normativa di cui agli artt. 2497-2497-*sexies* c.c. una legittimazione all'esercizio di una azione unitaria e coordinata, gli amministratori sono tenuti a compiere le scelte politiche o strategiche più idonee al perseguimento di un interesse di gruppo, o, se si preferisce, dei vari interessi coordinati, ma non vi è nessun fondamento normativo per cui sarebbero tenuti a sorvegliare le modalità con cui tali strategie vengono attuate. In tal caso, infatti, vi sarebbe una estensione di responsabilità smisurata e non giustificata normativamente. Si può, invece, costruire, in base all'art. 2428 c.c., piuttosto che un generale dovere di vigilanza su ogni singola operazione, un dovere di vigilanza sulla rispondenza della gestione delle controllate alle direttive strategiche della *holding*, «onde sarebbero responsabili, se non per avere ordinato, per non avere impedito l'operazione pregiudizievole per la controllata, ad essi per presunzione nota»[224].

Inoltre è positivamente previsto dall'art. 2381, commi I e III, che il consiglio di amministrazione «sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società» e che gli amministratori delegati debbano curare che «l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate». In virtù di tale previsione, si potrebbe configurare l'ipotesi della responsabilità degli amministratori deleganti, oltre a quelli delegati, nei confronti di soci e creditori della società diretta e coordinata, ritenendo che, attraverso un comportamento omissivo, essi abbiano «preso parte al fatto lesivo»[225].

---

[223] Si veda Scognamiglio, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione della riforma delle società* a cura di Scognamiglio, Milano, 2003, 255.
[224] Galgano, *I gruppi nella riforma delle società di capitali* cit., 137.
[225] Tombari, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, I, Milano, 2004, 72/I.

Viene, altresì, in rilievo l'art. 2409 c.c., che prevede la denunzia al tribunale da parte dei soci della controllante, nel caso in cui gli amministratori «in violazione dei loro doveri abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate», dirette e coordinate nel caso di gruppo. Gli amministratori, dunque, hanno il dovere, anche nei confronti dei soci della loro società, di evitare di danneggiare le società dirette e coordinate.

Anche i sindaci della capogruppo possono essere chiamati a rispondere solidalmente alla capogruppo, se non dimostrano di non aver preso parte al fatto lesivo adempiendo ai propri doveri oppure che la direzione e il coordinamento pregiudizievoli si sarebbero verificati anche se essi avessero adempiuto in modo ineccepibile ai propri doveri.

I doveri dei sindaci sono elencati dall'art. 2403 c.c.[226]; ma si deve tenere conto anche della previsione di cui all'art. 2403-*bis*, II comma, c.c.[227]. Questa disposizione, infatti, ha introdotto una forma di collaborazione tra sindaci di "società di gruppo", altrimenti ostacolata dall'art. 2407, I comma, c.c., e il potere-dovere di vigilare sulla legittimità dell'azione amministrativa, controllando che l'attività di direzione e coordinamento sia svolta nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società dipendenti[228]. Nel caso in cui non si eserciti tale potere-dovere e in conseguenza di ciò gli amministratori cagionino un danno alla società dipendente, essi dovranno rispondere ex. art. 2497, II comma, c.c.

Ai fini della responsabilità dei sindaci, rileva anche l'art. 2409, I e ultimo comma, c.c., nella parte in cui prevede che il collegio possa denunziare al tribunale le gravi irregolarità nella gestione, commesse dagli amministratori in violazione dei loro doveri. I sindaci, invero, possono essere chiamati a rispondere, ex art. 2497 c.c., quando il danno non si sarebbe prodotto se avessero denunciato tali gravi irregolarità.

Infine, anche il consiglio di sorveglianza può essere chiamato a rispondere ex art. 2497, II comma, c.c., poiché ad esso si applica l'art. 2403 bis, II comma, in virtù del richiamo effettuato dall'art. 2409 *quaterdecies* c.c.

---

[226] «Il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento. Esercita inoltre il controllo contabile nel caso previsto dall'art. 2409-bis, terzo comma».

[227] «Il collegio sindacale può chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari. Può altresì scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale».

[228] Tombari, *Riforma del diritto societario* cit., 73/I.

### 9.2 *La responsabilità solidale degli amministratori e componenti gli organi di vigilanza della società sottoposta ad attività di direzione e coordinamento*

La legittimazione passiva degli amministratori non è esplicitamente riconosciuta dal legislatore, ma può senz'altro desumersi dall'obbligazione solidale di chi «abbia comunque preso parte al fatto lesivo», prevista dal secondo comma dell'art. 2497 c.c.[229]. Questa norma stabilisce speciali regole di propagazione della responsabilità della capogruppo, le quali, tuttavia, devono essere contemperate con il problema del carattere vincolante delle direttive di gruppo e dell'ambito del sindacato concesso su di esse agli amministratori della società eterodiretta e quello della misura in cui azionisti esterni e creditori della società abusata possono ricercare il ristoro dei danni subiti seguendo le vie ordinarie previste per la società monade[230].

Si deve ritenere che, nel caso in cui la società che esercita l'attività di direzione e coordinamento impartisca direttive da ritenersi pregiudizievoli per la società sottoposta a tale attività, in una valutazione complessiva degli interessi in gioco, gli amministratori della società sottoposta siano tenuti a disapplicare le direttive ricevute. Essi sono investiti di una propria responsabilità, civile (artt. 2393-2395 del c.c.) e penale (artt. 2621-2633 del c.c.), tanto che una consolidata giurisprudenza aveva già affermato nell'ambito del concetto di direzione il principio per cui in nessun caso gli amministratori sono esonerati da responsabilità adducendo a loro discolpa di aver ubbidito ad ordini o direttive dell'assemblea dei soci[231].

Gli amministratori della società sottoposta sono tenuti a gestire la società nel modo in cui essi ritengono opportuno e la discrezionalità della loro attività è protetta perfino contro l'ingerenza della giurisprudenza, con l'applicazione della regola di origine anglosassone "*business judgement rule*"[232]**.** Essi godono di autonomia gestionale e, quindi, devono essere considerati soggetti autonomi anche nei confronti della società capogruppo[233]. Gli

---

[229] V. Cariello, in *società di capitali. Commentario* Niccolini-Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, 1871; G. Guizzi, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per* mala gestio *nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 453; F. Brizzi, *il sistema delle responsabilità gestorie nelle società di capitali alla luce della riforma: cumulo di azioni e possibili interferenze*, in *Dir. e giur.,* 2006, 226 ss.

[230] Cfr. Abbadessa, *La responsabilità della società capogruppo* cit., 284, nt. 11.

[231] Cass. 21 maggio 1988, n. 3544, in *Giur. comm.*, 1989, II, 203; Cass., 28 marzo 1996, n. 2850, in *Soc*., 1996, 1397; Cass. 7 febbraio 1972, n. 296, in *Foro it.,* 1972, I, 1225; Cass. 8 maggio 1964, n. 1090, in *Giur. it.,* 1965, I, 1, 465.

[232] Questa regola consiste in una presunzioni di buona fede degli amministratori, secondo cui «the directors of the defendant corporation are clothed with that presumption which the law accords to them of being actuated in their conduct by a *bona fide* regard for the interests of the corporation whose affaires the stockholders have committed to their charge», secondo chancellor Wolcott in Robinson v. Pittsburgh Oil Ref. Corp., 14 Del. Ch.193,199,126 A.,46,48 (Ch. 1924).

[233] Secondo Galgano, «solo un forte limite culturale può far presumere che i manager preposti alle controllate non facciano nulla senza previo ordine o senza previa autorizzazione della *holding*».

amministratori della controllata hanno il dovere di filtrare le direttive impartite dalla capogruppo e non possono essere esonerati dalla responsabilità conseguente ai fatti di gestione, adducendo di aver eseguito le direttive impartite dalla società capogruppo. Essi, pertanto, rimangono responsabili nei confronti dei soci e dei creditori della società che amministrano.

Secondo una dottrina, l'amministratore che ha passivamente subito le direttive altrove elaborate potrebbe invocare come esimente l'aver obbedito alle altrui direttive[234].

A questa opinione, può replicarsi che dagli articoli 2380-*bis* e 2364, 1° comma, n. 5), si desume la generale ed esclusiva competenza degli amministratori per la gestione di impresa[235].

Ciò, oltre a discendere dai principi societari, ad essere confermato dalle sudddete norme, è anche esaltato dalla previsione degli artt. 2497 *bis* e *ter* c.c. Queste disposizioni sono state poste a favore degli amministratori, per consentire loro di precostituire una prova della mancata partecipazione al fatto lesivo. Il loro inadempimento dei doveri sociali, quindi, è fonte di responsabilità sia solidale ex art. 2497, sia principale verso la società amministrata i soci e i creditori.

L'art. 2497-*bis* prevede, infatti, che gli amministratori che omettano di adempiere agli obblighi di pubblicità, o mantengano forme di pubblicità relative alla partecipazione ad un gruppo di società dopo che tale partecipazione sia cessata, «sono responsabili dei danni che la mancata conoscenza di tali fatti abbia recato ai soci e ai terzi». L'inadempimento degli obblighi, quindi, può portare alla conclusione che essi abbiano "preso parte al fatto lesivo".

L'art. 2497-*ter*, poi, prevede l'obbligo di motivazione delle decisioni. Tale disposizione si differenzia da quanto previsto dall'art. 2391 c.c., in quanto, mentre per quest'ultimo «è necessario che la motivazione evidenzi il vantaggio della società in contrapposizione all'apparente potenziale pregiudizio», per l'art. 2497 *ter* «la motivazione rende trasparenti le ragioni che hanno portato alla decisione, nella misura in cui questa sia stata influenzata dall'attività di direzione e coordinamento, indipendentemente dalla considerazione dei sacrifici e degli eventuali vantaggi compensativi»[236].

Le due disposizioni predette esaltano il dovere degli amministratori di agire nell'interesse della propria società e solo ove sia compatibile, in quelli del gruppo. Se fosse stato lecito per

---

[234] G. Scognamiglio, *Poteri e doveri degli amministratori* cit., 199, secondo la quale l'art. 2497-*ter* imporrebbe «un obbligo di trasparenza, piuttosto che un dovere di disattendere direttive non immediatamente coerenti con l'obiettivo della massima valorizzazione della società controllata»; nonché A. De Nicola, *Commento all'art. 2380*-bis, in *commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2005, 97.

[235] Cfr. Bonelli, *Gli amministratori di s.p.a.* cit., 8 ss.; L. Nazzicone - S. Providenti, *società per azioni. Amministrazioni e controlli*, Milano, 2003, 9; F. Galgano, *Il nuovo diritto societario* cit., 200.

[236] Figà-Talamanca-Genovese, *Parere* cit., 27.

loro subordinare l'interesse della società amministrata a quello della capogruppo non si spiegherebbe perché debbano darne conto nel momento in cui abdicano alla loro autonomia decisionale e indicare dettagliatamente quale sia l'interesse perseguito nell'assoggettarsi alla scelta altrui[237].

In sintesi, quando si deroga al principio societario per cui gli amministratori sono coloro che adottano le decisioni, deve essere reso trasparente il meccanismo decisionale attraverso il quale queste decisioni sono assunte: viene meno, cioè, quel velo di riserbo che copre l'autonomia manageriale e la loro discrezionalità. Ciò, d'altronde, avviene anche nel sistema anglosassone, in cui, in caso di conflitto d'interessi, viene disapplicata la regola della *business judgement rule*.

Quanto ai sindaci, essi sono responsabili solidali per l'inadempimento dei doveri previsti dall'art. 2403 c.c. allorché esso concorra al prodursi del "fatto lesivo" e sono obbligati a dimostrare la propria diligenza o che l'evento dannoso si sarebbe comunque prodotto, anche se a fossero stati diligenti. Anche per i sindaci della società sottoposta rileva quanto previsto dall'art. 2403 bis, II comma, c.c., ossia la possibilità di scambiare informazioni con il collegio sindacale della capogruppo sull'andamento generale dell'attività sociale e sui sistemi di amministrazione e controllo. Infine, ad essi è altresì applicabile l'art. 2409, I e ultimo comma, c.c.

La responsabilità di tutti gli amministratori e vigilanti, rispettivamente della società capogruppo e di quella sottoposta, è solidale, nel senso che opera in ragione di un concorso *ex titulo* nel fatto lesivo, ossia derivante dalla stessa titolarità della funzione rispettivamente di amministrazione e di controllo[238].

Pertanto, il soggetto danneggiato (creditore o socio della controllata) può scegliere di agire: contro la capogruppo e i suoi organi e in via solidale contro gli amministratori e gli organi di vigilanza della sottoposta**,** quando si ritiene che abbiano preso parte al fatto lesivo; oppure contro la capogruppo, i suoi amministratori e sindaci, e, con autonoma azione, contro gli organi della società sottoposta, si sensi dell'art. 2394 c.c o 2395 c.c., in tal caso la sorte delle due azioni sarà indipendente.

### 9.3 *La responsabilità dei soci di controllo*

[237] Guizzi, *Eterodirezione dell'attività sociale* cit., 453.

[238] Così, infatti, si è espressa la Suprema Corte: «il diverso rilievo causale di quanti (sindaci e amministratori) abbiano concorso alla causazione del danno […] assume, poi rilievo, nei soli rapporti interni tra coobbligati (ai fini dell'eventuale esercizio dell'azione di regresso) e non anche nei rapporti esterni che legano gli autori dell'illecito al danneggiato…, giusto il principio generale di solidarietà tra coobligati di cui all'art. 2055, I comma, c.c.» (Cass. sez. I, 28 maggio 1998, n. 528).

I soci di controllo, sempre in base al III comma dell'art. 2497 c.c., possono essere chiamati a rispondere solidalmente con la società che ha esercitato l'attività illegittima di direzione e coordinamento, in quanto siano intervenuti nella gestione, attuandola abusivamente o in modo difforme da quanto previsto *ex lege*[239], oppure in quanto siano tra i soggetti che abbiano consapevolmente beneficiato dei vantaggi derivanti dall'abuso[240]. In virtù di tale disposizione, è possibile ricollegare la responsabilità alla *holding* persona fisica, la quale, come si è visto, non è espressamente contemplata tra i soggetti direttamente responsabili.

### 9.4 *La responsabilità delle c.d. "società sorelle"*

Per estendere la responsabilità alle c.d. "società sorelle", ossia quelle controllate dalla stessa società che dirige e coordina la società che ha subito il pregiudizio in questione, è necessario che esse abbiano "consapevolmente tratto beneficio" dal fatto lesivo.

Si deve ricorrere, quindi, ad una *fictio iuris* in virtà della quale si imputa uno stato volitivo a una società, e ciò implica che si dovrà dimostrare la consapevolezza dei suoi amministratori, tanto più che, spesso, le direttive vengono impartite attraverso canali di fatto, quali riunioni informali con gli amministratori delle società del gruppo, che fanno sì che vi sia una sorta di "concertazione" nel prendere le decisioni riguardanti le politica di gruppo o, almeno, consapevolezza delle stesse[241].

Ulteriore requisito per l'imputazione della responsabilità solidale è che le società sorelle abbiano tratto beneficio dal fatto lesivo. Questa formula ricorda la disciplina dell'indebito arricchimento di cui all'art. 2041 c.c., in quanto si è tenuti a rispondere nei limiti del vantaggio conseguito e non del danno provocato, dovendosi quantificare un arricchimento che non necessariamente corrisponde al danno sofferto dalla società lesa. Ciò rende l'obbligo in capo alla società sorelle più simile a quello di indennizzare che a quello di risarcire. Vi sono tuttavia differenze notevoli tra la disciplina di cui all'art. 2497, II comma, c.c. e quella di cui all'art. 2041 c.c.: 1) nella prima il rimedio è accessibile ai soci e non alla società, mentre nella seconda l'indennizzo è a favore del soggetto danneggiato; 2) nella seconda si prescinde dal requisito della consapevolezza del vantaggio conseguito; 3) nella prima l'attribuzione patrimoniale non è "senza causa" e si prescinde, quindi, dal giudizio di invalidità del titolo giuridico che ha dato causa allo spostamento patrimoniale; 4) la possibilità della non

[239] Cfr. Pavone La Rosa, *L'unico azionista tra "vecchia" e "nuova" disciplina,* in *Giur. comm.*, 2005, I, 433, ed F. Guerrera, *La responsabilità deliberativa* cit., 122 ss. e 381 ss.
[240] Niutta, op. cit., pp.396-7.
[241] P. Schlesinger, *Il gruppo polifunzionale*, in *Riv. Soc.*, 1988, 299.

coincidenza del beneficio conseguito dalla società sorella, a cui va commisurata l'obbligazione della stessa, e del danno subito dalla società lesa[242].

Sono da condividere i dubbi circa la qualifica di "solidale" attribuita a responsabilità aventi titoli differenti, avendo quella della capogruppo e di chi abbia concorso nell'attività illecita carattere risarcitorio, mentre quella delle società sorelle ed eventualmente anche dei soci di maggioranza della società lesa carattere indennitario[243].

## 10. *L'azione di responsabilità della società abusata verso la controllante*

Come è stato detto, il legislatore della riforma ha attuato una vera a propria "rivoluzione copernicana" (che, come visto, era stato già detto per la disciplina dei gruppi bancari), dal momento che ha posto al centro del sistema la responsabilità della società dominante (art. 2497, comma 1) ed, in via discendente, quella di coloro che abbiano preso parte al fatto lesivo o ne abbiano consapevolmente tratto beneficio (art. 2497, comma 2), attribuendo la legittimazione ad agire ai soci esterni ed ai creditori della società abusata[244].

Il problema, però, della legittimazione della società abusata si pone poiché, mentre lo schema di decreto legislativo approvato dal consiglio dei Ministri, in attuazione della l. n. 36/2001, nell'adunanza del 30 settembre 2002[245] prevedeva, in un ulteriore comma, che: «l'azione di cui ai precedenti commi non pregiudica il diritto della società al risarcimento del danno ad essa cagionato e non è pregiudicata dalla rinuncia o transazione da parte della società», il testo definitivo «subiva un autentico capovolgimento»[246].

Si è detto, perciò, che la norma ha suscitato «stupore e quasi incredulità nella dottrina che si è occupata di interpretare la norma in esame, la curiosa situazione in cui viene a trovarsi la società controllata»[247], e vi è, invece, chi ha criticato i criticanti perché mossi da *ésprit de gèomètrie*[248]. La norma, infatti, ha preso in esame la normale ipotesi che verifica nella prassi: la società controllata, di regola, non agirà nei confronti della "madre" che la controlla, in

---

[242] Si vada Guizzi, *Partecipazioni "qualificate" e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali.Manuale breve*, Milano, 2003, 251 ss.

[243] Anche se ammesso in dottrina, C.M. Bianca, *Diritto civile. L'obbligazione*, IV, Milano, 1991, 707 ss., e in giurisprudenza, Cass. 14 marzo 1996, n. 2120.

[244] Abbadessa, *La responsabilità* cit., 279.

[245] In *Riv. soc*., 2002, 1346 ss.

[246] «: scompariva ogni traccia di riconoscimento della legittimazione attiva della società abusata all'esercizio dell'azione di responsabilità verso la controllante per lasciare sorprendentemente posto alla previsione di una ambigua norma volta a subordinare l'azione degli azionisti "esterni" e dei creditori verso la controllante al mancato soddisfacimento da parte della società abusata (art. 2497, comma 3°, c.c.)». Così, testualmente, Abbadessa, *La responsabilità della società capogruppo* cit., 280.

[247] Così Giovannini, *Direzione e coordinamento* cit., 67.

[248] Cfr. Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 101.

quanto agirebbe contro se stessa; il legislatore avrebbe, con ciò, dimostrato di aver utilizzato l'*ésprit de finesse*[249].

Parte della dottrina ha ritenuto, perciò, che la soppressione del riferimento alla società tra i soggetti legittimati sia espressione della volontà del legislatore di escludere un'autonoma legittimazione attiva della società diretta e coordinata[250]. In particolare, secondo questa tesi, l'esclusione della legittimazione della società abusata consentirebbe di risolvere *in apicibus* il problema della quantificazione del danno risarcibile a favore della società abusata nel caso in cui essa promuova l'azione successivamente a quella dei soci esterni[251]. Né il singolo socio della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento sarebbe legittimato ad agire in responsabilità quale sostituto processuale della società partecipata, in quanto manca un'espressa previsione normativa in tal senso, necessaria ex art. 81 c.p.c.[252].

Per affermare la legittimazione della capogruppo, sono state prospettate almeno quattro teorie: *i)* la prima muove da un argomento logico: non è possibile immaginare un sistema nel quale il danno diretto (della società abusata) trovi una tutela inferiore rispetto al danno riflesso (dei soci "esterni" e dei creditori)[253];

---

[249] *Ibidem*, 102. Critico sulla norma, per la scelta di politica di diritto effettuata, Abbadessa, *La responsabilità della società capogruppo* cit., 286, secondo il quale: «la scleta del legislatore è stata quella di tutelare le società capogruppo ed i grandi investitori (*in primis* gli investitori istituzionali), ignorando puramente e semplicemente le esigenze di protezione dei piccoli azionisti, che rimangono, pertanto, al di fuori, dell'area degli interessi effettivamente protetti, almeno fin tanto che il nostro sistema non pervenga al riconoscimento di una *class action* idonea allo scopo».

[250] G. Oppo, *Spunti problematici sulla riforma della società per azioni*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2003, II, 481; Santuosso, *La riforma del diritto societario*, Padova, 2003, 244; Ferrara Fr. e Corsi, Gli imprenditori e le società, XIII ed., Milano, 2006, 825; Castronuovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 160; Badini-Confalonieri e R. Ventura, *commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, III, Bologna, 2004, 2172-2174.

[251] Così P. Abbadessa, *La responsabilità della capogruppo* cit., 285, al quale si rinvia per la critica delle tesi di Guerrera (l'eventuale cumulo dovrebbe essere sopportato dalla controllante a titolo di pena privata), Scognamiglio (il danno risarcibile a favore della controllata dovrebbe essere calcolato scalando gli importi già corrisposti agli azionisti esterni e ai creditori della controllata) e di Pinto (gli azionisti più diligenti cumulerebbero al risarcimento diretto gli effetti positivi riflessi conseguenti al ristoro assicurato alla società su un piano di perfetta parità con gli altri soci in base al principio *prior in tempore potior in iure*). Secondo Abbadessa (pp. 286-287), la norma non prevedere: *i)* un'ipotesi di risarcimento spontaneo da parte della società eterodiretta; *ii)* l'onere del risarcimento debba essere sopportato dalla società eterodiretta, poiché non è quella che ha causato il danno e si troverebbe a subire anche l'ulteriore perdita economica rappresentata dall'esborso risarcitorio.

[252] Quale la *Prozessstandschaft* di cui ai §§ 309 e 317 dell' *AktG*: così Cariello, op. cit., p. 1874, nota 75

[253] V. Bassi, in *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, 201; Cariello, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. civ.,* 2003, II, 339; Id., *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.,* 2003, 1256; Rodorf, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, 545; Guerrera, *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 25; G. F. Campobasso, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, VI ed., a cura di M. Campobasso, Torino, 2006, 301; Jaeger, Denozza e Toffoletto *Appunti di diritto commerciale*, VI ed., Milano, 2006, 298; Presti e Rescigno, *Corso di diritto commerciale*, II, Bologna, 2007, 337; Maggiolo, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo (art. 2497.3 c.c.)*, in *Giur. comm.,* 2006, I, 181; . rescigno, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 333; Scognamiglio, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione unitaria*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2007, 938;

*ii)* la seconda prevede il promovimento dell'azione da parte dei soci di minoranza ex art. 1393-*bis* c.c. quali sostituiti processuali della società stessa[254];

*iii)* altra tesi ammette la legittimazione attiva della società in base ai principi generali, in particolare in virtù dell'art. 2043 e dell'art. 2049 c.c., per mala gestio degli amministratori della controllante. L'azione verrà, di regola, proposta nel caso di cessione del pacchetto di controllo della capogruppo o di suo fallimento[255];

*iv)* una quarta tesi qualifica come surrogatoria l'azione concessa ai soci esterni ed ai creditori[256].

Gli avversari di quest'ultima teoria hanno ritenuto che essa non sia condivisibile per più motivi.

Il primo è che la qualificazione in termini surrogatori dell'azione di responsabilità dei soci di minoranza e creditori della controllata comporta la chiamata in causa della società abusata ex art. 2900, comma 1, c.c., con il conseguente rischio di comportamenti ostruzionistici da parte della società controllante.

Il secondo è che l'eventuale azione dei soci e dei creditori sarebbe pregiudicata dalla transazione o dalla rinuncia all'azione da parte della controllata; rinuncia o transazione approvate dall'assemblea governata dalla stessa controllante[257].

Il terzo è che, se di azione surrogatoria trattasi, la controllante deve risarcire l'intero danno subito dalla società abusata ed è, quindi, costretta a risarcire anche se stessa in proporzione alla sua partecipazione al capitale della controllata, mentre, qualificando l'azione come diretta, la società è libera di decidere se risarcire l'intero pregiudizio subito dalla controllata o solo quello subito dai soggetti esterni[258]. A questo argomento, si replicava che il rischio del "doppio risarcimento" si sarebbe verificato anche in caso di trasferimento del controllo della società abusata[259]. A questa obiezione veniva, a sua volta, obbiettato che il depauperamento

---

Mozzarelli, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, 2007, 182; Weigman, *I gruppi di società*, in *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 210.

[254] N. Salanitro, *I sistemi di amministrazione delle società azionarie,* in Aa.Vv., *Le grandi opzioni della riforma* del diritto e del processo societario*,* a cura di G. Cian, Padova, 2004, 179 ss.; Giovannini, *Direzione e coordinamento* cit., 65 ss.

[255] Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 102; Sacchi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 668; S. Patti, *«Direzione e coordinamento di società» brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 358; A. Patti, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, sub art. 2497, 2326 ss. In particolare Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., alla p. 102 sottolinea che, in base a questa ricostruzione, sarà preclusa la chiamata in causa della società per scorretta gestione imprenditoriale o societaria imputabile ai soci, come in materia di operazioni sul capitale deliberate dall'assemblea.

[256] P. Trimarchi, in *La riforma del diritto societario*, a cura di M. Vietti, F. Auletta, G. Lo Cascio, U. Tombari, A. Zoppini, Milano, 2006, 2296 ss.; Abbadessa, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 3, 2008, 279 ss.

[257] Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 102.

[258] P. Ferro-Luzzi, in *La riforma del diritto societario* cit., 2297 ss.

[259] Trimarchi, *La riforma del diritto societario* cit., 2297.

della società controllata sarebbe stato comunque scontato nel prezzo di trasferimento del controllo[260], per questo motivo il legislatore ha scelto di legittimare ad un'azione diretta di danno gli azionisti di minoranza e i creditori della società abusata.

Sulla base di queste argomentazioni, che sono di carattere sia logico sia economico, è preferibile ritenere che l'art. 2497 abbia previsto un'azione diretta da parte dei soci di minoranza e dei creditori, altrimenti difficilmente configurabile o esperibile, e che la società diretta e coordinata sia legittimata ad agire nei confronti della capogruppo in base ai principi generali, in quanto soggetto direttamente danneggiato[261].

Ulteriori profili problematici posti dalla norma sono:

*a)* se l'art. 2497, comma 3, c.c. esiga una semplice richiesta di pagamento stragiudiziale o, invece, deve essere giudiziale;

*b)* se questa richiesta configuri un onere il cui mancato assolvimento renda l'azione contro la capogruppo improcedibile.

Secondo una corrente di pensiero, è necessaria la preventiva escussione del patrimonio della società controllata, analogamente a quanto previsto dall'art. 2304 c.c.; beneficio di escussione che deve essere inteso solo nei confronti della holding e non di coloro che abbiano preso parte al fatto lesivo ai sensi del secondo comma dell'art. 2497 c.c., poiché, in questo modo, la *holding* potrà evitare l'azione esecutiva nei propri confronti dotando la controllata dei mezzi necessari per adempiere all'obbligazione risarcitoria[262].

Secondo altra corrente, si può pervenire al medesimo risultato di dotazione della controllata da parte della *holding* con una richiesta stragiudiziale, fungendo la prima come semplice esecutrice materiale della prestazione o delegata di pagamento[263].

Infine, vi è chi "grida allo scandalo", poiché, qualunque sia la tesi accolta, identica rimarrebbe la funzione della norma «garantire alla capogruppo che ha abusato della direzione unitaria, senza assicurare alla società eterodiretta i vantaggi compensativi previsti dall'art. 2497, comma 1°, c.c., un'ulteriore "via di fuga" allo scopo di scansare gli inevitabili riflessi negativi di una iniziativa *diretta* da parte degli azionisti "esterni" e dei creditori»[264].

---

[260] A. Zoppini, *La riforma del diritto societario* cit., 2297.

[261] Si v. anche M. Maggiolo, *L'azione di danno contro o ente capogruppo (art. 2497.3 c.c.)*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 176 ss., il quale, però, distingue tra danni riferibili e non alla società diretta e coordinata.

[262] Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 119-120, nonché Scognamiglio, *Danno sociale e azione individuale* cit., 962; Irace, in *La riforma della* società, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 3, sub art. 2497 c.c., 321.

[263] Cariello, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. delle società*, 2003, 1257, ove si ipotizza anche l'esistenza di una obbligazione attiva tra la società diretta e coordinata con i suoi soci di minoranza e creditori. Concordano Gambino e Santuosso, *Società di capitali*, II ed., Torino, 2007, 332; Rodorf, *I gruppi* cit., 542.

[264] Abbadessa, *La responsabilità della società capogruppo* cit., 288.

Non pare doversi condividere questa polemica posizione nei confronti della formulazione della norma, la quale sì ha delle pecche, ma non certo la funzione di tutelare la capogruppo. Semmai, la disposizione in esame ha lo scopo di prevenire più azioni nei confronti della capogruppo da parte di soci e creditori esterni che, invece, potrebbero essere più agevolmente risarciti nell'ambito della società diretta e coordinata.

## 11. *La legittimazione attiva del curatore o del commissario liquidatore o del commissario straordinario*

L'art. 2497 c.c., ultimo comma, preve che «nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario». Questa disposizione, quindi, tace riguardo ai soci. Si pone, dunque, il quesito se costoro rimangano legittimati all'azione nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria della società diretta e coordinata. Nel caso in cui si dia risposta affermativa, è stato sottolineato che si pone un problema di coordinamento con l'art. 90 del D.lgs. n. 270/1999, sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza[265]. A favore di tale soluzione, però, vi sono due argomenti.

Il primo è che il legislatore *ubi voluti dixit*, come, appunto, è accaduto nell'articolo sopra citato.

Il secondo argomento è tratto dalla legge fallimentare. Invero, ai sensi dell'art. 146, II comma, della l. fall., in caso di fallimento, il curatore è legittimato ad esercitare un'azione non di massa, che sorge *ex novo* e a titolo originario, ma quelle di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c. che la società e i creditori potevano esercitare prima del fallimento[266], mentre l'azione di cui all'art. 2395 c.c. rimane in capo ai singoli soci e ai terzi.

[265] Jorio, *I gruppi*, in AA.VV. , *La riforma delle società- Profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosiani, Torino, 2003, pp.201 ss.
[266] *Ex multis*: Cass. Sez. Un., 6 ottobre 1981, n. 5241; Trib. Napoli, 26 marzo 1995, in *Fall.*, 1995.

## NATURA DELLA RESPONSABILITÀ DELLA SOCIETÀ CAPOGRUPPO

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La responsabilità degli amministratori nella società monade. - 3. La responsabilità nei confronti dei creditori sociali. - 4. Responsabilità dell'amministratore nei confronti dei singoli soci e dei terzi in genere. - 5. Responsabilità extracontrattuale degli amministratori nei confronti della società. - 6. La responsabilità ex art. 3, ultimo comma, l. 3 aprile 1979, n. 95 (cd. Legge Prodi) ed ex art. 90 d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (cd. Legge Prodi-bis). - 6.1 Fondamento della responsabilità. - 6.2 Presupposti della responsabilità. - 6.3 Natura della responsabilità. - 7. La responsabilità nel gruppo bancario.

### 1. *Premessa*

Può a ragione dirsi che la natura della responsabilità della società capogruppo per esercizio illegittimo dell'attività di direzione (prima unitaria e ora di coordinamento) è un'appassionante *vexata quaestio*, sulla quale, nel corso di più di cinque lustri, non si è raggiunto un unanime consenso.

Sul campo si sono schierate le due opposte fazioni: l'una a favore di una configurazione in termini contrattuali della responsabilità della capogruppo; l'altra a favore di una sua configurazione in termini aquiliani.

La responsabilità prevista dall'art. 2497 cod. civ. è, perciò, ascrivibile a quella "zona d'ombra", quella sorta di purgatorio, dove aleggiano i mostriciattoli creati dal legislatore, le cui caratteristiche ibride ne determinano l'automatico inserimento tra quelle figure "che son sospese" in attesa di un definitivo inquadramento giuridico. Una nuova fattispecie di illecito[267], dunque.

A sostegno di ciascuna teoria sono stati invocati numerosi argomenti, dei quali è necessario dare conto. Prima però, deve dirsi che la soluzione al quesito della natura della responsabilità dovrà garantire l'intangibilità della caratteristica fondamentale del gruppo di società, ossia la sintesi tra unità e pluralità: unità dal punto di vista economico e pluralità da quello giuridico. Perché la caratteristica qualificante e sconcertante del gruppo, come visto, è la dialettica tra monismo (*Einheit*) e dualismo (*Vielheit*)[268] della sua anima (se è vero che la società per azioni ha un'anima, come ha sostenuto Kaysen)[269].

---

[267] G. Scognamiglio, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Trattato Abbadessa-Portale*, 948. Secondo G. Scognamiglio, la responsabilità per abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento è epigone di quella di cui all'art. 90 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, sostanzialmente riproduttivo dell'art. 3, ultimo comma, della l. n. 95/1979. Da questa tesi dissente Galgano, il quale fa discendere la responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. dalla responsabilità da reato delle persone giuridiche, come si vedrà *infra*.

[268] Per questo motivo Campobasso, *Diritto commerciale*, I, *Diritto delle società*, Torino, 1992, 263, ha affermato che «l'alterità soggettiva tra le società che lo compongono ed il monismo economico ne fanno un fenomeno del

Si deve subito dire che:

*i)* per la qualificazione della suddetta responsabilità della capogruppo, sono stati riproposti i medesimi argomenti che sono stati avanzati in sede di qualificazione della responsabilità ex art. 2395 c.c. ed ex art. 90 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, figlia dell'art. 3, ultimo comma, della l. n. 95/1979, recante la nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza; norme che prevedono la responsabilità degli amministratori della società che esercita l'attività di direzione unitaria. La prima volta, però, che si è resa responsabile la capogruppo stessa, è avvenuto con le previsioni dettate in materia di gruppi bancari;

*ii)* il legislatore, con questa forma di responsabilità ha mostrato di optare per una modalità di tutela degli interessi dei soci esterni e dei creditori pregiudicati dalle politiche imprenditoriali di gruppo fondata sullo strumento della responsabilità civile[270];

È necessario, quindi, esaminare gli argomenti proposti sia in ordine alla qualificazione della responsabilità degli amministratori ex art. 2395 c.c. sia ex art. 3, ultimo comma, della l. n. 95/1979, nonché della capogruppo nel gruppo bancario.

## 2. *La responsabilità degli amministratori nella società monade*

La responsabilità degli amministratori è regolata dagli artt. 2392, 2392 *bis*, 2393, 2394 e 2395 del c.c., per quanto riguarda le società di capitali, ma tali norme, per espresso richiamo degli artt. 2465, 2487 e 2516 del c.c., si applicano anche alle società in accomandita per azioni, alle società a responsabilità limitata e alle società cooperative.

Soggetti passivi di tale responsabilità sono: a) la società (artt. 2392, 2392 *bis* e 2393); b) i creditori sociali ( art. 2394 c.c.) c) i singoli soci e i terzi (art. 2395 c.c.).

---

tutto singolare non specificatamente disciplinato: vana, difatti, sarebbe la ricerca di una disciplina unitaria all'interno di esso».

[269] Anche se Lord Cancelliere Edward Thurlow espresse la cinica considerazione secondo la quale le *corporation*, non avendo né corpo da punire, né anima da dannare, erano libere di fare tutto ciò che volevano. Cfr. Rossi, *Il mercato d'azzardo* cit., 28.

[270] Sul punto, tra gli altri, F. d'Alessandro (*La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc*., 2004, 3, 45 ss.) ha ipotizzato addirittura che, dopo la riforma del diritto societario, non residui più spazio per una tutela reale nel fenomeno dei gruppi. La disciplina della responsabilità da esercizio dell'attività di direzione e coordinamento assorbirebbe quella dell'invalidità per conflitto di interessi del socio nelle delibere assembleari, o degli amministratori nelle delibere consiliari, delle società appartenenti ad un gruppo. Per altri Autori, quali G. Minervini, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.,* in *Giur. comm*., 2006, I, 157, nei gruppi di società la tutela risarcitoria si aggiungerebbe a quella reale, per cui residuerebbe una spazio di applicabilità dell'art. 2391.

La responsabilità degli amministratori nei confronti della società, disciplinata dagli artt. 2392, 2392 *bis* e 2393m non verrà esaminata, in quanto è pacifica in dottrina[271] e in giurisprudenza[272] la natura contrattuale di tale responsabilità, atteso che la fonte della stessa è nella violazione di un obbligo di comportamento nascente dal conferimento dell'incarico di amministratore.

### 3. *La responsabilità nei confronti dei creditori sociali*

L'art. 2394 c.c. stabilisce che «Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. La rinunzia dell'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria, quando ne ricorrono gli estremi».

È una norma introdotta per la prima volta nel codice del 1942, in quanto nel codice di commercio si affermava congiuntamente la responsabilità degli amministratori verso la società e verso i terzi[273], il che «aveva dato luogo a complesse e sottili disquisizioni che non potevano lasciarsi più oltre insolute»[274].

La *ratio* della norma è di sottoporre l'operato degli amministratori non solo al controllo dell'assemblea degli azionisti, ma anche al controllo dei creditori e cioè di due categorie, relativamente alle quali sono sottesi interessi diversi e quindi diversamente tutelati dalla legge.

L'interesse meritevole di tutela dei creditori è quello che concerne la integrità del patrimonio della società, il quale costituisce quella garanzia generica alla obbligazioni assunte dalla società che è il presupposto in base al quale il creditore acconsente a fare credito alla stessa. "Se il patrimonio sociale risulta sufficiente, i creditori possono soddisfarsi su di esso e non hanno motivo- in una concezione privatistica e liberistica della S.p.A. – di rilevare illegittimità commesse dagli amministratori"[275]: è quindi un monitoraggio sulla gestione degli amministratori che si colloca su un piano diverso da quello degli azionisti. "La pretesa di

---

[271] Ad es. Ferri, *Le Società*, in *Tratt. dir. civ.* , diretto da F. Vassalli, X, 3, Torino, 1971, p.626; Ferrara, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1975, VI ed.; Galgano, *Le società per azioni* , in *Tratt. Dir. civ. e dir. pubbl dell'economia*, vol. XIX, Padova, 1994, p.2770; Bonelli, *Natura giuridica delle azioni di responsabilità contro gli amministratori*, in *Giur. Comm.* , 1982, II, 770.

[272] Cass. , 16 gennaio 1982, n. 280, in *Giur. It.*, 1982, I, 1, 844; Cass, Sez. Un., 6 dicembre 1981, n. 5421, in *Giur. Comm.*, 1982 ,II, 768.

[273] Alpa e Bessone, *La responsabilità civile*, aggiornamento 1988-1996, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, a cura di W. Bigiavi, Torino, 1996, I.

[274] *Relazione al c.c,.* n. 982.

[275] *Relazione al c.c. ,* n. 982

risarcimento riconosciuta ai creditori sociali è, soprattutto, destinata ad operare come stimolo ad una oculata amministrazione per quegli amministratori che, avendo il controllo azionario della società da essi amministrata, non hanno nulla da temere da una azione sociale di responsabilità»[276].

L'interesse degli azionisti è quello a una *bona gestio* degli amministratori e ad un aumento della redditività della loro partecipazione alla società; quello dei creditori sociali è a che non venga depauperata la loro garanzia generica e da ciò consegue che lo strumento di tutela previsto dalla legge possa essere azionato solo nel momento in cui il patrimonio diventa insufficiente, il che di norma avviene in sede fallimentare, o, altrimenti, nei confronti degli amministratori di una S.p.A. con oggetto non commerciale.

Il problema che si è posto in dottrina e in giurisprudenza è quello della natura di tale responsabilità, ossia se essa è contrattuale o extracontrattuale.

Favorevole alla prima tesi è Bonelli, il quale rileva come tale responsabilità presenti le caratteristiche della responsabilità contrattuale perché:

1) deriva dall'inadempimento di una preesistente obbligazione( anche se posta dalla legge) e non dal mero compimento di un atto dannoso;

2) viene in considerazione, in quanto vi è la violazione di un precedente vincolo e come mezzo successivo per ristabilirne la forza effettuale, non già quale semplice mezzo di accollo di un danno.

Quindi "si imputa agli amministratori la violazione di obbligazioni preesistenti, obbligazioni che presuppongono l'esistenza di un rapporto tra gli amministratori e la società; e si è, quindi, nettamente fuori dall'area della responsabilità extracontrattuale"[277] All'illustre Autore replica altro illustre Autore, Galgano, il quale afferma: " questa è responsabilità da fatto illecito: è applicazione, ad un caso specifico, della regola generale posta dall'art. 2043":

1) il danno ingiusto è la lesione dell'aspettativa di prestazione che rientra nella figura della lesione del credito;

2) la colpa degli amministratori è l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale.[278]

È interessante notare che argomentazioni simili sono riproposte nel dibattito sulla natura della responsabilità di cui all'art. 2497 del c.c.; ma la maggioranza della dottrina è favorevole

[276] Galgano, *Le società per azioni*cit., 276.
[277]Bonelli, *Gli amministratori* cit., 85-86 dattil.
[278] Galgano, *Le società per azioni*cit., 272.

alla tesi della natura extracontrattuale della responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali [279].

Così sancisce la Suprema Corte: «Altra e distinta forma di responsabilità è, per converso, quella degli amministratori verso i creditori sociali - prevista dal successivo art. 2394 c.c., come conseguenza dell'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale -, la cui natura extracontrattuale presuppone l'assenza di un preesistente vincolo obbligatorio tra le parti, ed un comportamento dell'amministratore funzionale ad una diminuzione del patrimonio sociale di entità tale da rendere lo stesso inidoneo per difetto ad assolvere la sua funzione di garanzia generica ( art. 2740 c.c.), con conseguente diritto del creditore sociale di ottenere, a titolo di risarcimento, l'equivalente della prestazione che la società non è più in grado di compiere»[280].

Presupposti di tale azione sono «l'esistenza di un pregiudizio patrimoniale per i creditori (costituito dall'insufficienza del patrimonio sociale a soddisfarne le rispettive ragioni di credito), la condotta illegittima degli amministratori, nonché un rapporto di causalità tra pregiudizio e condotta, dovendosi, peraltro, commisurare l'entità del danno alla corrispondente riduzione della massa attiva disponibile in favore dei creditori stessi»[281].

La condotta degli amministratori si configura illegittima quando viola "gli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale", secondo l'art. 2394. Ma quali sono questi obblighi? Secondo una parte della dottrina coincidono con gli obblighi generali di diligenza degli amministratori[282], «giacché ogni atto di impresa è atto di disposizione del patrimonio sociale e, quindi, atto suscettibile di essere valutato sotto l'aspetto del pregiudizio al patrimonio della società»[283].

Secondo altra parte della dottrina tali obblighi concernerebbero solo «il divieto di compiere operazioni o atti, dolosi o colposi, che siano tali da comportare una vendita e quindi una diminuzione del patrimonio sociale»[284]; «l'azione sociale copre una più vasta area di responsabilità rispetto all'azione concessa ai creditori sociali, comprendendo non solo la

---

[279] Osti, *Sull'azione dei creditori e dei terzi contro gli organizzatori di S.p.A.,*in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1955, 807; Graziani, *Diritto delle società,* Milano, 1962, 378; Ferrara jr., *Imprenditori e società* cit., 449; Franzoni, *Le responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, in *Tratt. dir. comm. pubbl. ec*., XIX, Padova, 1994, 1ss.

[280] Cass., 22 ottobre 98, n. 10488. V. anche Cass. 25 luglio 1979, n. 4415, in *Giur. Comm*., 1980, II, 325 e Id., 27 luglio 1979, n. 3768, ibid, 1980, II, n. 904.

[281] Cass., 6 dicembre 2000, n. 15487.

[282] Bonelli, *Gli amministratori di S.p.A.* cit., cap. V, sez. I.

[283] Galgano, *Le società per azioni*cit., 275.

[284] Borgioli, *I direttori generali di società per azioni*, Milano, 1974, 341.

violazione di obblighi inerenti al patrimonio sociale, ma altresì la violazione di qualsiasi obbligo previsto dalla legge o dall'atto costitutivo»[285].

Casi di responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori possono essere[286]:

1) la sottrazione di parte del patrimonio sociale;

2) la restituzione ai soci, in tutto o in parte, dei loro conferimenti;

3) la ripartizione di utili fittizi;

4) l'ottenimento di prestiti che non sono in grado di restituire;

5) l'omesso controllo della verità dei conferimenti.

Ulteriore presupposto per poter far valere la responsabilità degli amministratori è quello dell'"insufficienza dell'attivo", il che si verifica quando il "il patrimonio risulta insufficiente in quanto sia inutilmente aggredito dai creditori"[287].

### 4. *Responsabilità dell'amministratore nei confronti dei singoli soci e dei terzi in genere*

L'art. 2395 c.c., che disciplina l'azione individuale del socio e del terzo, recita: «Le disposizioni dei precedenti articoli non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori. L'azione può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha danneggiato il socio o il terzo».

Tale azione si distingue da quella sociale e da quella esercitata dai creditori sociali, in quanto il danno deve prodursi *direttamente* sul patrimonio del socio e del terzo, e non sul patrimonio sociale[288], come è stato più volte sancito dalla Suprema Corte: "(la fattispecie astratta di cui all'art. 2395) presuppone che il danno allegato non costituisca riflesso di altro danno arrecato al patrimonio sociale, ma abbia propria, autonoma genesi, e fisionomia"[289].

Presupposti dell'azione di cui all'art. 2395 c.c. sono: a) l'esistenza di un atto illecito da parte degli amministratori; b) il verificarsi di un danno direttamente nella sfera patrimoniale del socio o del terzo; c) il nesso di causalità tra pregiudizio e condotta illecita.

Riguardo alla tipologia degli atti illeciti azionabili, si è sostenuto che sarebbero solo quelli compiuti al di fuori dell'esercizio delle funzioni attribuite agli amministratori e derivanti da un'attività individuale[290], e ciò perché l'avverbio direttamente usato dal legislatore

---

[285] Alpa e Bessone, *La responsabilità civile*, *aggiornamento 1988-1996*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, a cura di W. Bigiavi, Torino, 1997, sezione IV.

[286] G. Frè – G. Sbisà, *Società per azioni*, in *Commentario* al c.c., a cura di Scaloja e Branca, libro V, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1982, 524.

[287] Cottino, *Diritto commerciale*, Padova, 1976, 675; Cass. 14 febbraio 1976, n. 411.

[288] Bonelli, *Gli amministratori di società per azioni* , in *Tattato di dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1985, 313.

[289] Cass., 10 aprile 1988, n. 4817; Cass. n. 2316/1994 cit..

[290] App. Brescia, 11 settembre 1955, in *Mass. Giust. Civ.* , 1955; Trib. Napoli, 12 febbraio 1954.

escluderebbe dalla possibilità di azione l'illecito commesso mediatamente dagli amministratori attraverso la società. A tale interpretazione si contrappone sia un argomento letterale, il richiamo da parte dell'art. 2395 dei precedenti articoli, sia un argomento logico: gli illeciti commessi al di fuori dell'incarico di amministratore che abbiano prodotto un danno, sono perseguibili secondo l'art. 2043 e dunque l'art. 2395 sarebbe disposizione superflua[291]. Ciò è stato statuito anche dalla giurisprudenza: «l'art. 2395 […] richiede unicamente che il danno causato dagli amministratori abbia investito in via immediata il patrimonio del socio o del terzo, senza che assuma rilievo che il danno sia stato arrecato dagli amministratori nell'esercizio delle loro incombenze o al di fuori di esso, né che il danno sia, o meno, ricollegabile ad un inadempimento della società, né, infine, che l'atto lesivo sia stato eventualmente compiuto dagli amministratori nell'interesse della società o a vantaggio della stessa»[292].

Innanzitutto il requisito dell'incidenza diretta del danno sul patrimonio del socio o del terzo concerne l'*an debeatur* e va tenuto distinto da quello in base al quale sono risarcibili solo i danni che siano "conseguenza immediata e diretta" dell'atto, che concerne invece il *quantum debeatur*[293]. Nella pratica è assai difficile stabilire se il danno prodottosi nel patrimonio del socio e del terzo sia autonomo o sia un riflesso di quello prodottosi nel patrimonio sociale. A titolo esemplificativo si faranno due esempi. Rientra nella fattispecie di cui all'art. 2395 c.c. il caso dell'amministratore che mediante la redazione di bilanci induca i socie o i terzi ad acquistare, vendere azioni o sottoscrivere aumenti di capitale a condizioni manifestatamene inadeguate, provocando così un danno al loro patrimonio[294]. Questo caso si potrebbe dire che sia attuale, visto quanto accaduto nel caso Parmalat. Mentre non rientra nella previsione dell'art. 2395 c.c., bensì in quella di cui all'art. 2393 c.c., il caso di distrazione da parte degli amministratori di utili di cui non era ancora stata deliberata la distribuzione[295].

Quanto alla natura di questa responsabilità, vi è in dottrina chi abbia ipotizzato la sua natura contrattuale, in base all'assunto che essa derivi dall'inadempimento di preesistenti obblighi che l'atto costitutivo o la legge impongono agli amministratori per il corretto esercizio delle loro funzioni e non dal mero compimento di un atto dannoso in violazione del generico dovere del *neminem laedere* oppure in base a una valutazione comparativa degli

---

[291] *Ex multis*: Baudino-Fascinelli, *Gli amministratori di società per azioni e a responsabilità limitata,* Milano 1994, 198 e 199, nota 47; Frè-Sbisà, *Società per azioni* cit., 1982.
[292] Cass., 28 marzo 1996, n. 2850.
[293] Alpa e Bessone, *La responsabilità civile* cit., *passim*.
[294] Minervini, *Gli amministratori* cit., 363; App. Firenze, 13 aprile 1966, in *Dir. fall.*, 1966, II, 854.
[295] Cass. 26 marzo 1993, n. 9385; Cass. 23 febbraio 1969, n. 1290, in *Riv. Dir. Comm.*, 1969, II, 428.

interessi rapportata a un criterio di pubblica utilità[296]. Ma è facilmente replicabile che «una responsabilità per danni derivanti da dalla violazione di doveri di prestazione può sussistere solo nei confronti del soggetto attivo di un rapporto obbligatorio, e che i soci e i terzi che agiscono ex art. 2395, non sono parti di un rapporto obbligatorio con gli amministratori»[297]. I

La tesi assolutamente prevalente in dottrina ( per esempio Galgano, ferri, Cottino, Ragusa Maggiore) e in giurisprudenza[298] è quella della natura extracontrattuale della responsabilità in esame. Così afferma la Cassazione: «la domanda […] rientra nello schema della responsabilità, di natura extracontrattuale, prevista dall'art. 2395 c.c., la quale presuppone che il danno allegato non costituisca un riflesso di altro danno arrecato al patrimonio sociale, ma abbia autonoma genesi e fisionomia, con ciò distinguendosi dalla responsabilità contrattuale, ex art. 2393, che la società può invocare nei confronti dell'amministratore per la violazione di obblighi legali o pattizi, inerenti all'esercizio delle funzioni di quest' ultimo»[299].

Le motivazioni, con cui viene affermata la natura extracontrattuale della responsabilità dell'amministratore nei confronti dei socie o dei terzi, sono di estremo interesse, perché, con qualche variante, vengono riproposte nella discussione, animata, sulla natura della responsabilità della capogruppo per l'attività di direzione e coordinamento, di cui all'art. 2497.

Nella fattispecie prevista dall'art. 2395, però, la responsabilità si imputa agli amministratori e solo in virtù del rapporto organico - il principio di immedesimazione organica prevede che la persona giuridica sia chiamata a rispondere dell'atto illecito dell'organo - delle violazioni dell'amministratore risponde anche la società da lui amministrata[300].

### 5. *Responsabilità extracontrattuale degli amministratori nei confronti della società*

Si è discusso se potessero ritenersi responsabili gli amministratori ai sensi dell'art. 2043, nonostante "il tiro incrociato" al quale sono sottoposti ai sensi degli artt. 2392, 2393, (2393bis) 2394 (2394bis)[301].

Si è ritenuto che gli amministratori rispondano ex art. 2043 nel caso in cui l'illecito da essi commesso possa dirsi assolutamente estraneo all'attività gestoria, ossia quando la violazione

---

[296] Bonelli, *Nature giuridiche delle azioni di responsabilità contro gli amministratori,* in *Giur. Comm.*, 1982, II, 778.
[297] Alpa e Bessone, *La responsabilità civile* cit., cap. IV.
[298] Cass., 8 luglio 1991, n. 7534; Cass., 7 settembre 1993, n. 9385; Cass., 28 febbraio 1998, n. 2251; Cass., 28 febbraio 1998, n. 2253.
[299] Cass., 1° aprile 1994, n. 3216.
[300] Cass., 15 dicembre 1992, n. 12951; Cass., 12 giugno 1969, n. 2074.
[301] A. Baldassari, *La responsabilità civile*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, I, Torino, 2005, 123.

di diritti altrui tutelati dalla legge presenti una legame di mera occasionalità con il rapporto contrattuale, In merito la Suprema Corte:ha affermato che "non è pertanto soggetta alla disciplina di tale norma ( 2393), .., la responsabilità che si configuri in relazione ad atti che non costituiscano estrinsecazione diretta delle specifiche attribuzioni dell'amministratore, ancorché da queste occasionati e agevolati, e così l'azione di responsabilità promossa dalla società contro un amministratore, per indebita sottrazione di beni della società da parte di quest' ultimo, integra un illecito extracontrattuale."[302] G. Scognamiglio esemplifica il caso dell'amministratore che, trovandosi nello stabilimento della società nel quale giacciono materiali altamente infiammabili, si accendesse la sigaretta e provocasse un'esplosione; ovvero , di notte, derubasse i magazzini sociali.

Insomma, occorre che l'atto illecito possa essere compiuto da chiunque e non in virtù della particolare carica ricoperta.

## 6. *La responsabilità ex art. 3, ultimo comma, l. 3 aprile 1979, n. 95 (cd. Legge Prodi) ed ex art. 90 d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (cd. Legge Prodi-bis)*

Va fatto, innanzi tutto, un accenno alle teorie prospettatesi *ante* riforma sul tema della responsabilità degli amministratori della società capogruppo, e della capogruppo stessa, nei confronti dei soci di minoranza e dei creditori sociali, teorie originate, prima, dall'art. 3 della Legge Prodi e poi dall'art. 90 della Legge Prodi-*bis*.

Il D.Lgs. n. 270/1999, intitolato *Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, a norma della legge 30 luglio 1998, n. 274*, prevedeva nell'at.90, riproducente con qualche lieve differenza, l'art. 3, ultimo comma, della legge Prodi, che nei casi di direzione unitaria delle imprese del gruppo, gli amministratori delle società che avevano abusato di tale direzione rispondessero "in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente dei danni da questi cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive impartite".

In merito a questa previsione, è opportuno analizzare: *i)* il fondamento della responsabilità; *ii)* i suoi presupposti e *iii)* la natura della medesima.

### 6.1 *Fondamento della responsabilità*

[302] Cass., 9 luglio 1987, n. 5989, in *Giur. comm.*, 1989, II, 208.

L'art. 90 del D.Lgs. 270/1999 imputa la responsabilità da abuso di direzione unitaria agli amministratori della società controllante, definita dall'art. 80 dello stesso decreto legislativo.

Si è cercato, sin dall'emanazione dell'art. 3 suddetto, di estendere l'applicazione della norma al di là della procedura concorsuale di amministrazione straordinaria e, addirittura, al di fuori di una situazione di insolvenza, sulla base del rilievo che la problematica della responsabilità all'interno del gruppo non fosse legata a specifiche necessità della procedura di amministrazione straordinaria, bensì avesse rilevanza generale[303]. Perciò, parte della dottrina ha tentato di affermare la responsabilità degli amministratori della controllante e della società controllante stessa per i danni da quest'ultima causati alle società controllate per effetto della sua direzione unitaria del gruppo, anche nel caso in cui le controllate fossero *in bonis*[304].

La norma predetta «compie due balzi: il primo permette di arrivare alla controllante, e il secondo agli amministratori di quest'ultima, incaricati di attuare la direzione unitaria»[305].

Essa non si arresta a prevedere la responsabilità dell'impresa controllante, in quanto sancisce «una responsabilità per (i danni cagionati attraverso) l'uso scorretto e negligente del potere gestorio - sia pure nell'ambito di una gestione che potremmo definire indiretta o di secondo grado o di indirizzo[306] - che sono appunto gli amministratori (della società capogruppo) ad esercitare; ponendo materialmente in essere gli atti e l'attività di gestione»[307].

In altre parole "la norma prevede una responsabilità per colpa e fatto proprio"[308], richiamandosi al brocardo "*Keine Herrschaft ohne Haftung*" e, per essere più precisi, la norma non prevede una responsabilità patrimoniale nel senso dell'art. 2740 c.c. (*Haftung*) ma solo l'obbligo di risarcire i danni provocati con il proprio comportamento (*Verantwortlichkeit*)[309]. Si vuole così che chi si ingerisce nella gestione di una società ne rispetti i principi di gestione e ne assuma la conseguente responsabilità.

Si è ipotizzato che la disposizione prendesse in considerazione solo la responsabilità degli amministratori della controllante e non della stessa controllante, al fine di rendere responsabili gli amministratori di fatto[310], in quanto nel nostro ordinamento (fino ad ora) solo le persone

---

[303] Cfr. A. Maffei Alberti, *Amministrazione straordinaria*, in *Nuove leggi civ.*, 1979, II, 755.
[304] P. J. Jaeger, "*Direzione unitaria di gruppo*" *e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 1985, 854; Galgano, *I gruppi* cit., 134-135, il quale proponeva un'applicazione analogica della norma; G. Scognamiglio, *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 365 ss.; U. Tombari, *Il gruppo di società,*Torino, 1997, 241 ss.
[305] Alessi, *La disciplina dei gruppi multinazionali nel sistema societario italiano*, in *Saggi di diritto commerciale* a cura di Ascarelli e Ferri, Milano, 1988, 270.
[306] Cfr. Bonelli, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 271, nota 233.
[307] Scognamiglio, *La responsabilità della società capogruppo: problemi e orientamenti*, in Il *gruppo di imprese nella realtà giuridica italiana*, atti del convegno di Verona 6-7 Novembre 1987, Padova, 1990, 65.
[308] Bonelli, *Gli amministratori* cit., 263.
[309] Alessi, *La disciplina dei gruppi* cit., 270.
[310] G. Ferri, *Le società*, in *Trattato dir. civ.* , fondato da Vassalli, Torino, 1987, 1028-9.

fisiche potevano ricoprire l'incarico di amministratori. Al contrario, in altri ordinamenti nel concetto di amministratore di fatto è stata ricompresa anche la capogruppo.

Infatti nell'ordinamento anglo-sassone la *parent company* può essere considerata *shadow director* della sua *subsidiary*, intendendosi per *shadow director*, ai sensi dalla sect. 251 dello Inolvency Act 1986, il soggetto «*in accordance with whose instructions or directions the directors of the compagny are accustomed to act*»[311] e in quello francese la capogruppo può essere qualificata *administrateur de fait* o *dirigeant de fait* della controllata, conseguendone la possibilità di esperire sia l'azione di responsabilità prevista dall'art. 244 della legge n. 66- 527 sulle società commerciali, sia *l'action en comblement du passif socia*l, ai sensi dell' art. 180 della legge n. 85-98[312].

Ma la fattispecie di amministratore di fatto è parzialmente diversa da quella che la disposizione in esame è volta a regolare, poiché la direzione unitaria "implica di regola soltanto la centralizzazione nella capogruppo di talune funzioni strategiche, non la partecipazione degli amministratori della capogruppo a tutte le decisioni che la controllata è chiamata a prendere, che è, invece, il comportamento tipico dell'amministratore di fatto"[313].

La dottrina italiana si è mobilitata per affermare la responsabilità della capogruppo, benché non espressamente prevista, in base alla presunzione di un suo patrimonio ben più cospicuo di quello degli amministratori (la cd. *deep pocket*) [314]. Si è così sostenuto che la società controllante risponde anch'essa dei danni che i propri amministratori hanno cagionato alla società controllata in base al rapporto organico che tra essi intercorre[315] o in virtù dell'art. 2049 c.c.. A tali interpretazioni possono tuttavia opporsi tre argomenti.

Innanzi tutto può opporsi che il legislatore "ubi voluit dixit", data "la dirompente novità del principio" (dell'immedesimazione organica) ai tempi della redazione dell'art. 3 del legge 3-4-1979, e la mancata inserzione della responsabilità della capogruppo nel riscrivere la norma da parte del D.Lgs. n. 270/1999. In secondo luogo, la funzione più comminatoria che risarcitoria della norma. in esame[316], in quanto "non mira tanto a reintegrare il patrimonio della società, quanto a punire i soggetti che hanno posto in essere l'attività illecita e la stessa esiguità dei patrimoni personali degli amministratori ….costringe il profilo risarcitorio in posizione subordinata". La norma stessa, poi, non è posta a tutela dei creditori, poiché il

---

[311] Wilkinson, *Piercing the corporate veil and the insolvency act 1986*, in *The company lawyer* , 1987, 124 ss.
[312] Vanetti, *Protezione dei creditori e gruppi di società. La responsabilità della capogruppo in Francia*, in *Dir. com. Scambi intern*., 1979, 565.
[313] Abbadessa, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società*, a cura di Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 416ss.
[314] Fortemente critico sulla possibilità che in base alla norma in oggetto possa configurarsi un'azione di responsabilità che si estenda dagli amministratori della società controllante alla controllante stessa: Abbadessa, *La responsabilità della società capogruppo* cit., 291.
[315] Jaeger, *Direzione unitaria di gruppo e responsabilità degli amministratori*, in Giur. Comm., 11985, p.817.
[316] Borgioli, , Direzione unitaria e responsabilità nell'amministrazione straordinaria , in Riv. soc., 1982, 26.

ricavato dell'azione non è distribuito tra questi, ma entra nel patrimonio sociale e conseguentemente "si rafforza il valore materiale del precetto, posto a tutela non di posizioni individuali dei creditori, ma dell'insieme dei livelli di interesse metaindividuali presenti nella società figlia"[317].

Infine, sul piano della valutazione comparativa degli interessi, sancire la responsabilità della capogruppo significa far sopportare le conseguenze di una gestione sventata non solo al socio di maggioranza, ma anche ai creditori e ai soci di minoranza, i quali non hanno mai preso parte a tale gestione[318], significherebbe far assumere le conseguenze di un comportamento a chi è rispetto ad esso estraneo.

A questi argomenti è opponibile a sua volta, *in primis,* un argomento grammaticale e logico: è alla società che si imputa e fa capo la direzione unitaria; in secondo luogo, un argomento sistematico: sarebbe rilevabile nel nostro ordinamento positivo una tendenza ad affermare la solidale responsabilità dell'ente alla responsabilità di coloro che agiscono per esso, si pensi agli artt. 28 Cost. e 2281 c.c.[319].

Il problema di imputare alla società controllante la responsabilità per i danni inferti dai suoi amministratori si pone ancor più vigorosamente, dovendosi coordinare tale norma e il principio ad esso sotteso all'art. 2497 c.c., poiché quest'ultimo stabilisce, diversamente, la responsabilità in via primaria della società o ente nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

Sarà, però opportuno raffrontare le due disposizioni dopo aver analizzato l'art. 2497[320].

La soluzione verso cui protendere è quella di rendere responsabile la società capogruppo sulla base di una valutazione comparativa degli interessi in gioco, in quanto non si tratta di preferire i creditori della controllata a quelli della controllante, ma di rendere responsabile la struttura che ha permesso agli amministratori, tramite il conferimento dell'incarico, di impartire direttive e di contribuire a rendere la società insolvente. Infatti, se l'articolo in questione ha la funzione di tutelare la società controllata, potrà tanto più assolvere alla sua funzione in quanto tuteli la stessa nei confronti della società controllante *in toto*, dal momento che l'esercizio abusivo della direzione unitaria posto in essere dagli amministratori potrebbe essere evitato da un controllo incisivo all'interno della stessa società capogruppo. D'altra parte, quando un danno sia prodotto dagli amministratori nell'esercizio delle loro funzioni, si

---

[317] R. Alessi, *La disciplina dei gruppi multinazionali nel sistema societario italiano*, in *Saggi di diritto commerciale* a cura di Ascarelli e Ferri, Milano, 1988, 277.
[318] Pavone La Rosa, *La responsabilità de "controllo"nei gruppi di società*, in *Riv. soc*., 1984 , 435.
[319] Argomenti tratti da Scognamiglio, *La responsabilità della società capogruppo* cit., 62.
[320] Singolare è la posizione di Abbadessa, *La responsabilità della società capogruppo* cit., 289, il quale dubita fortemente che la norma dettata in materia di amministrazione straordinaria sia «sopravvissuta alla nuova disciplina dei gruppi introdotta dalla riforma del diritto societario».

può ritenere che la condotta sia riferibile alla società e che , pertanto, l'obbligo risarcitorio incomba su di essa[321].

Pertanto, la responsabilità unica degli amministratori potrebbe giustificarsi solo nel momento in cui gli amministratori della capogruppo abbiano agito a titolo e per iniziativa personali[322].

### 6.2 *Presupposti della responsabilità*

Presupposto della responsabilità degli amministratori è la direzione unitaria, la quale "denota la situazione in cui il gruppo viene amministrato come se si trattasse di una sola impresa" (Bonelli, Jaeger, Libonati). L'abuso di direzione unitaria si ha quando «gli amministratori della società dominante abbiano "determinato" la gestione della società dominata in modo tale da danneggiare (sia pur indirettamente) i creditori della società dominante ed abbiano quindi "usato" quest'ultima, più o meno consapevolmente ma comunque colposamente , e così prodotto quegli effetti pregiudizievoli di cui si discute»[323]()

Esso si configura nel momento in cui la capogruppo, conscia del proprio potere nei confronti delle società controllate, lo usi per imporre alla controllata scelte contrarie ai suoi interessi, che produrranno per essa unicamente un pregiudizio, e avvantaggeranno esclusivamente la capogruppo o un'altra società del gruppo. Si può fare il caso, per esempio, di una politica di bilancio imposta alla controllante che non faccia emergere le perdite della controllata , consentendo così la prosecuzione in violazione dell'art. 2429 c.c.[324].

Affinché sussista responsabilità l'abuso di direzione unitaria deve aver prodotto un danno alla società controllata, ossia un pregiudizio al patrimonio sociale: tale danno deve essere conseguenza diretta e immediata, secondo un nesso eziologico, delle direttive impartite dagli amministratori della controllante. Per poter azionare questa responsabilità la società controllata deve trovarsi in stato di insolvenza.

### 6.3 *Natura della responsabilità*

---

[321] Ferrara, *Le persone giuridiche*, nel *Tratt. Dir. Civ. it.* , fondato da Vassali, Torino, 1958, 340-2.
[322] Scognamiglio, *La responsabilità della società capogruppo* cit., 63, la quale però non prende posizione sulla natura di tale responsabilità.
[323] App. Milano, 21gennaio 1994, in *Foro it.*, I, 1015.
[324] F. Bonelli, *Imprese collegate ( o di gruppo), La responsabilità di chi esercita la direzione unitaria* (*art. 3, 10° comma della Legge Prodi*), in *Fall.*, 1984, 579.

La dottrina si è divisa nel qualificare la responsabilità degli amministratori ex art. 90 D.lgs. n. 270/99.

Per una parte degli autori[325], essa è contrattuale, in quanto tale responsabilità sarebbe originata dalla violazioni di obblighi gravanti sugli amministratori in conseguenza della gestione unitaria. Gli amministratori sarebbero assoggettati agli stessi obblighi che la legge o lo statuto impongono agli amministratori della controllata, e secondo una parte della dottrina, anche dall'inadempimento degli obblighi di vigilanza. Insomma, vi sarebbe un generale dovere di ben gestire l'impresa imposto dalla legge, un obbligo preesistente, la cui violazione comporta una responsabilità di tipo contrattuale.

Per altra parte della dottrina, la responsabilità è di natura extracontrattuale, non esistendo nessun rapporto contrattuale tra gli amministratori della controllante e la controllata, e l'art. 90 sarebbe una applicazione dell'art. 2359, in quanto la controllata viene direttamente danneggiata da atti dolosi degli amministratori della controllante. L'art. 2395 c.c., non sarebbe a sua volta che specificazione del generale principio di cui all'art. 2043 c.c.: "il suo valore è colto ora nella qualifica legislativa dell'illiceità dell'induzione all'inadempimento, nonché dell'ingiustizia del danno arrecato[326], e ora nell'individuazione imperativa del nesso di causalità fra direttive della controllante e danno causato alla controllata[327]. La norma esprime cioè puntualizza una potenzialità sinora sottovalutata nel sistema, che, già nella generale disciplina della responsabilità extracontrattuale, rende possibile la responsabilità di coloro che hanno indotto la controllata ad adottare decisione economicamente sfavorevoli[328].

In ogni caso, lo scopo della norma è senz'altro quello di aggredire la sola *deep pocket* cui i soggetti lesi, azionisti esterni e creditori della società diretta e controllata, possono sperare di attingere[329].

Secondo una corrente dottrinaria ricorrerebbe il concorso di responsabilità tra quella contrattuale degli amministratori della controllante e quella extracontrattuale degli amministratori della controllata[330], con una conseguente solidarietà passiva fra i primi e i secondi secondo uno schema ricorrente nella prassi.

---

[325] F. Bonelli, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 270; Abbadessa, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in Pavone La Rosa, *La responsabilità da controllo* , *nei gruppi di società* , in *Riv. Soc*., 1984, 144.

[326] Jaeger, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria* , in *Giur. Comm*, 1981, I, 421.

[327] Borgioli, *Direzione unitaria e responsabilità nell'amministrazione straordinaria*, in *Riv. soc*., 1982, 34.

[328] Alessi, *La disciplina dei gruppi* cit., 275.

[329] P. Abbadessa, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 3, 2008, 279.

[330] P.G. Jaeger, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo*, in *Giur. comm.*, 1981, 1, 419; Id., *Direzione unitaria di gruppo* cit., 828; Galgano, *I gruppi di società* cit., 135.

La norma concorsuale, invero, costituirebbe un'ipotesi particolare della fattispecie disciplinata all'art. 2395 c.c., che prevede «il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori»[331] e che rappresenta un'applicazione specifica dell'art. 2043 c.c.[332].

La società danneggiata, infatti, è terza rispetto alla società che esercita l'influenza dominante e subisce un danno "diretto" al proprio patrimonio sociale per effetto della direzione unitaria di gruppo[333]. Dall'assunto che l'art. 3, ultimo comma, della legge Prodi *bis* costituisca un'applicazione specifica dell'art. 2043 c.c.), se ne sono fatti discendere i seguenti due corollari:

*i)* la configurabilità della responsabilità degli amministratori della controllante anche al di fuori di una procedura concorsuale[334];

*ii)* l'imputabilità della responsabilità della capogruppo ex art. 2049 c.c.[335].

---

[331] È, forse, utile ricordare che la responsabilità degli amministratori di società è disciplinata dagli artt. 2392-2395 c.c., i quali «prevedono la possibilità di esercitare contro gli amministratori tre diverse azioni di responsabilità» (F. Bonelli, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, s.d., 159. Analogamente, F. Galgano, *Diritto commerciale*, in *Le società*, IV, Bologna, 1992, 283; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, *diritto delle società*, III ed., Torino, 1995, 344). Come schematizzato da F. Corsi (*Le azioni di responsabilità ex art. 2395 c.c.*, in quaderni del CSM, reperibile su internet), le tre azioni sono:
a) una responsabilità nei confronti della società (di cui agli artt. 2392, 2393 e 2393 *bis*), unanimemente qualificata come responsabilità contrattuale;
b) una responsabilità nei confronti dei creditori sociali (di cui all'art. 2394 e 2394 *bis*), la cui natura è discussa: a parte la tesi che vuol ravvisarvi un'azione di carattere surrogativo di quella spettante alla società, la dottrina è divisa tra coloro che vi vedono una responsabilità contrattuale (Cass. civ., 24 marzo 1999, n. 2772; Cass. civ., 25 luglio 1979, n. 4415; Cass. civ., 27 luglio 1978, n. 3768. In dottrina, V. Salaria, in *Le società*, 2001, 1196; G. Guizzi, in Riv. dir. comm., 1999, I, 937; F. Bonelli, La responsabilità degli amministratori di S.p.A., Milano, 1992, 187 ss.; G. Campobasso, *Diritto commerciale*, *diritto delle società*, III ed., Torino, 1995, 349) e coloro che vi ravvisano una responsabilità extracontrattuale. Quest'ultima tesi è forse prevalente in dottrina (cfr. Galgano, *La società per azioni*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, II ed., Padova, 1988, 299; F. Di Sabato, *Manuale delle società*, III ed., Torino, 1990, 465); incerta la giurisprudenza (cfr. Cass. civ., 22 ottobre 1998, n. 10488; Trib. Bologna, 8 agosto 2002; Cass. civ., 25 luglio 1979, n. 4415; Cass. civ., 22 novembre 1971, n. 3371) che tende ad evitare una presa di posizione (Cass. S.U. 6 ottobre 1981, n. 5241, in *Giur. comm.*, 1992, II, 768);
*c)* una responsabilità nei confronti del socio o del terzo direttamente danneggiati (art. 2396 c.c).

[332] All'art. 2395 c.c. viene attribuita natura extracontrattuale dell'unanime giurisprudenza (Cass. 6 gennaio 1982, n. 14, in Giur. comm., 1983, II, 530; Cass. 21 maggio 1991, n. 5723, in Riv. dir. comm., 1992, II, 260; Cass. 26 marzo 1993, n. 9385, in Giur. comm., 1994, II, 365) e dalla quasi unanime dottrina (v. per tutti F. Galgano, *La società per azioni*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, II ed., Padova, 1988, 300; G. Ragusa Maggiore, *La responsabilità individuale degli amministratori*, Milano, 1969, 93 ss.; B. Quatraro, *L'azione di responsabilità*, *ex art. 2395 codice civile*, in *Le società*, 1986, 1180). In questo panorama, spicca la contraria posizione di F. Bonelli (*Gli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2004, 225), il quale attribuisce anche a quest'ultima forma di responsabilità natura contrattuale. Secondo Bonelli, «siccome la responsabilità degli amministratori deriva, anche nell'ipotesi prevista dall'art. 2395 c.c., dall'inadempimento di preesistenti obblighi che lo statuto o la legge impongono all'amministratore per il corretto esercizio delle sue funzioni, sembra preferibile ritenere che si tratti di resposnaiblità contrattuale o – se si ritiene che questa tesi trovi un ostacolo insuperabile nella mancanza di un rapporto contrattuale tra amministratore e socio o terzo che agisce in responsabilità – di responsabilità per violazione dei doveri di protezione che incombono agli amministratori» (225). In sintesi, se il terzo agisce per vedersi risarcito un danno ingiusto derivante dalla commissione di fatti colposi o dolosi, non dovrà esperire l'azione ai sensi dell'art. 2395 c.c., bensì dell'art. 2043 c.c., con la differenza che solo quest'ultima azione è esercitatile se il danno è arrecato al patrimonio sociale e non direttamente al singolo.

[333] B. Libonati, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, 200 ss.; Galgano, *I gruppi di società* cit., 135.

[334] Galgano, *I gruppi di società* cit., 134-135; A. Borgioli, *Direzione unitaria e responsabilità nell'amministrazione straordinaria*, in *Riv. soc.*, 1982, 33; P. Abbadessa, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società*, a cura di A. Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 146.

Parte della dottrina, però, si è opposta al richiamo in materia di direzione unitaria dell'art. 2049 c.c., giacché questo presuppone un rapporto di preposizione fra il padrone e il committente, che abbia costituito l'"occasione necessaria" dell'evento dannoso, per cui non sarebbe possibile ravvisare il comportamento illecito, in mancanza del rapporto di committenza, che, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, costituisce la *ratio* della responsabilità indiretta del preponente di cui all'art. 2049 c.c.[336] e che è arduo da configurare nel potere di "direzione e sorveglianza" tra la *holding* e le società controllate,

Secondo un'altra parte della dottrina, il fondamento della responsabilità degli amministratori della capogruppo doveva ravvisarsi nella violazione di obblighi previsti dalla legge per la corretta gestione della società controllata, nel caso e nella misura in cui veniva attuata una gestione unitaria della società medesima[337].

L'effetto voluto delle norme in materia di direzione unitaria sarebbe quello di imporre in capo agli amministratori della società che esercita la direzione unitaria l'obbligo di perseguire l'interesse della società controllata, in base al contemperamento secondo buona fede con gli degli interessi della società controllante[338]. Sugli amministratori della capogruppo, quindi, incomberebbe la sussistenza di un obbligo *ex lege* di perseguire l'interesse di tutte 1e singole società partecipate, limitatamente alle funzioni gestorie effettivamente centralizzate[339].

La sussistenza di una responsabilità contrattuale, poi, voene fatta discendere anche dalla violazione del "duplice mandato" intercorrente fra controllante e controllate, consistente

---

[335] Jaeger, *La responsabilità solidale* cit., 420 ss.; Libonati, *Il gruppo insolvente*, 200 ss.; Borgioli, *Direzione unitaria e responsabilità* cit., 41 ss.; ma anche Bonelli, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 267 ss.

[336] Cfr. Galgano¸*I gruppi* cit., 144-147. Secondo Galgano, però, la responsabilità della capogruppo può essere affermata anche sulla base della sua *culpa in eligendo* nel caso in cui i soggetti designati per l'assunzione delle cariche sociali siano del tutto incompetenti o inidonei.

[337] Bonelli, *La responsabilità degli amministratori* (1999) cit., 409 ss.; G. Scognamiglio, *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv. dir. civ*., 1988, 365 ss., secondo la quale l'art. 3, ultimo comma, della legge Prodi *bis* prevede la responsabilità della *holding* per l'uso scorretto e negligente del potere gestorio «sia pure nell'ambito di una gestione che potremmo definire indiretta o di secondo grado o di indirizzo»; Martorano, *Gruppo di imprese ed amministrazione straordinaria*, in *Dir. fall.*, 1984, I, 79 ss.; A. Pavone La Rosa*, La responsabilità da controllo nei gruppi di società,* in *Riv. soc.,* 1984, 401 ss., che conia, per la descrizione della fattispecie, il sintagma "cogestione diseguale".

[338] V. Allegri, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori,* Milano, 1979, 188. Con riferimento ai gruppi bancari, ma con considerazioni che, a seguito della riforma del diritto societario, possono essere estese al gruppo *tout court*: B. Libonati*, La responsabilità nel gruppo,* in *Riv. dir. comm.,* 1995, I, 593-592, secondo il quale il riconoscimento legislativo di un potere di direzione e coordinamento a favore della *holding* fa sì che inevitabilmente che tale potere debba considerarsi come un momento naturale delle funzioni tipiche degli amministratori della capogruppo, come un potere-dovere che l'amministratore e tenuto ad esercitare con diligenza, con la conseguenza che la responsabilità per il mancato o scorretto esercizio di tale attività ha natura contrattuale.

[339] Abbadessa, *I gruppi di società* cit., 144; P. Marchetti, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in Aa.Vv. *Gruppi di società* cit., 1557.

nell'incarico rivolto alla prima di esercitare la direzione unitaria e nel mandato alle seconde di svolgere le rispettive attività d'impresa dietro il coordinamento della capogruppo[340].
Ulteriore tesi prospettata in dottrina è quella che afferma la titolarità in testa alla capogruppo del potere-dovere di direzione unitaria: con il proprio comportamento tacito negoziale, la società controllante assumerebbe, invero, un potere di "influenza extrassembleare" nelle società controllate[341].

### 7. *La responsabilità nel gruppo bancario*

Nel valutare la responsabilità della capogruppo di un gruppo bancario si deve attuare una "rivoluzione copernicana" [342] rispetto a quanto si è visto nel campo della responsabilità per abuso di direzione unitaria nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, ai sensi dell'art. 90 del D.Lgs. n. 270/1999.

Nella norma predetta la direzione unitaria rileva quale attività meramente lecita, ossia in sé neutra per l'ordinamento e, pertanto, consentita se e nella misura in cui non risulti in qualche modo lesiva per un qualsiasi terzo[343]. In particolare essa viene in considerazione quale elemento costitutivo di una fattispecie di illecito, diversamente da quanto si verifica nel gruppo bancario.

Ai sensi dell'art. 61, commi 3 e 4 del TUB, «la Banca d'Italia accerta che lo statuto della capogruppo e le sue modificazioni non contrastino con la gestione sana e prudente del gruppo stesso. La capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento , emana disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d' Italia nell'interesse della stabilità del gruppo». Dunque il postulato non è più quello di "una sfera di autonomia della società controllata intangibile, inviolabile per la capogruppo,

---

[340] M. Miola, Il *diritto italiano nei gruppi* de jure condendo*: i gruppi e i creditori*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 409. Il pensiero di Miola viene così riassunto da Giovannini, *La responsabilità* cit., 106-107: «Tale (lungimirante) costruzione, inoltre, considerava la responsabilità della società capogruppo in via autonoma rispetto a quella dei suoi amministratori, nel senso che capovolgeva le tradizionali impostazioni che individuavano in primo battuta una responsabilità degli amministratori della *holding* da cui far discendere, in via secondaria, una responsabilità anche della *holding* stessa».

[341] Con la conseguenza che si derogherebbe al principio di ordine pubblico per il quale l'organizzazione interna della società prevede una tripartizione organica delle competenze (assemblea, amministratori, collegio sindacale), come sostenuto da A. Gambino, *Responsabilità amministrativa nei gruppisocietari,* in *Giur. comm.,* 1993, 1, 841.

[342] G. La Rocca, *Imprese e società nel gruppo bancario*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 1995, 219.

[343] Jaeger, *Direzione unitaria di gruppo e responsabilità degli amministratori* cit., 817ss.

ma quello del diritto soggettivo[344] della controllante alla realizzazione degli interessi di gruppo, da esercitarsi nelle forme e nei limiti previsti dalla legge"[345].

Di qui la "rivoluzione copernicana" di cui si diceva, in quanto l'attività di direzione non è solo considerata lecita, ma anche doverosa e i criteri, conformatisi ai quali, è possibile stabilire l'adempimento di tale obbligo da parte della capogruppo si deducono dagli artt. 61 e 98, secondo comma, del TUB, in base ai quali la capogruppo è tenuta a emanare disposizioni nell'interesse della stabilità del gruppo (art. 61, comma quarto) e nell'ipotesi in cui non abbia perseguito l'interesse all'equilibrio del gruppo è assoggettata ad amministrazione straordinaria (art. 98, secondo comma)[346] o alla liquidazione coatta amministrativa, quando l'inadempimento sia di eccezionale gravità (art. 99, comma secondo).

Questo è il quadro: il TUB, cioè, pone a carico della capogruppo un obbligo di tutelare l'interesse della stabilità del gruppo, la cui violazione darà luogo a responsabilità[347]. Ci si chiede quali conseguenze abbia sulla configurazione di tale responsabilità la modifica della lettera b) dell'art. 98, comma secondo, dal momento che questo, non elencando singolarmente i comportamenti che la capogruppo avrebbe dovuto tenere per essere esonerata da responsabilità, prevede, non già una fattispecie aperta, generale, bensì un' ipotesi onnicomprensiva, per cui incriminati sono tutti e ogni comportamento con il quale " possa essere alterato in modo grave l'equilibrio finanziario gestionale del gruppo"[348].

Ricapitolando, le differenze tra la responsabilità nel gruppo prevista dal TUB e quella prevista dalla c.d. "legge Prodi bis" sono: 1) che si tratta di una responsabilità della capogruppo e non dei suoi amministratori; 2) essa deriva dall'inadempimento di obblighi di corretta direzione posti dalla legge a carico della capogruppo. Di qui la tendenziale configurazione della responsabilità della capogruppo quale contrattuale, in quanto conseguente all'inadempimento di un obbligo previsto dalla legge, e tale responsabilità comprende i soli danni riferibili all'inadempimento dell'obbligo di tenere un determinato comportamento, poiché "poteri e responsabilità non si estendono ai concreti atti di gestione delle componenti , ma restano circoscritti alla determinazione della politica di ciascuna

---

[344] Barbero, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it*., 1939, IV, 1 ss. L'autore definisce il diritto soggettivo «l'essere lecito agire per il soddisfacimento di un interesse […] in virtù e in vista della norma».

[345] La Rocca, *Imprese e società* cit., 219.

[346] Esso afferma: «L'amministrazione straordinaria della capogruppo, oltre che nei casi previsti dall'art. 70, può essere disposta quando: a) risultino gravi inadempienze nell'esercizio dell'attività prevista dall'art. 61, comma 4».

[347] Per un quadro aggiornato del problema della responsabilità per attività da direzione e coordinamento nell'ambito del gruppo bancario, si v. Giovannini, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento* cit., 227 ss.

[348] Art. 98, secondo comma, lettera b), prima che fosse sostituito dall'art. 9.31 comma 1, d.lg. n. 6/2003, modificato dall'art. 2.1 d. lg. N. 37/2004.

affiliata nei confronti del gruppo"[349]. Legittimata a far valere la responsabilità della capogruppo è la società controllata, la quale deve provare le "gravi inadempienze" della capogruppo e il conseguente pregiudizio subito.

Quanto alla possibile configurazione di una responsabilità degli amministratori della capogruppo, vi sono margini per imputare loro responsabilità nel caso di mancato adempimento dell'obbligo di tutelare l'interesse alla stabilità del gruppo. Si è sostenuto che essi rispondano a titolo di amministratori di fatto, in quanto "chiunque compia atti di amministrazione di una società , anche in assenza di qualsivoglia atto di preposizione, deve, in analogia al gestore di affari altrui, portarlo ad esecuzione nel rispetto degli obblighi di legge che gravano in capo all'amministratore" e che, per il sorgere di responsabilità "rileva esclusivamente l'attività comunque posta in essere, purché non limitata a singole operazioni eterogenee o occasionali"[350].

In tal modo gli amministratori, in virtù degli atti di gestione compiuti, diverrebbero amministratori di fatto e, come tali, sarebbero assoggettati alla stessa responsabilità dell'amministratore di diritto. La questione, però, è differente, giacché non si tratta di affermarne la responsabilità in base a una concreta attività di gestione, bensì in base a direttive impartite alle controllate, e quindi sul piano della mera politica di indirizzo, gradino precedente a quello della concreta gestione. Il primo piano consiste nel porre i fini da perseguire, il secondo nel perseguirli concretamente, scegliendo le modalità con cui conseguirli.

In definitiva è il rapporto esistente tra politica e amministrazione che si instaura tra gli amministratori della controllante e quelli della controllata, cosicché anche solo per la politica impartita essi devono essere resi responsabili, nel momento in cui tale politica vada oltre i limiti di una direzione legittima, sia che si rendano inadempienti, sia che facciano rendere inadempienti gli amministratori della controllata rispetto ai doveri di questi ultimi di *bona gestio*.

Per far valere la responsabilità degli amministratori della controllante è possibile ricorrere al principio di immedesimazione organica, per cui dovrà rispondere la società per i danni cagionati dagli amministratori della stessa nell'esercizio delle loro funzioni.

Onde completare l'analisi della responsabilità della capogruppo all'interno del gruppo bancario è opportuno fare cenno ad altre due ipotesi, oltre quella per l'inadempimento di una "gestione sana e prudente del gruppo stesso", e cioè alla responsabilità della capogruppo per

---

[349] La Rocca, *Imprese e società* cit., 223.
[350] Blondini, *Direzione unitaria e responsabilità nei gruppi* , in *Quaderni della rivista di diritto dell'impresa*, Napoli, 2000, 187.

le obbligazioni assunte dalla controllata e a quella per omessa, falsa o tradiva pubblicità del gruppo.

Le istruzioni della Banca d'Italia del 13 gennaio 1992 prevedevano che "nel rispetto del principio di autonomia delle singole componenti, va tenuto presente l'affidamento che i terzi fanno sulla circostanza che la capogruppo normalmente risponde delle obbligazioni assunte dalle singole componenti il gruppo". Veniva così a configurarsi un effetto di *patronage* da normativa secondaria, permanente e non semplicemente frequente, intendendosi con esso quello che si produce con le lettere di patronage, ossia lettere con le quali il *patronnant*, in posizione di dominante, comunica ad un terzo la propria posizione di influenza sul soggetto dominato, dalla quale comunicazione si presume l'assunzione di un impegno[351].

La falsa, inesatta, o incompleta informazione contenuta nella lettera, nonché la mancata successiva informativa circa le modificazioni intervenute in tale rapporto di controllo, comportava una responsabilità di tipo precontrattuale e/o extracontrattuale per il *patronnat.* Poiché, però, tale assunzione di responsabilità della capogruppo per il solo fatto di essere capogruppo era "un massiccio randello così agitato sul capo della capogruppo"[352], le successive istruzioni di vigilanza del 21 aprile 1999 hanno lasciato cadere questa responsabilità. In questa sede si voleva sottolineare quanto poco sia opportuno prevedere questa forma di responsabilità.

Il TUB è il primo testo avente forza di legge in cui si prevede una disciplina del gruppo, quale fenomeno fisiologico. Sembra che tale normativa risponda alla triplice ordine di esigenze prospettate da Campobasso[353]: "1) assicurare una adeguata informazione sui collegamenti del gruppo, sui rapporti finanziari e commerciali fra società del gruppo, nonché sulla situazione patrimoniale e sui risultati economici del gruppo unitariamente considerati; 2) evitare che eventuali intrecci di partecipazioni alterino l'integrità patrimoniale delle società coinvolte ed il corretto funzionamento degli organi decisionali della capogruppo; 3) evitare che il disegno unitario da cui sono ispirate le scelte operative delle singole società del gruppo pregiudichi le aspettative di quanti fanno affidamento esclusivamente sulla consistenza patrimoniale e sui risultati economici di quella determinata società."

Nella esigenza numero 1) rientrano una serie di obblighi previsti dal TUB in capo alla capogruppo: iscrizione all'apposito albo (art. 64, comma 2); indicazione negli atti e nella corrispondenza delle società componenti il gruppo (art. 64, comma 4); obbligo della capogruppo di comunicare alla Banca d'Italia ogni modificazione nella composizione del gruppo bancario. *Quid iuris* nel caso in cui la capogruppo dia indicazioni false o erronee od

[351] Blondini, *Direzione unitaria* cit., 208.
[352] Minervini, *La capogruppo e il "governo" del gruppo*, in *I Gruppi* cit., 1574.
[353] G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, I, *Diritto delle società*, Torino, 1992, 266.

ometta di darle? Secondo la maggioranza della dottrina si configurerà una responsabilità precontrattuale e/o extracontrattuale, quale quella applicabile dalla falsa, inesatta o incompleta lettera di *patronage*. Si giunge a questo risultato, considerando l'adempimento degli obblighi visti come una sorta di "dichiarazione confermativa di controllo" [354], dichiarazione sulla quale fanno affidamento i terzi che intratterranno rapporti con le società del gruppo.

L'inadempimento di tali obblighi comporta una violazione dell'affidamento che i terzi ripongono nella dichiarazione data. Questa situazione è similare a quella nella *common law* per cui vi è un *assumption of duty* della controllante per specifici profili, e conseguentemente vi è una diretta azione del terzo, il quale «has an indipendent cause of action directly against the parent by reason of its failure to perform adequately the duties so assumed»[355].

Con l'adempimento degli obblighi pubblicitari, la capogruppo assume non un'obbligazione di garantire i debiti delle controllata, come sembrava essere stata ipotizzato dalle istruzioni della Banca d'Italia, ipotesi che è stata scartata e si ritiene incompatibile con il gruppo quale è quello considerato dall'ordinamento italiano, un gruppo legale e non contrattuale, ma assume l'impegno di vigilare sulla controllata.

[354] Biondini, *Direzione unitaria* cit., 210.
[355] Blumberg-Strasser, *The law of corporate groups*, in Substantive law, 2000, 316.

## LA RESPONSABILITA' DELLA SOCIETÀ CAPOGRUPPO

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Sulla natura contrattuale della responsabilità. - 3. Sulla natura extracontrattuale della responsabilità. - 4. Adesione alla teoria extracontrattuale. - 5. Conclusione sulla natura della responsabilità della capogruppo

### 1. *Premessa*

Come è stato detto, la responsabilità sancita dall'art.2497 cod.civ. innova sotto molteplici riguardi rispetto alla tradizione del diritto societario. Anzitutto perché è concepita dal 1° comma come responsabilità della stessa *holding,* quale persona giuridica, e non come responsabilità delle persone fisiche degli amministratori, i quali possono sì venire in considerazione, ma solo per la responsabilità solidale imposta dal 2° comma a coloro che hanno partecipato al fatto lesivo, e sempre che essi siano effettivamente identificabili, mentre la responsabilità di cui al 1° comma ne prescinde»[356]. La norma, quindi, innova rispetto alle ipotesi di cui all'art. 2395 c.c. e all'art. 3 della legge Prodi del 1978, poi trasfusa nell'art. 90 della legge Prodi *bis* del 1999[357].

Essa, però, non è sfuggita ai dibattiti, già visti rispetto all'art. 2395 c.c. e agli articoli delle leggi Prodi, concernenti la qualificazione della responsabilità dell'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento.

L'importanza di qualificare la responsabilità della capogruppo come aquiliana o contrattuale è nelle conseguenze che ne derivano in ordine: a) l'onere della prova, fissato rispettivamente dall'art. 2043 e dall'art. 1218 c.c., tenendosi in ogni caso conto della presunzione di cui all'art. 2497 *sexies* c.c.[358]; b) la possibilità di applicazione dell'art. 1225

---

[356] Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 92.

[357] Su questo punto, si v. la critica mossa da Galgano a Salafia (*La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate*, Società, 2004, 10), dal momento che quest'ultimo sostiene che «la norma dell'art. 2497 si è soltanto ispirata al citato art. 2049, senza però cancellare in tal modo la responsabilità di coloro che, in nome e per conto della società, hanno compiuto l'operazione dannosa». Secondo Galgano, «Il che conferma l'assioma per cui è più difficile disimparare il vecchio che imparare il nuovo. L'art. 2049 presuppone il fatto illecito del preposto, la cui responsabilità è estesa al preponente; l'art. 2497 fa riferimento al fatto illecito della persona giuridica in quanto tale, che è fonte di responsabilità anche qualora non sia stata identificata la persona giuridica che lo ha posto in essere, purché l'illecito torni a suo vantaggio» (*Direzione e coordinamento* cit., 92).

[358] In merito all'inversione dell'onere della prova sulla società che esercita l'attività di direzione e coordinamento, Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 97-98, critica aspramente la posizione di M. Rescigno (*Eterogestione e responsabilità* cit., 336), secondo la quale è onere di detta società dimostrare che gestione attuata corrisponde a principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Secondo Galgano, infatti, «con il che si va ben oltre la responsabilità contrattuale: si introduce anzitutto la presunzione che ogni operazione posta in essere dalle controllate è una operazione decisa o autorizzata dalla *holding*; e dopo questa preliminare presunzione, di per sé estranea all'art. 1218, si instaura (o ci si rammarica che non sia stata instaurata) l'ulteriore presunzione che il pregiudizio per la controllata sia imputabile alla *holding*, salva la prova da parte di quest'ultima di avere correttamente gestito. Se mai valesse la sopra segnalata preliminare presunzione, che sem-

c.c., riguardante la risarcibilità dei soli danni prevedibili in ipotesi di inadempimento; c) l'applicabilità della legge del luogo in cui si è verificato l'evento nel caso in cui la società capogruppo o le società controllate siano di nazionalità estera ( art. 62 della l. 31.5.95, n. 218), mentre le obbligazioni derivanti da contratto sono regolate dalla convenzione di Roma del 19 giugno del 1980 (art. 57 l. 31.5.95, n. 218).

Comunque si qualifichi la responsabilità della capogruppo per l'attività di direzione e coordinamento, è possibile imputarle l'omissione di tale attività, ma la differenza si riverbera sull'onere della prova, giacché se si qualifica come contrattuale, la capogruppo dovrà dimostrare o che non vi è stata omissione di monitoraggio o intervento valutabile come carenza organizzativa, amministrativa o contabile nella gestione del gruppo, mentre se si qualifica come extracontrattuale, l'attore dovrà dimostrare che l'omissione di adeguato controllo rappresenta, in relazione alle circostanze, un esercizio scorretto del potere di direzione e coordinamento.

In ogni caso, la prescrizione dell'azione è quinquennale, ex art. 2949 c.c.

Un'ulteriore innovazione apportata dalla norma, poi, consisterebbe nel fatto che il riconoscimento della legittimità della direzione unitaria implicherebbe un potere-dovere in ordine al suo esercizio[359].

Innanzitutto, in punto di onere probatorio. Configurando la responsabilità come extracontrattuale, perché ogni ingerenza nella gestione di una società appartenente ad un gruppo deve essere ritenuta anomala (al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2364, primo comma, n. 4, c.c.), chi intende farla valere «deve dimostrare che vi siano stati degli specifici *inputs* nella gestione della controllata e può dolersi solo dei danni che siano casualmente riconducibili a questi *inputs*»[360]. Se, al contrario, si configura come contrattuale la responsabilità dell'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, sarà onere del convenuto dimostrare la legittimità del suo esercizio e, quindi, delle modalità con cui essa si è attuata.

Inoltre, se si ritiene dovuto l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, è ipotizzabile una responsabilità da omesso esercizio dell'attività di direzione e coordinamento,

---

bra addirittura concepita come presunzione assoluta, perderebbe ogni ragione d'essere l'idea stessa di gruppo di società e non si spiegherebbe l'alterità soggettiva fra le società del gruppo e fra i rispettivi creditori. Quando la realtà di un sedicente gruppo si conforma alla presunzione ipotizzata da questo autore, si è in presenza di una finzione di gruppo, ossia di una società unitaria travestita da gruppo».

[359] Cfr. A. Gambino, Responsabilità amministrativa nei gruppi societari, in Giur. comm., 1993, I, 848, il quale già sosteneva che l'esercizio dell'attività di direzione unitaria: «ha carattere *latu sensu* organico per le singole società in cui esso si esercita e che pertanto la responsabilità degli amministratori della *holding* per l'esercizio abusivo della direzione unitaria (e cioè al di là dei limiti descritti) è sottoposta, anche nei confronti delle società controllate, al regime della responsabilità c.d. contrattuale e non a quello della responsabilità da illecito; cioè, in concreto, tale responsabilità è retta da principi della prova fissati negli artt. 1218 ss. e non nell'art. 2043 c.c.».

[360] Sacchi, *Conclusioni* cit., 637.

con onere per l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento di provare che la disfunzione nella gestione della controllata si sarebbe verificata anche se tale attività fosse stata esercitata[361].

## 2. *Sulla natura contrattuale della responsabilità*

La teoria forse maggioritaria è quella contrattuale[362], la quale propugna una disciplina in positivo dei gruppi di società e, a tal fine, invoca il riconoscimento e la regolamentazione puntuale degli obblighi che sorgono in testa alla capogruppo, ed in particolare, ai suoi amministratori e al suo socio di maggioranza, nei confronti delle altre società del gruppo, dei loro creditori e dei soci di minoranza.

Secondo questa dottrina, l'art. 2497 c.c. configura, in capo ai soggetti (società o enti) in grado di esercitare un'attività di direzione e coordinamento su altre società, l'obbligo di esercitarla nel rispetto "*dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime*" e, pertanto, disciplina una conseguente responsabilità da inadempimento, che sorge nel momento in cui tale obbligo venga violato e sia stato così arrecato un

---

[361] Questa teoria è risalente nel tempo: si v. Marchetti, *Sul controllo* cit., 1558, secondo il quale: «difficile negare che anche in caso di rinunzia all'attivazione della direzione unitaria sussiste un dovere di vigilare sulla permanenza delle condizioni che ebbero a giustificare tale scelta. L'autonomia delle imprese del gruppo non esclude dunque affatto responsabilità di chi tale autonomia potrebbe limitare, influenzare, sinanco (in larga misura) sopprimere ove dall'autonomia derivi danno alla capogruppo od alla stessa società controllata». Ergo, «la prospettiva, a questo punto, si rovescia rispetto all'approccio tradizionale. Non più (e non solo, comunque) cautela perché il controllo non debordi a danno delle imprese del gruppo; non più (e non solo) presidi contro l'abuso del controllo, ma cautela nel mancato uso di ciò che fisiologicamente il controllo consente od in cui si risolve».

[362] V. Cariello, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società,* in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 335; A.L. Daccò, *Commento alle norme in tema di direzione e coordinamento di società* (artt. 2497-2497 sexies c.c.), in *Commentario* Cian Trabucchi, Padova, 2004, 2735; A. Irace, *Commento all'art. 2497*, in Aa.Vv., *La riforma della Società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, II, Torino, 2003, 311 ss.; A. Jorio, *I gruppi*, in *La riforma delle società* a cura di Ambrosiani, Torino, 2003, 199; R. Sacchi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali,* in *Giur. comm.*, 2003, I, 668; G. Scognamiglio, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma della società*, a cura di G. Scognamiglio*,* Milano, 2003, 195; G. Guizzi, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in *diritto delle società, Manuale breve*[3], Milano, 2006, 342; R. Rodorf, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, 538; N. Abriani, *gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma delle società di capitali*, in Aa.Vv., *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 625; R. Weigmann*, Gruppi di società*, in Aa.Vv.¸ *La riforma del diritto societario*, Atti del Convegno di Courmayeur, 27-28 settembre 2002, a cura del Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, 2003, 201 ss.; A. Pavone La Rosa, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, 767 ss.; A. Badini Gonfalonieri – R. Ventura, *Commento all'art. 2497,* in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, 2175 ss.; U. Tombari, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 69; M. Rescigno, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra apertura ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 331 ss.; A. Levi, *La società per azioni unipersonale*, in Aa.Vv., *La riforma del diritto societario*, a cura di A. Lanzi e V. Franceschelli, Milano, 2004, 166-168; F. Guerriera, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, 319; F. Giorgianni, *La responsabilità nei gruppi*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, 2753 ss.; S. Giovannini, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano 2007. Ricostruisce in termini "deboli" la responsabilità contrattuale da direzione e coordinamento S. Mazzamuto, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *Contr. imp.*, 2006, 1078 ss. In giurisprudenza, prima delle riforma, si veda Trib. Milano 22.1.2001, in *Fall.*, 2001, 598 ss.

pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale o sia stata lesa l'integrità del patrimonio della società, non compensato alla luce del risultato complessivo della politica di gruppo. La considerazione dei canoni comportamentali che investono l'attività della società capogruppo suggerisce che essa abbia, al contempo, il *potere/dovere* di incidere giuridicamente sulla gestione delle controllate e che sia stata creata «un'armatura giuridica di vincolatività della *Leitungsmacht*»[363].

La norma riconoscerebbe, quindi, l'"alienazione del governo"della società, ossia la traslazione dei poteri gestori al di fuori della struttura organizzativa della società monade[364].

Dalla previsione di una clausola generale di correttezza, quale quella inerente alla gestione societaria e imprenditoriale, poi, viene inferita l'esistenza di un rapporto obbligatorio preesistente, dal momento essa è «un concetto coessenziale alla dimensione cooperativa propria dei rapporti obbligatori»[365], considerata anche la sinonimia dei termini buona fede e correttezza[366].

L'instaurazione tra la società madre ed i soci e i creditori sociali delle società soggette a direzione e coordinamento di un rapporto giuridico sarebbe, poi, confermata dagli artt. 2497-*bis* c.c., disciplinante gli obblighi di pubblicità del rapporto di direzione e coordinamento, e 2497-*quater* c.c., sul diritto di recesso riconosciuto al socio per fatti direttamente collegati alla società o all'ente esercente l'attività di direzione e coordinamento.

«L'inadempimento di obblighi di comportamento gravanti sulla società o l'ente che esercita tale attività - al pari di ogni inadempimento riguardante un obbligo o un'obbligazione, di prestazione come di comportamento - presiede e prelude, come tale, al riconoscimento di

---

[363] Valzer, *Il potere di direzione* cit., 838.

[364] R. Santagata, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Trattato colombo-Portale*, 80, il quale richiama la tesi di M. Rescigno, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze*, in *Società*, 2003, 332, secondo la quale il combinato disposto degli articoli 2394 e 2476, settimo comma, che prevede la responsabilità del socio per atti di eterogestione, condurrebbe a ritenere che sia divenuta lecita la suddetta alienazione. Il confronto con la disciplina di cui all'art. 2497, poi, indurrebbe ad applicare per analogia l'art. 2476, settimo comma, al socio di s.p.a.

[365] Così S. Mazzamuto, *Questioni sparse* cit., 1492, il quale richiama la parole di Luigi Mengoni in una celebrata nota a sentenza sulla natura della responsabilità precontrattuale del 1956, relativa alla correlazione necessaria tra il principio di buona fede (in senso oggettivo) e i rapporti obbligatori. Si richiama a questa posizione, Abbadessa, *La responsabilità della società capogruppo* cit., 289, secondo cui: «l'agire abusivo sanzionato dalla norma altro non è che un agire *scorretto* e la violazione del principio di correttezza è ragione di responsabilità (non extracontrattuale, ma) contrattuale».

[366] Mazzamuto, *questioni sparse* cit., 1492, sottolinea: «la scarsa padronanza del significato proprio della clausola generale in parola manifestato in tempi recenti dal legislatore che in più occasioni ha richiamato la correttezza inserendola in formulazioni linguistiche che lasciano l'impressione che essa venga assunta piuttosto che come regola di condotta nel diverso significato di parametro riferito ad un modello ideale di condotta tecnica, che sembra replicare funzione e ambito di applicazione proprio della diligenza professionale con l'unica differenza che il paradigma legale viene disegnato nei termini oggettivi di una condotta-tipo piuttosto che in quelli soggettivi di un agente-modello». Ciò, invero, potrebbe condurre ad «elevare le pratiche gestorie più diffuse a canone di valutazione del loro operato, secondo un modello di riferimento al mercato in funzione integrativa dei rapporti obbligatori». *Ivi* (p. 1493) anche ulteriori esempi di utilizzo distorto della nozione di correttezza.

una responsabilità di matrice contrattuale"[367]. Si dovrebbe, quindi, configurare tale responsabilità come contrattuale, in quanto nascerebbe in seguito alla violazione di obblighi giuridici preesistenti *ex lege*[368].

Sussisterebbero in capo agli amministratori della società capogruppo dei *fiduciary duties*[369] nei confronti delle controllate, che si fanno conseguire:

- direttamente dall'atto di preposizione degli amministratori della capogruppo a tale ufficio, giacché da esso discenderebbe l'obbligo per gli amministratori stessi di esercitare il potere di direzione e coordinamento anche nell'interesse delle società controllate, salvaguardandone l'integrità patrimoniale;
- oppure dall'identificazione degli amministratori della capogruppo come amministratori di fatto delle controllate, derivandone in capo a essi un'obbligazione gestoria anche nei confronti della società verso la quale tale attività viene esercitata[370], ai sensi dell'art. 1173 c.c., essendo l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento fatto idoneo a produrla.

Inoltre, la violazione di regole di correttezza da parte della società, che è socio di controllo della società diretta e coordinata, potrebbe essere configurata quale violazione del contratto con i consoci. Sussisterebbe in tal caso una responsabilità del socio di controllo per la violazione del dovere fiduciario nei confronti della società o dei soci minoritari, dovere che potrebbe ritenersi esistente nel nostro ordinamento ex art. 2476, VII comma, c.c., il quale sancisce la responsabilità dei soci che «hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi»[371].

Da alcuni[372] è stato sostenuto che gli obblighi in capo agli amministratori della società che dirige e coordina, possano qualificarsi quali "obblighi di protezione", i quali secondo la dottrina civilistica, «rappresentano [...] una delle ipotesi di concretizzazione del principio di

---

[367] Cariello, *Direzione e coordinamento* cit., 1865.

[368] Tombari, *Riforma del diritto societario* cit., 69. Anche Abbadessa, *La responsabilità della società* cit., 281, nota che, diversamente da quanto opinato da Ferrara jr. e Corsi, *gli imprenditori e le società*[13], Milano, 2006, 823, nt. 3, «il riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità della capogruppo non dipende dalla soluzione offerta al diverso problema del carattere giuridico o di mero fatto del potere di direzione e coordinamento spettante a detta società […] giacché la legge può far discendere obblighi di comportamento anche dall'esercizio di poteri di fatto, come riconosciuto, ad esempio, a proposito della responsabilità degli amministratori di fatto» da Badini Gonfalonieri, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, ***, Bologna, 2004, 2177.

[369] Si rimanda, per la disamina di tali doveri, all'ultimo paragrafo**.**

[370] Tesi riportate in Guizzi, *Eterodirezione* cit.., 443.

[371] Si veda R. Weigmann, *La riforma del diritto societario*, in *Centro prevenzione e difesa sociale* , Milano, 2003, 208.

[372] Tesi sostenuta da Niutta, *La novella del codica civile in materia societaria: luci ed ombre nella nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 402-403, ma già prima della riforma da F. Bonelli, *La responsabilità degli amministratori*, in *Tratt. delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale*, IV, Torino, 1999, 414 e G. Scognamiglio, *Appunti sul potere di direzione nei gruppi di società*, in Aa.Vv., *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi Venezia 16-17-18 novembre 1995, III, Milano, 1996, 2135.

buona fede e onerano debitore e creditore del compito di impedire che nel corso ed a causa dell'esecuzione del rapporto obbligatorio si producano reciprocamente danni alla persona o alle cose della controparte»[373]. Dal momento che a causa o in occasione di un rapporto obbligatorio si crea un contatto sociale da cui potrebbero derivare delle indebite interferenze o invasioni lesive a persone o cose, secondo la teoria menzionata, i soggetti contraenti hanno l'obbligo di neutralizzare tali pregiudizi potenziali, assumendo una condotta idonea a tale scopo[374]. Dunque, tutte le volte in cui un soggetto terzo si trova a gestire un interesse sostanziale, anche senza conferimento di un potere di rappresentanza, deve gestirlo avendo cura di proteggere tutti coloro che dall'esercizio di tale potere possono essere coinvolti. Nella specie, gli obblighi di protezione graverebbero sui soggetti che esprimono il potere d'impresa in un'organizzazione complessa rispetto a quanti apportano i capitali necessari per l'esistenza della stessa.

Se non si configurasse la responsabilità da direzione e coordinamento come contrattuale, poi, si darebbe luogo ad un arretramento rispetto ai risultati raggiunti dalla giurisprudenza. Si legge, infatti, in una recente sentenza, che «il fatto che non esista un contratto di dominio non esclude che fra le entità del gruppo possano formarsi rapporti obbligatori preesistenti, tali da generare forme di responsabilità nell'inadempimento di obbligazioni ex art. 1218 c.c. Se le relazioni fra controllante e controllata non sono semplici relazioni di mero fatto è perché si può riconoscere che la responsabilità contrattuale può derivare non necessariamente dalla violazione di un contratto, ma semplicemente dalla violazione di una obbligazione preesistente. 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 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 di gruppo tramite la realizzazione degli interessi delle società controllate. La controllante che si assume la direzione unitaria è tenuta alla osservanza di precisi doveri di correttezza nei confronti della controllante, doveri cui corrispondono delle vere e proprie obbligazioni coercibili…che possono risultare inadempiute o perché non attuate o perché attuate male, quando la direzione unitaria viene esercitata abusivamente» [375].

---

[373] Mazzamuto, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in Europa dir. priv., 3, 2003, 647; v. ora anche Id., *Il mobbing*, Milano, 2004, *passim*. L'Autore ricorda come la categoria è stata recepita in Italia nel solco della dottrina tedesca degli *Schutzpflichten* e di quella francese delle *obligations de sécurité*.

[374] Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*,in *Riv. Crit. Dir. Priv*., 1984, pp.540 ss. e Id. , *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm.* Scialoja-Branca-Galgano, Bologna-Roma, 1988, 316 ss.,; Id. *Obbligazione.I) Teoria generale*, *Enc. Giur*., XXI, Roma, 1990, 23 ss. ; Id., *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in Europa dir. priv., 2000, 1 ss.

[375] Trib. Milano 22.1.2001, in Fallimento, 2001, 1155 ss.

Qualificare la responsabilità come contrattuale, infatti, segnerebbe, secondo i suoi fautori, un passo in avanti verso una costruzione in positivo del fenomeno di gruppo, non considerando più l'attività di direzione e coordinamento come una interferenza accidentale nella sfera giuridica di altri soggetti. Il riconoscimento della sua legittimità implicherebbe conseguentemente quello di un potere-dovere in ordine alla attività stessa e la definizione dei doveri di correttezza a cui debbano conformarsi gli amministratori della capogruppo. Punto focale diverrebbe, dunque, non tanto la dimostrazione dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, quanto le modalità con cui si è svolta. In sintesi, qualificare la responsabilità come contrattuale sarebbe il primo passo verso la determinazione in positivo delle materie soggette a determinazione unitaria e coordinata e delle modalità con le quali la direzione e il coordinamento debbono svolgersi. Anzi, si potrebbe arrivare alla conseguenza ulteriore di ipotizzare una responsabilità da omesso esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, che obbligherebbe la società capogruppo a un "monitoraggio" sulle società del gruppo[376], rafforzando la tutela di creditori e soci delle controllate.

Un ulteriore argomento a sostegno della tesi che la responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. nasce dalla violazione di un vincolo negoziale è quello della costruzione del fenomeno di gruppo in termini di collegamento contrattuale[377]. L'art. 2497 c.c., quindi, secondo la teoria contrattuale, ha definitivamente consacrato normativamente l'impresa di gruppo, che assurge perciò a soggetto giuridico unitario[378].

### 3. *Sulla natura extracontrattuale*

A sostegno della tesi della natura extracontrattuale dell'attività di direzione e coordinamento si afferma che l'art. 2947 c.c. considera il fenomeno della direzione e del coordinamento nell'ambito del gruppo alla stregua di mero fatto, poiché usa il gerundio

---

[376] Sacchi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giurisprudenza commerciale*, anno XXX, Milano, 2003, cit., 669/I. Prima della riforma: B. Libonati, *Responsabilità del e nel gruppo,* in Aa.Vv., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi* cit., II, 1489 ss.; L. Rovelli, *La responsabilità della capogruppo*, in *Fallimento*, 2000, 1098 ss.; P.G. Marchetti, *Sul controllo e poteri della controllante, in* An.Vv., *I gruppi di società* cit., 11, 1556-1558; G. Scognamiglio, *Appunti sul potere di direzione nei gruppi di società, ivi,* III, 2116.

[377] Giovannini, *La responsabilità* cit., 111 ss.

[378] Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, sezione penale: «A partire dal 1° gennaio 2004, nel nostro ordinamento giuridico è ormai configurabile l'impresa di gruppo. La direzione unitaria del gruppo vulnera il principio, finora imperante, di autonomia patrimoniale delle singole società controllate, in quanto l'art. 2497 c.c. configura una vera e propria responsabilità dell'impresa-holding (individuale o societaria), nei confronti dei soci e dei creditori sociali delle società controllate, per fatti riferibili al loro patrimonio, ma riconducigli ad una mala gestio unitaria del gruppo. In questo contesto, la norma di cui all'art. 2634 comma 2 c.c. costituisce una sorta di anticipazione del concetto unitario di gruppo e trova oggi una piena coerenza sul piano civilistico e penalistico» (Cass. pen., 18.11.2004, n. 10688, in *Dir. Pen. e Processo*, 2005, 6, 747, con nota di Lemme).

"esercitando", per cui tale attività viene in rilievo solo nel momento in cui si traduce in atti commissivi, tanto che il secondo comma dell'articolo considera "*fatto* lesivo" la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. (Sul principio di effettività su cui si basa la norma si è detto.)

Inoltre, gli elementi, in base ai quali sorge la responsabilità della capogruppo, coinciderebbero con i requisiti della responsabilità aquiliana: fatto illecito, dolo o colpa, danno, nesso di causalità[379].

Il *fatto illecito* consisterebbe nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento *contra ius*, ossia, come si è detto, in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società controllate.

L'*elemento soggettivo* sarebbe rappresentato dall'agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, ossia, considerati tutti gli interessi in gioco, nella decisione, consapevole: da un lato, di privilegiare l'interesse imprenditoriale della società capogruppo o di altra società del gruppo o di un socio di controllo, o di terzi, sacrificando quello della controllata; dall'altro, del fatto che il pregiudizio conseguente alla direttive impartite non sarà compensato nell'ambito della politica di gruppo. Sarebbe, insomma, necessaria l'intenzionalità nell'agire e, quindi, il dolo.

Il *danno* consisterebbe nel pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale, nei confronti dei soci, o nella lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società, nei confronti dei creditori.

Inoltre, i fautori della responsabilità aquiliana, pongono l'accento sul fatto che la capogruppo è direttamente responsabile per i pregiudizi che siano conseguenza immediata e diretta dell'attività di direzione e coordinamento esercitata *contra ius*, ciò costituendo un applicazione generale del principio di cui all'art. 2043 c.c., ed aggiungono che vi sarebbe una analogia tra l'art. 2497 c.c. e l'art. 90 del d.lgs. n. 270 del 1999, posto che entrambe considerano l'attività di direzione come un *input* nella gestione della società controllata, quindi un fatto esterno alla gestione della stessa, e le danno rilievo dal momento in cui esse è produttiva di danni.

Contro tali argomentazioni si sostiene che non esiste un diritto, ma solo un interesse del socio alla redditività e al valore della partecipazione sociale e che per i fatti illeciti non è

[379] La compiuta descrizione della qualificazione in termini extracontrattuali della responsabilità da attività di direzione e coordinamento è di F. Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 95; Id., *Il nuovo diritto societario* cit., 187. L. Panzani, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, 1477 ss.; A. Bassi, *La disciplina dei gruppi*, in Aa.Vv., *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, 199 ss.; G. Sbisa, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. imp.*, 2003, 600; G. Bianchi, *Gli amministratori di società di capitali*, Padova, 2006, 536 e C. Conforti, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, I Milano, 2003, 197.

ammessa nell'ordinamento italiano, la *compensatio lucri cum damno*[380]. Relativamente a tale inammissibilità si obbietta, però, che, in realtà, non esiste un pregiudizio nei confronti dei soci e dei creditori se, alla luce di una gestione complessiva, la loro posizione non si è venuta deteriorando. Si aggiunge che rientra nel concetto di gestione quello di valutare un atto non in sé e per sé, ma nell'ambito della politica e strategia imprenditoriale e che non a caso le valutazioni sull'operato degli amministratori sono di carattere periodico.

Secondo la teoria aquiliana, poi, alla tesi del contatto sociale può replicarsi agevolmente che «nel caso di cui all'art. 2947 cod. civ., il dovere di corretta gestione incombe sulla holding nei confronti delle società controllate (corretta gestione imprenditoriale e societaria «delle società medesime»), mentre la responsabilità investe la prima nei confronti dei soci e dei creditori delle seconde. Invero, il principio di corretta gestione esprime un dovere di protezione entro un rapporto fra soggetti determinati, in quanto la responsabilità è concepita nei confronti della indeterminata serie dei soci esterni e dei creditori delle società controllate e ove la responsabilità per violazione di tale dovere integrasse responsabilità contrattuale, allora sarebbe contrattuale anche la responsabilità ex art. 2043 cod. civ., tradizionalmente ricollegata alla violazione del principio del *neminem laedere*, mentre oggi si guarda all'art. 2043 cod. civ. come ad una norma primaria, che eleva il fatto illecito a fonte di obbligazione, in conformità dell'art. 1173 cod. civ. e non già come ad una norma secondaria, che prefiguri la sanzione per la violazione di un preesistente precetto.

Del pari, è norma primaria, configurante un fatto illecito fonte di obbligazione, quella formulata dal 2° comma dell' art. 2497 c.c., giacché, stabilendo un dovere di protezione verso la generalità dei consociati, quali potenziali creditori o potenziali soci di minoranza delle controllate dirette o indirette[381], non è configurabile in essa un contatto sociale in incertam personam.

Ulteriore argomento a favore della ricostruzione in termini aquiliani della responsabilità ex art. 2497 c.c. è quello che equipara questa previsione a quella di cui all'art. 2394 c.c., che dispone una responsabilità. «universalmente concepita come responsabilità extracontrattuale, da fatto illecito ex art. 2043 cod. civ., come norma anticipatoria della figura, poi sviluppata dalla giurisprudenza, della responsabilità aquiliana per lesione del credito (qui per la lesione della aspettativa della prestazione del creditore)»[382].

Si rileva, poi, a favore della tesi predetta, che «l'obbligo (di perseguire l'interesse sociale della controllata e mirare a un equo contemperamento degli interessi delle società controllante e controllata) si può anche ammettere, senza che ciò comporti, tuttavia, la qualificazione della

[380] Weigmann, *La riforma del diritto societario* cit., 209.
[381] Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 96-97.
[382] *Ibidem*, 97.

responsabilità degli amministratori della controllante come responsabilità contrattuale»[383]. In sostanza la responsabilità deriva, non già da un dovere specifico verso un determinato soggetto, ma soltanto dalla violazione di norme di condotta che «regolano la vita sociale e che impongono doveri di rispetto degli interessi altrui a prescindere da una specifica pretesa creditoria»[384].

Si aggiunge da parte dei fautori della responsabilità aquiliana che, anche a voler ritenere che gli amministratori della capogruppo, in virtù della posizione apicale all'interno del gruppo di società che essi ricoprono, debbano permeare la loro gestione, quindi la loro discrezionalità, di una diligenza differente rispetto a quella in una società monade e che il loro dovere di contemperare i vari interessi presenti nel gruppo e di adottare le scelte strategiche conseguenti a tale contemperamento, sussiste nei confronti della società che amministrano, dei suoi soci e dei suoi creditori, poiché è nell'interesse della capogruppo che il gruppo sia florido, e non già nei confronti delle società figlie, dei loro soci e dei loro creditori, altrimenti aggravandosi ingiustificatamente la loro responsabilità. Se i soci e i creditori delle società controllate fossero in grado di esigere la tutela dei propri interessi da parte degli amministratori della capogruppo in via primaria, ossia non come limite della loro discrezionalità, ma come fine da perseguire, gli amministratori stessi si troverebbero ad essere legati da un doppio vincolo fiduciario (*divided loyalty*, come dicono gli inglesi), sia nei confronti dei propri soci, sia nei confronti dei soci delle controllate, quando a questi ultimi sono già legati con vincolo fiduciario gli amministratori delle società in cui hanno investito e sono essi che hanno il dovere di filtrare le direttive della controllante e rispondere nei loro confronti, con l'assurda conseguenza che, da una parte, ingiustificatamente si alleggerirebbero, i doveri degli amministratori della società diretta e coordinata, e dall'altro, si appesantirebbero quelli degli amministratori della società che dirige e coordina. Inoltre, un doppio vincolo fiduciario, oltre a non essere previsto normativamente, come si è detto, sarebbe inefficiente secondo un'analisi economica del diritto, che, come noto, ha per obiettivo la ricerca dell'interpretazione della disposizione che sia più efficiente.

Nel caso di specie, è più efficiente rispettare i principi societari che vogliono una distinzione tra le sfere giuridiche della capogruppo e delle società figlie e che imputano la responsabilità agli amministratori della società con cui si intrattengono rapporti giuridici, e ricorrere a tecniche risarcitorie nel caso di esercizio di attività di direzione e coordinamento

---

[383] Galgano, *I gruppi* cit., p.135. L'Autore controbatte a quanto detto da Abbadessa, in *I gruppi di società* , Bologna, 1982, pp.144 ss.

[384] Sono le parole di Bianca riportate da Baldassari, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza, La responsabilità civile* a cura di Cendon , vol. I, 325.

illegittima[385]. Invero, la forma giuridica dei gruppi di società è stata creata proprio al fine della divisione dei patrimoni e delle responsabilità (*Haftungs-und Risikotrennungsprinzip*). È giusto che di tale suddivisione non se ne abusi, provocando danni ingiusti a soggetti terzi, quali. i soci e i creditori delle società controllate, ma la sanzione deve essere imputata a coloro che hanno abusato di tale forma giuridica, non alla forma giuridica stessa, delegittimandola, superandone le caratteristiche costitutive e creando obbligazioni contrarie al principio della personalità giuridica e alle sue implicazioni.

La limitazione di responsabilità fa sì che esistano organismi in grado di affrontare rischi connessi con determinate attività, che nessun uomo razionale affronterebbe e se tali rischi in principio erano connessi con viaggi navali lunghi e perigliosi, ora sono connessi all''espandersi dell'economia e all'esistenza di più mercati con caratteristiche proprie e rischi più o meno elevati e sono sopportabili solo attraverso la concentrazione, motivo per cui è stata creata la forma giuridica del gruppo di imprese. Va tenuto presente che, ove si ampliasse l'area della responsabilità oltre il necessario, si assisterebbe ad un aggravamento dei costi e da qui si schiudono due possibili scenari: il proliferare di nuove forme giuridiche di diversificazione del rischio, che potrebbero anche porsi al di fuori di ogni legalità e regolamentazione, o altrimenti la rinunzia a perseguire attività con altri margini di rischio, anche quando tali attività si presentino massimamente utili per la società civile e non vi siano soggetti disposti ad assumersi costi d'impresa così gravosi (si pensi alla produzione di farmaci o alla costruzione di infrastrutture in paesi lontani e dissestati). Deve aggiungersi che, essendo illusoria l'idea di poter fermare lo sviluppo economico, la scelta più saggia è quella di regolamentarlo in modo efficiente, lasciando autonomia gestionale agli amministratori, rendendoli responsabili nei confronti dei soggetti da cui reperiscono i fondi che rischiano, e solo nel caso di interferenza pregiudizievole nella sfera giuridica di un altro soggetto, quale la società controllata, responsabilizzarli verso i soci e i creditori di questa, sempre che la libertà e discrezionalità loro concessa non diventi arbitrio (in tal caso si potrebbero prevedere forme più incisive di responsabilità, quali, a titolo di esempio, quella del superamento della personalità giuridica).

È lo stesso principio della *business judgement rule*, per cui i giudici si astengono dal giudicare l'operato degli amministratori fintanto che non vi siano abusi evidenti, perché, altrimenti, il timore di essere sottoposti per qualsiasi atto compiuto al giudizio del giudice e alla conseguente responsabilità, li farebbe astenere da rischi che è, invece, utile per la collettività che qualcuno assuma, ed è in base ad esso che si è preferito non rendere

[385] Analogalemente a quanto ritiene la dottrina giuridica americana in punto di *economic analysis* del principio della responsabilità limitata nella corporation law, in Pardolesi, *"Viel Piercing" e analisi economica del diritto: l'esperienza statunitense*, in AA.VV., *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano1987, pp.135 ss.

responsabile la capogruppo degli inadempimenti delle società controllate attraverso il superamento della personalità giuridica, con l'applicazione dell'art. 2362 c.c. (vecchio testo), se non in casi eccezionali.

La responsabilità extracontrattuale, poi, permette di mantenere inviolato il dogma della personalità giuridica[386], proprio in quanto la società che dirige e coordina e i suoi amministratori sono considerati terzi rispetto ai soci e ai creditori della società diretta e coordinata.

Altra argomentazione a favore della tesi aquiliana è tratta dalla legge n. 218 del 1995 riguardante la legge applicabile in caso di conflitto tra leggi di diversi Paesi. Invero, «Se mai si trattasse di responsabilità contrattuale, come alcuni autori opinano, verrebbe in considerazione l'art. 4 della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 (richiamata dall'art. 57 della legge 31 maggio 1995, n. 218), ai sensi del quale si applica la legge del paese in cui ha sede la parte che deve esercitare "la prestazione caratteristica", che nella specie è l'attività di direzione e coordinamento; sicché alle norme del presente articolo si sottrarrebbero le *holding* costituite all'estero ed operanti in Italia per il tramite di controllate italiane»[387].

Infine, vi è un argomento, decisivo, secondo cui il modello di riferimento del presente articolo non è la disciplina dei gruppi nella legge Prodi, bensì il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231[388], che ha introdotto nell'ordinamento italiano la responsabilità da reato delle persone giuridiche, «la cui peculiarità sta nel fatto che la persona giuridica risponde del reato commesso nel suo interesse o per il suo vantaggio, a prescindere dalla individuazione tanto degli autori materiali del reato quanto dei loro mandanti»[389]. In questo modo, è possibile rendere responsabili direttamente gli autori dell'illecito o coloro che ne hanno tratto profitto, i quali,

---

[386] A tale proposito si ricordano le seguenti parole: «se l'Ottocento e i primi anni di questo secolo sono stati il tempo in cui la dottrina ha individuato e definito il concetto di persona giuridica, il novecento sembra il secolo in cui lo sforzo della dottrina sembra diretto all'individuazione dei suoi confini», così Franceschelli e Lehmann, *Superamento della personalità giuridica e società collegate: sviluppi di diritto contintentale*, in AA.VV. *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, 1987, 71.

[387]Testualmente, da Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 98: «Se poi, considerate le incerte categorie civilistiche del diritto internazionale privato, si ritenesse applicabile l'art. 61 della citata legge n. 218 del 1995, relativo alle «obbligazioni nascenti dalla legge» (categoria ripudiata dall'art. 1173 del codice civile, per il quale le obbligazioni nascono o da atto o da fatto idoneo a produrle secondo 1'ordinamento giuridico, mai dalla legge), la conclusione non muterebbe: varrebbe la legge dello Stato in cui si è verificato il fatto da cui deriva 1'obbligazione, sicché la responsabilità *ex* art. 2497, 1° comma, potrebbe essere invocata dal socio o dal creditore di società estera controllata da *holding* italiana. Si tratta, invece. di responsabilità da fatto illecito; vale perciò l'art. 62, a norma del quale si applica la legge dello Stato in cui si è verificato l'evento, ossia la legge dello Stato in cui ha sede la controllata, i cui soci o creditori lamentano la lesione dei loro diritti da parte della controllante estera».

[388] Anche se, a ragione, E. Scaroina (*Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006, 1) rileva che: «desta sorpresa osservare come il D.Lgs. n. 231 del 2001 – e prima di esso la legge delega n. 300 del 2000 – nell'introdurre nel nostro ordinamento la responsabilità degli enti per gli illeciti conseguenti alla commissione di un reato non abbia in alcun modo preso in considerazione il fenomeno dei gruppi di imprese». Ivi, alle pagine 81 ss., sia una ricostruzione dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale della responsabilità da reato delle persone giuridiche, sia profili comparatistici della medesima.

[389] Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 93.

spesso, non sono gli amministratori, ma i soci della *holding*. Come è stato osservato, «Letto in chiave neo-riduzionalistica, il reato della persona giuridica è il reato che i membri di questa commettono *uti universi,* cioè avvalendosi della organizzazione propria dell'ente ed al fine di ricavarne vantaggi attraverso la partecipazione agli utili conseguiti dall'ente o grazie al plusvalore conseguito dalla partecipazione; e la sanzione inflitta alla persona giuridica è là sanzione inflitta ai suoi membri *uti universi,* ad essi cioè in quanto titolari di diritti di partecipazione sul patrimonio dell'ente, sicché la sanzione che colpisce questo patrimonio colpisce *pro quota* ciascuno dei suoi membri, ossia coloro che hanno voluto il crimine, lasciando ad altri l'esecuzione, o hanno comunque tratto da esso profitto»[390].

Imputando la responsabilità civile alla *holding* secondo il modello della responsabilità da reato degli enti, è possibile conseguire il vantaggio di addossare ai soci della *holding* i costi del risarcimento dei danni ingiusti causati alla società diretta e coordinata, dal momento che l'esborso della *holding* si riverbererà *pro quota* su di essi, per cui «non varrà più asserire che l'assemblea è, per definizione, irresponsabile»[391]. Inoltre, applicando il modello stesso all'attività di direzione e coordinamento, è possibile ritenere che la *holding* possa precostituire esimenti dalla responsabilità *ex* art. 2497 cod. civ., analogamente a quanto previsto dall'art. 6 della legge 231/2001, secondo cui l'ente può esonerarsi da responsabilità fornendo la prova di avere adottato, ed effettivamente attuato, prima della commissione dell'illecito, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenirli, e che le persone che li hanno commessi hanno eluso fraudolentemente i predetti modelli di organizzazione e di gestione.

Si tratta, in buona sostanza, di una prova liberatoria non dissimile da quella prevista, in materia di responsabilità civile, dall'art. 2050 cod. civ., avente per oggetto l'adozione di tutte le misure idonee per evitare il danno o, per esprimerci nei termini del diritto societario, di avere "valutato l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società" (così, con riferimento ai doveri del consiglio di amministrazione, l'art. 2381, 3° comma cod. civ.). Se, ciò nondimeno, il fatto produttivo di danno è stato commesso da amministratori o direttori generali o dipendenti in genere della *holding,* si dovrà ritenere che essi lo abbiano commesso al di fuori del rapporto organico o del rapporto di preposizione che li lega alla società, sicché l'illecito di costoro non sarà imputabile alla persona giuridica e non sarà fonte di sua responsabilità aquiliana.

Questa precostituìta esimente potrà tuttavia valere solo per la *mala gestio* degli amministratori e dei dipendenti della società e non varrà quando il fatto produttivo di danno

[390] *Ibidem*, ove si richiama Zorzi, *L'abuso della personalità giuridica*, le monografie di Contratto e impresa, Milano, 2002, 256.
[391] Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 94.

consisterà nel malgoverno del gruppo da parte della stessa assemblea[392] e in tal modo, giustamente, si riconduce la responsabilità da abusiva attività di direzione e coordinamento all'area del *tort law*, ossia della responsabilità per aver colposamente o dolosamente causato un danno ingiusto, e non per non aver adempiuto ad un preesistente obbligo, sia esso di fonte contrattuale o legale.

### 3. *Adesione alla teoria extracontrattuale*

Rifuggo dalla politica di diritto[393] di configurare la responsabilità in termini contrattuali quando si vuole traslare questa responsabilità da un soggetto ad un altro. Lo responsabilità contrattuale ha la funzione di imputare ad un soggetto che se ne è previamente fatto carico i costi della mancata esecuzione di una prestazione esattamente individuata, non di creare in capo ad un soggetto obblighi di prestazione che questi non si è mai assunto, ad anzi, ha scelto di esercitare l'impresa in forma tale da non assumere.

Si tratta, in sostanza, di tutelare civilmente i diritti del socio di minoranza e del creditore della società diretta e controllata da un abusivo esercizio dell'attività di impresa unitaria, per cui al principio di effettività a cui si è ispirato il legislatore societario deve fare da contrappunto il principio di effettività di tutela[394].

Per comprendere perché, in un'ottica di politica del diritto, oltre che sulla base dell'interpretazione letterale e razionale dell'art. 2497, è necessario inquadrare la responsabilità da attività di direzione e coordinamento nell'ambito della responsabilità aquiliana, si deve accennare alle differenze ontologiche tra responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale, al di là della formula romanistica « teneri ad interesse de radice et natura contractus e teneri ad interesse ex novo facto, extra naturam contractus».

In merito alla responsabilità civile per danni, sebbene si continui a discutere molto dei suoi "modelli e funzioni"[395], sembra prevalere il modello che individua l'obiettivo della

---

[392] Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 94.

[393] Poiché di politica si tratta, giacché si deve prendere atto di come: «su un piano puramente pragmatico i rapporti fra politica ed economia, fra Stati e corporation stiano diventando *il* nodo cruciale di quella che per abitudine continuiamo a chiamare democrazia». Così Rossi, *Il mercato d'azzardo* cit., 20.

[394] Un ordinamento dicesi effettivo non solo quando esso è formalmente in vigore e cioè posto (*positus*) in conformità delle regole che presiedono alla produzione del diritto … ma quando trova concreta rispondenza nella realtà economico-sociale, e cioè *nei fatti*, come volgarmente si dice, nel senso che i comportamenti, singoli e collettivi, ad esso (almeno nella generalità) *spontaneamente* si adeguano o comunque sono operanti misure di tipo coercitivo che quell'adeguamento realizzano o introducono», così testualmente A. di Majo, La tutela civile dei diritti, 1 e 2.

[395] *Ex compluribus*: C. Salvi, voce *Danno'*, in *Dig.disc.priv., sez. civ.*, V, 1989, 63 ss.; Id., voce *Responsabilità extracontrattuale* (dir. vig.)', in *Enc. dir.*, XXXIX, 1988, 1186 ss.; C. Salvi, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1998; C. Castronovo, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Ruropa dir. priv.*, 2003, 1, 123 ss.; Id., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006; F. Busnelli, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*,

responsabilità civile nella riparazione del danno e privilegia la funzione "organizzativa" del medesimo, tale da assicurare un coordinamento sufficiente delle azioni sociali[396].

La responsabilità contrattuale differisce da quella extracontrattuale nel fondamento, per cui la preesistenza del vincolo, derivante dal contratto, delimita l'aerea di responsabilità del contraente, il quale è tenuto a fare tutto il possibile, nei limiti dello sforzo esigibile, per eseguire correttamente l'obbligazione assunta. Le due variabili su cui si innesta la responsabilità contrattuale, perciò, sono: *i)* la violazione del dovere di comportamento assunto; *ii)* il mancato raggiungimento del risultato dovuto/promesso.

Ergo, la responsabilità contrattuale «a differenza di quella aquiliana, non tanto persegue lo scopo di prevenire e reprimere ex post fatti dannosi, imputabili a colpa o dolo del soggetto, e ciò attraverso la rimozione del danno provocato (art. 2043), ma di garantire al contraente e/o creditore entro i limiti della *possibilità* e/o della *esigibilità* (della condotta), la corretta (e puntuale) esecuzione del contratto e/o dell'obbligazione»[397]. Il limite alla responsabilità del debitore non è la diligenza, intesa come assenza di colpa, ma la possibilità e/o esigibilità della prestazione[398]. La colpa, inoltre, non è un elemento costitutivo che deve essere allegato dal creditore, ma un elemento impeditivo che il debitore deve allegare e

---

2006, 6, 440 ss.; P.G. Monateri, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c. una nozione salda, o un'occasione di revisione codicistica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 527; S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; P. Trimarchi, *Causalità e danno*, Milano, 1967; Id., voce *Illecito*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 90 ss.; G. Alpa, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991; P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1998; F.D. Busnelli, voce *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989; A. di Majo, *La tutela civile dei diritti*, ult. ed., Milano, 2006; G. Alpa - M. Bessone – V. Zeno-Zencovich, *I fatti illeciti*, II ed., in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 14, Torino, 1995; M. Franzoni, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2004; P. Rescigno, voce *Obbligazioni* (*nozioni*), in Enc. dir., XXIX, Milano, 1979, 140 ss.; R. Scognamiglio, voce *Illecito* (*dir. vig.*), in *Nov. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 164 ss.; R. Sacco, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro Pad.*, 1960, I, 1420; P. Schlesinger, *L'ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 360 ss.; G. Ponzanelli, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992; P.G. Monateri, voce *Responsabilità civile in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv.*, *sez. civ.*, XVII, Torino, 1988, 12 ss.; D. Messinetti, *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi, e pluralismo della nozione giuridica di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 543 ss.; M. Libertini, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. imp.*, 1985, 84 ss. Più recentemente, P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, 19 ss.; S. Rodotà, in G. Alpa, *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003, 290 ss.; M. Franzoni, *Il danno risarcibile*, in *Tratt. Franzoni*, Milano, 2004, 621 ss.
In materia di analisi economica della responsabilità civile, si v. Cooter – Mattei – Monateri – Pardolesi – Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, 367 ss.; G. Calabresi, *The costs of Accidents*, New Haven – London, 1970; S. Shavell, *Foundations of Economic Analys of Law*, Cambridge – London, 2004, 175 ss.

[396] Monateri, *La responsabilità civile* cit., 19 ss. Secondo di Majo, *La tutela civile* cit., 172, si deve parlare, ormai, di modello "laicizzato", libero da preoccupazioni di tipo etico. «Tale modello va costruito attorno all'obiettivo della redistribuzione del danno alla stregua di criteri che hanno riguardo a valutazioni di ordine etico o economico e sociale».

[397] di Majo, *La tutela* cit., 200. L'A. prosegue affermando, ed è condivisibile, che la responsabilità per mancata o difettosa esecuzione «si arresta solo al limite (della prova) della *impossibilità oggettiva* derivante da causa non imputabile (al contraente o al debitore) art. 1218. Onde taluno ha sostenuto che sostanzialmente il contraente è obbligato a garantire *la possibilità* della prestazione e/o della esecuzione (M. Giorgianni)».

[398] Si v. Castronovo, il quale, più di recente ha ribadito (in voce *Obblighi*, in *Enc. dir.*, 7), come: «la responsabilità che tale norma (art. 1228 cod. civ.) fa gravare sul debitore non attenga all'inadempimento della prestazione bensì alla violazione di obblighi di protezione e cioè ad una lesione della sfera giuridica del creditore, che, laddove mancasse l'art. 1228 c.c., darebbe adito a responsabilità aquiliana».

provare, e neanche in via principale. Ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., infatti, il debitore prioritariamente provare l'impossibilità della prestazione, e secondariamente che quella impossibilità non è imputabile a sua colpa (art. 1256)[399] e ciò perché la responsabilità contrattuale non esige un criterio di giustificazione della responsabilità, come il dolo o la colpa, ma è l'inadempimento stesso ad essere fonte esclusiva dell'antigiuridicità[400].

La responsabilità contrattuale sorge dalla violazione di un obbligo di comportamento verso un soggetto determinato, ossia dalla violazione di quella *obligatio* costituente uno *iuris vinculum* che assoggetta una parte all'adempimento di una prestazione, oggetto appunto di tale vincoloed è, perciò, il fatto stesso della mancata attuazione dell'obbligazione possibile e/o esigibile a costituire l'origine della responsabilità, sempre che detto vincolo esista.

Il passaggio dalla configurazione dell'una forma di responsabilità all'altra (salvo le ipotesi dei *mostra* appartenenti alla *no man's land*) avviene, pertanto, quando meri doveri comportamentali derivanti da standard, che, ove violati con causazione di un danno ingiusto, caratterizzano la responsabilità extracontrattuale, vengono consacrati in un diritto, in modo da convertirsi in pretesa correlata ad un obbligo[401].

La responsabilità contrattuale, perciò:

- non ha come fondamento una valutazione etica della condotta del debitore, «ma l'osservanza di uno sforzo debitorio tipico nella direzione dell'adempimento e del superamento di impedimenti che possono sopravvenire e ostacolare quest'ultimo»[402];
- ha per oggetto un danno commisurato alla mancata soddisfazione di quell'interesse che proprio l'adempimento doveva soddisfare, diretto in modo specifico ad ottenere una determinata prestazione e non di un interesse generico alla integrità della propria sfera patrimoniale.

In sintesi, la responsabilità contrattuale indica l'assunzione da parte di un soggetto di determinate modalità di comportamento (l'*esatto* adempimento della prestazione dedotta in

---

[399] Anche se, come noto, sono numerose e discordanti le tesi sulla nozione di impossibilità libertaoria, per le quali si rimanda all'esaustiva trattazione di di Majo, *La tutela* cit., 201-203.

[400] E. Scoditti, *Dal contatto sociale all'imputabilità dell'atto illecito: l'obbligazione senza prestazione nella giurisprudenza*, in Incontro di studio sul tema "Illecito aquiliano e ingiustizia del danno", Roma 29-30 maggio 2008, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, sul cui sito internet è reperibile questa relazione.

[401] Cfr. C. Castronovo, *Tra contratto e torto. L'obbligazione senza prestazione*, in Id., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 455 ss.; Id., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. privato*, 2004, 68 ss., ove si legge: «Nell'obbligazione ciò che è in gioco non è la responsabilità ma al contrario l'esonero da quest'ultima. Poiché il punto di partenza è che taluno è obbligato nei confronti di un altro a fare qualcosa, solo il venir meno dell'obbligo libera il debitore sicché sta a quest'ultimo scagionarsi dalla responsabilità piuttosto che al creditore provare alcunché al di là del rapporto obbligatorio al fine di rendere responsabile il debitore»; naturalmente, Si vedano, inoltre, L. Mengoni, Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni "di mezzi", in Riv. dir. comm., 1954, I, p. 194 ss; Id., La parte generale delle obbligazioni, in Riv. critica dir. privato, 1984, 515; R. Scognamiglio, Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, voce del Novissimo digesto, XI, Torino 1968, 672.

[402] Così, testualmente, di Majo, *La tutela* cit., 203.

obbligazione) e ciò comporta lo stabilire *ex ante* le *rules* che il soggetto agente dovrà osservare e il risultato a cui dovrà giungere[403]. È lecito, allora, chiedersi quale sia il risultato a cui deve giungere l'attività di direzione e coordinamento, tanto più che è dubbio quale sia il risultato da raggiungere anche rispetto alla società monade, tenuto presente che «privilegiare una definizione o un'altra di "interesse sociale" significa optare per modelli di capitalismo molto distanti tra di loro»[404].

L'attività di direzione e coordinamento rileva esclusivamente su un piano "effettivo". «Da un punto di vista logico, valutare una condotta come lecita non significa affatto riconoscere che gli altri hanno il dovere giuridico di assecondarla»[405]. L'art. 2497 ha la funzione propria della responsabilità civile di «sanzionare-reprimere comportamenti devianti (e irregolari) rispetto agli *standards* tipico-sociali di comportamento cui deve ispirarsi l'uomo medio», in questo caso l'impresa[406].

Inoltre, la norma non si accontenta di un agire *non jure* per rendere il danno risarcibile, come sarebbe laddove ricorresse un inadempimento, bensì richiede la sussistenza di un danno ingiusto, ossia che«l'ingiustizia rimandi a una situazione soggettiva della quale si tratti di accertare la lesione»[407].

### 4. *Repliche alle teorie contrattualistiche*

In merito alla nota teoria degli obblighi di protezione, si deve aderire all'opinione espressa in dottrina, secondo la quale: «Le caratteristiche della vicenda dannosa ora rilevate costituiscono un ostacolo a dir poco insormontabile all'utilizzo della categoria degli obblighi di protezione il cui inadempimento si identifica irrimediabilmente con la lesione del patrimonio o della persona stessa dell'altro soggetto del rapporto obbligatorio […] Gli obblighi di protezione,

---

[403] Anche se tale distinzione, cara alla dottrina, è stata messa in crisi dalla sentenza 20 novembre 2007 – 11 gennaio 2008, n. 577 della Corte di Cassazione, sezioni unite, secondo le quali la distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato «non è immune da profili problematici, specialmente se applicata proprio alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che *un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni*. In realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti Autori criticano la distinzione poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo».

[404] Rossi, *Il mercato d'azzardo* cit., 24.

[405] Così Abbadessa, *Rapporto di dominio ed autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1999, I, 556.

[406] di Majo, *La tutela* cit., 171. Secondo Trimarchi, *Illecito*, cit., XX, ha osservato che: «la condanna al risarcimento dei danni presenta due aspetti inscindibilmente connessi: «da una parte tende a reintegrare il patrimonio del danneggiato (o a compensarlo del danno, non patrimoniale subito); dall'altra costituisce una *sanzione* che colpisce chi si è comportato in modo vietato e la cui minaccia contribuisce preventivamente scoraggiare il compimento di atti illeciti».

[407] C. Castronovo, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 450.

anche laddove elevati a rapporto obbligatorio autonomo come nella nota teorica dell'obbligazione senza prestazione[408], non sembrano in grado di abbracciare l'intero dispiegarsi dell'attività di direzione e coordinamento cui si ricollegano tanto i vantaggi compensativi quanto la possibilità di porre in essere operazioni funzionali ad eliminare i pregiudizi»[409]. Non si comprende, invero, per quale motivo la società capogruppo deve essere onerata dell'obbligo di perseguire l'interesse delle società controllate anche a scapito del proprio, perché in questo si risolverebbe un'obbligazione del genere. L'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, infatti, non potrebbe derogare mai all'obbligo di protezione, neanche per perseguire gli interessi suoi propri: il che è evidentemente inaccettabile da parte del diritto societario, nonché per i creditori e i soci dell'ente che coordina e dirige. Si deve aggiungere che, se è giusto avere una visione solidaristica dei rapporti giuridici, ciò non significa distorcere i principi imprenditoriali e societari che, "democratici fino in fondo", ammettono il sacrificio dell'interesse delle minoranze a vantaggio della maggioranza. Questa "clausola di salvezza", però, è assente dalla teorica degli obblighi di prestazione, proprio perché nata e sviluppatasi nell'ambito di rapporti vis a vis in cui vi era effettivamente un soggetto bisognoso di protezione, quale il paziente e il medico, rapporti *quod necessitate adstringuntur*, in cui ben si giustifica un'esigenza di protezione nell'esecuzione dell'attività. In altre parole, negli obblighi di protezione non è ammesso il sacrificio del soggetto da proteggere, per alcuna ragione. Questa teoria, perciò, non può trovare accoglimento in ipotesi in cui è la stessa legge a prevedere un contemperamento degli interessi, essendo ad essa del tutto estraneo. Pertanto, a ragione, è stato sostenuto che: «appare estranea alla *ratio* dell'art. 2497 c.c. una logica promozionale degli interessi dei soci e dei creditori delle società controllate, come testimonia la funzione meramente conservativa assegnata al risarcimento del danno»[410].

Del pari, non è possibile aderire neanche alla tesi che ricostruisce la responsabilità ex art. 2497 c.c. in termini "deboli", «imperniata su una nozione di "principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale" nei termini di una regola di condotta di contenuto precettivo attenuato, che, lungi dall'imporre alla società o all'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento la promozione degli interessi dei soci e dei creditori sociali delle società controllate, assegna loro una direttiva di azione nel segno della protezione delle ragioni patrimoniali di tali soggetti»[411].

---

[408] C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in Studi in onore di Luigi Mengoni, Milano, 1995, 147 ss., citato nel testo.
[409] Mazzamuto, *Questioni sparse* cit., 1494.
[410] Mazzamuto, *Questioni sparse* cit., 1495.
[411] Mazzamuto, *Questioni sparse* cit., 1494.

Sebbene la presente ricostruzione della natura della responsabilità da attività di direzione e coordinamento abbia in comune con la tesi della responsabilità contrattuale debole l'obbiettivo di non onerare gli amministratori della capogruppo di obblighi che genererebbero la c.d. *dived loyalty*, con il duplice nefasto risultato, da una parte, di aggravare i già consistenti obblighi degli amministratori della capogruppo, dall'altra, di aumentare irragionevolmente i costi di *agency*, ossia di amministrazione, rendendo inefficiente la forma di organizzazione dell'attività di impresa "gruppo di società", non può condividerla.

La tesi delle responsabilità "debole" della capogruppo, invero, postula pur sempre l'esistenza di un inadempimento, seppure di "una direttiva di azione nel segno della protezione delle ragioni patrimoniali" dei soci e dei creditori sociali delle società controllate, ed induce alla configurazione di tecniche rimediali che vanno oltre il risarcimento del danno[412]. La responsabilità ex art. 2497 c.c., perciò, costituirebbe il contenuto di un'obbligazione sostitutiva di quella inadempiuta, a differenza della responsabilità aquiliana, che rappresenta il contenuto primario dell'obbligazione.

Ora, è proprio il concetto di inadempimento che manca nella fattispecie considerata dall'art. 2497 c.c. Ad esso si giunge con un "doppio salto logico": dalla previsione dell'agire principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale se ne inferisce l'esistenza di una clausola generale di correttezza, la quale, come sinonimo di buona fede, è concetto coessenziale alla dimensione cooperativa dei rapporti obbligatori.

È stato affermato in dottrina che, con la previsione di cui all'art. 1337 c.c. il legislatore del 1942 ha inteso colmare la lacuna del vecchio Codice, sancendo una responsabilità fondata sulla violazione di un'obbligazione *ex lege*, fonte di responsabilità di tipo contrattuale[413], dal momento che: «i c.d. obblighi di correttezza che presiedono la fase preliminare ed esecutiva del rapporto obbligatorio sono dei veri e propri doveri ex lege che partecipano dei caratteri dell'obbligazione in senso tecnico […] in quanto sono posti a carico di soggetti determinati ed hanno un contenuto patrimoniale»[414]. Il dovere di buona fede, o correttezza, imposto dalle norme giuridiche (sia esso l'art. 1337 o l'art. 2497 c.c.) determinano l'osservanza di obblighi che vanno oltre il generico dovere di astensione previsto dall'art. 2043 c.c., poiché «tendono

---

[412] Come prospettato da Mazzamuto, *Questioni sparse* cit., 1496: «gli ordini di condanna al compimento di azioni dirette a ricondurre l'attività di gestione e coordinamento nei parametri della corretta gestione societaria ed imprenditoriale», nonché «il c.d. giudicato cautelare ovvero ricorrere alla declaratoria di inefficacia dei provvedimenti assunti di cui sia possibile eliminare gli effetti senza pregiudizio di terzi, nella consapevolezza che il rimedio cui tradizionalmente accede la correttezza in funzione valutativa è per l'appunto l'exceptio doli generalis».

[413] *Ex multis*, L. Mengoni, *Obbligazioni "di risultato"* e obbligazioni "di mezzi", in Riv. dir. comm., 1954, 1, 185 ss.; Romano, *Buona fede*, in *Enc. dir.,* V, Milano, 1959, 677 ss.; Messineo, Il contratto in genere, 1, in Trattato Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 1973, 365.

[414] G. Visintini, *La reticenza nella formazione del contratto*, Padova, 1972, 100.

al promuovimento e al soddisfacimento dell'aspettativa di un determinato soggetto»[415]. Lo stesso Mengoni, però, fa risalire l'instaurazione di un rapporto obbligatorio fra le parti, non già al mero contattato, bensì al momento in cui «sorge nei confronti di una o ciascuna parte un affidamento obiettivo dell'altra parte»[416], tale per cui il comportamento delle parti deve orientarsi verso il raggiungimento di un risultato[417].

Il richiamo operato da questa norma ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, però, non è nel stesso senso in cui è operato dagli articoli sui quali è stata fondata la teorica in commento.

L'art. 2497 c.c., invero, a differenza dell'art. 1337, non si riferisce alla buona fede e alla correttezza rispetto ad un rapporto, o comunque una relazione, quindi ad una situazione in cui le clausole generali devono essere valutate nell'ambito di una tensione in cui i termini soggettivi sono almeno due, il che conduce a ritenere istaurato detto rapporto, bensì ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale *delle* società medesime, ovvero il termine di valutazione è solo uno. Questo significa che non vi è un rapporto, la valutazione della correttezza non è a "geometria variabile" in quanto rapportata a due sfere soggettive (come tra i contraenti o coloro che entrano in trattative), come anche accade nell'ambito del contatto sociale, dove i termini di giudizio della correttezza attengono sia alla persona dell'agente che del destinatario dell'azione. Qui, invece, si tratta dell'ingerenza di un terzo - perché, se si vogliono rispettare i principi inderogabili del diritto societario (e di quello comune), si devono considerare autonome le singole società del gruppo e si deve, quindi, considerare terza la società controllante rispetto alla società controllata, ai creditori e ai soci delle medesime – in un'altra sfera di interessi, e quest'ingerenza, intesa come fatto, di per sé lecita, in quanto estrinsecazione, attuazione di un potere inerente alle azioni possedute, diviene illecita, quando irrispettosa dei principi di gestione della controllata. In altre parole, il richiamo dei principi è volto a delimitare il campo del lecito, cioè delle legittima influenza nella gestione delle controllate, non a istaurare un'obbligazione *inter partes*; si tratta, quindi, di una indicazione di quando l'esercizio di poteri fattuali diviene abusivo, ossia non più consentito dall'ordinamento, purché sussistano anche gli altri requisiti della responsabilità aquiliana.

La correttezza, quindi, non qualifica il rapporto, ma la liceità del fatto, dell'attività di direzione e coordinamento. Ciò è confermato dal fatto che il giudizio di responsabilità non attiene alla valutazione del mancato raggiungimento di un risultato aspettato (l'adempimento

---

[415] Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 130.

[416] Mengoni, *Obbligazioni "di risultato"* cit., 370. Si v., inoltre, la dottrina e la giurisprudenza precedente all'emanazione del codice civile, in L. Viola, *Danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e resposnaiblità speciali*, 2007.

[417] Si ricorda la definizione di A. di Majo (*Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, 111) di "obbligazione": «nel suo complesso è regola di comportamento in funzione del raggiungimento di "un risultato"».

dell'obbligo), né dello sforzo esigibile da parte del debitore (che pure è parametro per determinare l'inadempimento), bensì unicamente all'esercizio dannoso di un'attività dall'esclusivo punto di vista della società danneggiata.

Se è possibile azzardare un paragone, la ratio della norma non è dissimile da quella che regola la liceità delle immissioni. Come l'art. 844 c.c. ha la funzione di delimitare il campo del lecito nell'esercizio delle "ragioni della proprietà", mediante il richiamo alla "normale tollerabilità, avuto anche riguardo alle condizioni dei luoghi", così l'art. 2497 ci dice che l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, quale mero fatto, diviene illecito, non è più consentito quando "viola" i suddetti principi. La formulazione della norma in negativo è un ulteriore indice della volontà del legislatore, più che imporre una regola di condotta, di delimitare il campo di applicazione di un fatto diffuso nella prassi. È la presa d'atto di un fenomeno esistente da un secolo, di cui non possono, né è opportuno, disciplinare le modalità di attuazione, ma a cui è necessario porre una limitazione nel caso in cui si ledano concorrenti ragioni proprietarie. Se il legislatore avesse voluto creare degli obblighi in capo all'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, avrebbe usato una formulazione della norma "in positivo", quale quella dell'art. 1337 (le parti "devono comportarsi"), non in negativo, "sono responsabili se violano". La dizione dell'art. 2497 c.c. indica la volontà di delimitare, in coerenza con una scelta di politica del diritto già attuata con l'emanazione del codice nel 1942, che vuole, non già imporre le modalità di azione dell'impresa commerciale, bensì delimitare tale azione se ritenuta lesiva di diritti altrui.

Non può trovare condivisione neanche la teoria del collegamento contrattuale, secondo la quale sarebbe configurabile un tra contratti di società all'interno del gruppo, con conseguente comunicabilità delle vicende da un contratto all'altro, in particolare della responsabilità da una società all'altra, per cui il socio che subisce un pregiudizio per effetto dell'attività di direzione e coordinamento può agire sia nei confronti della propria società, quanto nei confronti della controllante e delle altre società collegate (o nei confronti dei rispettivi amministratori), per ottenere il risarcimento del danno. Secondo questa teoria, lo schema del collegamento negoziale consentirebbe, inoltre, di attribuire natura contrattuale anche alla responsabilità nei confronti dei creditori sociali[418], in quanto anch'essi titolari di un contratto

418 La natura giuridica della responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali rappresenta uno dei problemi preesistenti lasciati irrisolti dalla riforma. Parte della dottrina, com'è noto, ritiene che ad essa debba attribuirsi natura contrattuale, in quanto trattatasi di responsabilità derivante dalla violazione di preesistenti obblighi previsti dallo statuto o dalla legge: cfr. F. Bonelli, *Gli amministratori di s.p.a.* cit. (2004), 207; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Le società*, Torino, 1999, 371; F. Ferrara jr.-F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, X ed., Milano, 1996, 572; V. Salafia, *Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso le società e verso i creditori sociali*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 75 ss.; L. Sambucci, *Commento all'art. 2394*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 703; v. inoltre Cass., 24 marzo 1999, 2772, in *Società*, 1999, 1065, con riferimento, pero, all'azione esercitata dal

concluso con la società. La natura contrattuale della responsabilità ex art. 2497, perciò, risiederebbe nel fatto che: «La fonte dei poteri-doveri di questi ultimi [amministratori della controllante e della controllata] è rappresentata dal contratto di società, e, nell'ambito di un gruppo di società, è rappresentata dal contratto di società collegato agli altri contratti sociali, nel senso che tale fonte si integra per effetto del collegamento tra i contratti sociali»[419]. Anche gli amministratori sarebbero tenuti al rispetto dei contratti dai medesimi non sottoscritti, in virtù del loro obbligo di rispettare tale contratto nel momento stesso in cui amministrano la società[420].

Questa tesi non può trovare condivisione dal momento che essa appiattisce il fenomeno del gruppo a quello del collegamento contrattuale, dimenticando che la struttura societaria che ne origina, sebbene non possa prescindere dal contratto che la istituisce, va ben oltre ad esso[421], per cui non potrebbe che parlarsi di nesso fra *società* più che fra *contratti*. Questa teoria, invero, ha il pregio di raffigurare l'esistenza di un interesse di gruppo, in quanto «i vari contratti di società, pur caratterizzati ciascuno in funzione della propria autonoma causa e conservando ciascuno la propria autonomia ed indipendenza, sono economicamente e teleologicamente coordinati tra loro in vista della realizzazione di uno scopo pratico unitario, un interesse globalmente riferibile alla complessiva catena contrattuale»[422], ma confonde l'interesse unitario con lo scopo delle singole società. Come si è detto, infatti, lo scopo societario è e rimane, in via diretta ed immediata, quello della singola società, tant'è che altrimenti non potrebbe parlarsi di "*rispetto dei principi di corretta gestione delle società dirette e coordinate*"; solo in via indiretta e mediata, invece, viene perseguito l'interesse del gruppo, il quale è un *meta-interesse*, che si riflette sullo scopo del contratto sociale ma non si sostituisce a quello suo proprio. Altrimenti si correrebbe il rischio di identificare l'unitarietà

---

curatore ex art. 146 l.fall., che cumula le azioni ex artt. 2392 e 2394 c.c.). Secondo altri, invece, tale responsabilità avrebbe natura extracontrattuale (F. Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., 99; R. Rordorf, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, 545; C. Conforti, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, I, Milano, 2003, 767; L. Picone, nota a Cass., 24 marzo 1999, n. 2772, 1069; in giurisprudenza v. Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Società*, 1999, 557 e in *Dir. fall.*, 1999, II, 1001; Trib. Monza, 13 gennaio 2000, in *Giur. milanese*, 2000, 250; Trib. Roma, 5 dicembre 1986, in *Fallimento*, 1987, 854).

[419] Giovanni, *Direzione e coordinamento* cit, 113.

[420] Come richiamato da Giovannini, *Direzione e* coordinamento cit., 114: Cass. 6 marzo 1999, n, 1925, in *Giur.it.*, 2000, I, 770 ss. Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Giur. it.,* 2000, 1, 770 ss. con nota di R. Guidotti, *Amministratore di fatto e"negotiorum gestio"*, in *Foro it.,* 2000, I, 2299; con nota di M. Solvetti, in *Corr. giur.,* 1999, 1396; con nota di A. Perrone, *Un "revirement" della cassazione sulla responsabilità dell'amministratore di fatto,* in *Resp. civ.,* 1999, 1319, con nota di P. Balzarini, *I nuovi orientamenti della Corte di Cassazione in tema di responsabilità degli amministratori,* in *Giur. comm.,* 2000, II, 167, con nota di N. Abriani, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore*, in *Società,* 2001, 808, con nota di L. Salvato, *Il "revirement" della Suprema corte in materia di responsabilità di amministratore di fatto.*

[421] Secondo la nota teoria della società come *nexus of contracts*, storicamente avanzata per primo da R. Coase nel suo celebre contributo del 1937 e successivamente resa popolare dal lavoro di Alchian e Demsetz (1972), creata per fornire un modello di analisi dei costi di *agency*.

[422] Giovannini, *Direzione e coordinamento* cit., 26.

economica con l'unitarietà giuridica, con il che, come si è visto, si annienta il fenomeno stesso del gruppo.

Venendo ai caratteri del collegamento contrattuale, come tratteggiati dalla giurisprudenza, «il collegamento contrattuale, che nei suoi aspetti generali non dà luogo a un autonomo e nuovo contratto, è un meccanismo attraverso il quale *le parti perseguono un risultato unitario* e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti. Questi ultimi conservano la loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato a un unico regolamento dei reciproci interessi. Il collegamento contrattuale, quindi, non è un tipo particolare di contratto, ma uno strumento di regolamento degli interessi economici delle parti, caratterizzato dal fatto che le vicende che investono uno dei contratti collegati (invalidità, inefficacia, risoluzione, etc.) possono ripercuotersi sull'altro, seppure non in funzione di condizionamento reciproco (ben potendo accadere che uno solo dei contratti sia subordinato all'altro e non anche viceversa) e non necessariamente in rapporto da principale a accessorio. Tuttavia, in tali ipotesi, se pure il collegamento dei contratti delineato dalle parti può determinare un vincolo di reciproca dipendenza tra di essi, così che le vicende relative all'invalidità, all'inefficacia o alla risoluzione dell'uno possano ripercuotersi sugli altri, detto collegamento non esclude che i singoli contratti si caratterizzino ciascuno in funzione di una propria causa e conservino distinta individualità giuridica»[423].

Ora, il punto è che questa teoria individua nei paciscenti del contratto sociale le parti che perseguono un risultato unitario, e, specificamente, dei soci di maggioranza, dal momento che «non assume rilevanza l'assenso dei soci di minoranza, dovendosi rispettare il principio maggioritario e i meccanismi di funzionamento propri della società»[424]. I soci di minoranza, infatti, secondo questa ricostruzione, accettano la sottoposizione alla direzione ed il coordinamento di gruppo con l'ingresso nella società, come sarebbe dimostrato dall'art. 2497-*quater* c.c. L'accertamento della volontà delle parti contraenti, in questi termini, però difetta sotto un duplice profilo: *i)* è offerta al socio la possibilità di *exit* proprio perché questi non può manifestare la propria volontà, per cui non può correttamente parlarsi di "parti" che stipulano più contratti per il raggiungimento del proprio scopo, come invece richiesto dalla teoria del collegamento contrattuale; *ii)* se si considera la volontà della maggioranza, essa è unilaterale, nel senso che è la volontà di un organo, ossia di una parte, per cui appare arduo configurare l'esistenza di più centri di interesse che si accordano per dare vita ad un regolamento negoziale mediante la stipula di più contratti; *iii)* l'esercizio dell'attività

[423] Cfr., per tutte, Cass. civ., 12 luglio 2005 n. 1461. Non è possibile in questa sede affrontare il tema del collegamento contrattuale; ma si v., per la dottrina in argomento, Giovannini, *Direzione e coordinamento* cit., 19 ss.

[424] *Ibidem*, 37.

economica unitaria non avviene mediante il collegamento contrattuale, ma mediante l'esercizio dei poteri inerenti alle azioni, ossia con l'attuazione di un potere proprietario.
In merito a quest'ultimo punto, si deve chiarire che la parte attua il proprio disegno mediante l'esercizio di un potere di fatto derivante dalla partecipazione della *holding* in altre società, o comunque dall'attuazione di un potere di controllo. Si pensi ad esempio all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento su società che sono controllate in base ai rapporti di cui all'art. 2359, n. 3, c.c.: è arduo ritenere che in tal caso si possa parlare di collegamento contrattuale, in cui ricorra la volontà delle parti di perseguire l'interesse di gruppo. Ancora più arduo è ritenere che via sia questa volontà contrattuale condivisa tra le parti, almeno rappresentanti la maggioranza (anche se, come si è detto, in questo caso è improprio discorrere di "parti"), quando si tratta di gruppi piramidali: tra le società del gruppo, infatti, non si tratta di rapporti creditori, in virtù dei quali il debitore (società controllata) assume volontariamente l'obbligo di attuare una prestazione per soddisfare l'interesse creditorio, ma si tratta, come detto, dell'attuazione della facoltà di godere o di disporre delle azioni di cui si è proprietari, per cui la soddisfazione dell'interesse del titolare avviene mediante l'esplicazione di una influenza dominante che non trova titolo in alcun accordo, ed anzi generalmente si sviluppa al di fuori di esso. In altre parole, lo strumento di soddisfacimento dell'interesse creditorio non è lo cooperazione del debitore-società controllata, bensì l'esercizio di un potere di fatto sulla medesima che soddisfa, come in quanto relazione immediata con il bene, l'interesse del suo titolare.
È l'esercizio di un potere, non la stipulazione di più contratti a soddisfare l'interesse del gruppo al raggiungimento di uno scopo unitario.

### 4. *Conclusione sulla natura della responsabilità della capogruppo*

Sono consapevole che l'ottica di "politica del diritto" assunta in questa dissertazione non coincide con quella che si è sviluppata in via maggioritaria negli ultimi lustri, ma, ritengo che non sia utile né giustificato estendere a dismisura l'area della responsabilità contrattuale che, ormai, è invocata come rimedio anche in casi in cui, non solo non esiste alcun contratto (ad es., la c.d. responsabilità da contatto sociale o da affidamento), ma non vi sia neanche obbligazione giuridica preesistente. Anzi, si arriva al paradosso per cui, in altri ordinamenti, quali quello tedesco, l'illecito si libera dal legame con la colpa del danneggiante «per aprirsi ad una rilevanza che va dalla responsabilità soggettiva a quella oggettiva, dalla responsabilità extracontrattuale a quella contrattuale (passando attraverso la *Vertrauenshaftung*) dalle

categorie civilistiche di responsabilità alle figure speciali di responsabilità previste dalle leggi di settore»[425].

Estendere questa area, invero, significa stabilire delle specifiche modalità di comportamento e determinati risultati da conseguire a cui un soggetto deve conformare la propria modalità di agire, restringendo il campo della libertà di azione. Un conto, infatti, è essere liberi di agire con il limite di non danneggiare ingiustificatamente l'altro soggetto, rispettando la sua sfera di interessi (*i principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria delle società controllate*), un altro è imporre la soddisfazione dell'interesse altrui (della società controllata)[426]. Non avrebbe senso, altrimenti, configurare un obbligo giuridico preesistente in capo all'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, se non fosse quello di perseguire anche l'interesse della società controllata; ma ciò non può essere. Questo significherebbe sovvertire i principi del diritto societario, imponendo e fors'anche anteponendo all'interesse della società *holding* quello delle controllate. Vi sarebbero poi delle conseguenze di non poco conto:

*a)* l'obbligo di dover perseguire a tutti i costi l'interesse delle società controllate potrebbe pregiudicare i soci di minoranza e i creditori della società della capogruppo, i quali hanno diritto ad un livello di tutela certo non inferiore a quello dei soci di minoranza e creditori delle società controllate;

*b)* il contenuto dell'obbligazione preesistente che sorgerebbe in capo alla holding per l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, poi, dovrebbe essere rimesso alla prudente determinazione dei giudici, i quale però, come si è visto e non è peregrino pensare, non sempre e non tutti sono dotati di quella sensibilità giuridico-economica necessaria per stabilire quale sia la prestazione dovuta dalla holding, considerate anche le difficoltà inerenti ad un giudizio di "prognosi postuma";

*c)* mentre la riforma del diritto societario si muove nel senso di estendere l'area dell'autonomia negoziale e della libertà, il fenomeno dei gruppi vedrebbe restringersi tale area di libertà, in cui, tra l'altro, è nato.

Si consideri, inoltre, che anche per evitare di sottostare a specifici obblighi di comportamento o di risultato che il gruppo è stato creato e si è sviluppato al di fuori del diritto.

Insomma, allargare l'area della responsabilità contrattuale, seppure può avere il lodevole fine di cercare di tutelare soggetti considerati bisognosi di protezione, rischia di moltiplicare i costi dell'esercizio dell'impresa e di "ingessare" l'iniziativa economica, con il risultato di impedire quello sviluppo del mercato, come si è visto, che è stato fondamentale e che, soprattutto in un

---

[425] F. Busnelli, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 6, 448.

[426] In tal senso, poi, anche la filosofia ispiratrice della riforma

momento di crisi economica quale quella attuale, diviene ancora di più un valore da preservare ed incentivare, non da vincolare.

## ALTRE FORME DI RESPONSABILITÀ CIVILE NEI GRUPPI DI SOCIETÀ

SOMMARIO: 1. Abuso della personalità giuridica. - 2. Responsabilità della capogruppo per atti illeciti delle controllate.

### 1. *Abuso della personalità giuridica*

Si deve chiarire che l'art. 2497 non si applica nel caso di finzioni di gruppo, ossia quando sotto le mentite spoglie di una impresa di gruppo, di una impresa con pluralità di imprenditori, si cela l'unica impresa di un unico imprenditore[427]. In questo caso, invero, non si ha una scorretta gestione delle società dirette e coordinate, ma un vero e proprio abuso delle medesime. Per poter rendere responsabili i soggetti che hanno abusato dello schermo societario sono state elaborate diverse teorie:

*i)* quella dell'imprenditore occulto[428];

*ii)* quella il superamento della personalità giuridica; poiché, in caso di violazione delle regole del diritto societario, vengono meno i presupposti per applicare la disciplina speciale e si riespandono le regole del diritto comune, ed in particolare quella della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.[429]. «In verità persona giuridica non costituisce direttamente un dato normativo, ma solo una espressione abbreviata di una disciplina normativa»[430], essa, quindi, non è altro che uno strumento del linguaggio giuridico[431];

*iii)* la teoria della simulazione di società[432];

---

[427] È il fenomeno «per il quale si dà vita ad una pluralità di società di capitali, le cui azioni o quote appartengono ai medesimi soggetti, al solo scopo di eludere l'applicaizone di norme imperative di legge, come ad esempio le norme sul licenziamento dei dipendenti»: questa la definizione di Galgano, *I gruppi* cit., 199; Id., *Direzione e coordinamento* cit., 37. Giunge alla medesima conclusione Giovannini, *La responsabilità* cit., 197, anche se per la diversa motivazione che «il legislatore ha inteso riservare lo svolgimento dell'attività imprenditoriale di direzione e coordinamento di società a soggetti diversi dalle persone fisiche», per le ragioni ivi esposte.

[428] Si v. la nota teoria di W. Bigiavi, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954.

[429] T. Ascarelli, Problemi giuridici, I, Milano, 1959, 233 ss.; Galgano, *I gruppi* cit., 207 ss.

[430] T. Ascarelli, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Problemi Giuridici*, Milano, 1959, I, 236-242. L'Autore, infatti, afferma che: «La normativa riassunta con "persona giuridica" è a sua volta risolubile in una normativa concernente atti di uomini nati da ventre di donna; con "persona giuridica" vogliamo perciò solo brevemente indicare una disciplina normativa ed una disciplina normativa poi risolubile in norme pur sempre concernenti relazioni tra uomini». Del medesimo avviso anche P. Spada, *Della permeabilità differenziata della persona giuridica nell'ultima giurisprudenza commerciale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 429, il quale parla d

[431] A differenza di quanto scriveva Ulpiano: «*si quid universitati debetur singulis non debetur; nec quod debet universitas singuli debent*», in Ferrara Fr. sr., *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino, 1915, 9; M. Basile e A. Falzea, *Persona giuridica*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 268.

[432] V. Salandra, *Le società fittizie*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 290; A. Cicu, *Simulazione di società commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, II, 141; G. Cottino, *Diritto commerciale*, Padova, 1999, 246.

*iv)* quella della trasformazione tacita di società di capitali in società in nome collettivo irregolare[433];

*v)* la teoria della associazione in partecipazione[434];

*vi)* la teoria della supersocietà[435];

*vii)* la teoria dell'abuso del diritto[436]

Anche la giurisprudenza si è sforzata di imputare la responsabilità ai soci "tiranni", come si è visto in tema di *holding* personale, in quanto imprenditore individuale o come socio di società di fatto.

È da condividere la tesi che muove dal presupposto che, in caso di violazione delle norme speciali che riconoscono un privilegio, quale quello della responsabilità patrimoniale limitata, l'eccezione non ha più una *ratio* per sussistere, perché vengono meno i presupposti della sua applicazione (la creazione di una vera società), per cui si applicheranno le norme del diritto comune.

## 2. *Responsabilità della capogruppo per atti illeciti delle controllate*

Esaminata l'esistenza di una responsabilità della capogruppo per i danni cagionati alle controllate nel caso di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, ex art. 2497 c.c., ed esclusa una responsabilità della capogruppo per i debiti delle controllate, che viene affermata soltanto in ipotesi eccezionali attraverso il superamento dello schermo della personalità giuridica, resta da chiedersi se sussista una responsabilità della capogruppo per il fatto illecito commesso dalle controllate.

Dal punto legislativo non esiste nessuna disposizione specifica, attesa l'assenza di una disciplina organica del gruppo di società. Si tratta allora di chiedersi se e a che titolo la controllante risponda degli illeciti commessi dalle controllate. Si è detto che, nel rispondere a questi interrogativi, «non ci si muove nell'ottica del diritto societario, ma in quello della responsabilità civile»[437].

---

[433] F. Ferrara jr, *Società etichette e società operante*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, 668.

[434] T. Ascarelli, *Società di persone tra società: imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it*., 1956, I, 406.

[435] T. Ascarelli, *Imprenditore occulto e partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, in *Foro it*., 1959, I, 1519; concorde, G. Romano Pavoni, *Imprenditore occulto e società di fatto tra persone fisiche e società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 53.

[436] Si v. M. Garcea, *I «gruppi fint». Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2005, *passim.*

[437] Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, *Le fonti delle obbligazioni* a cura di Sacco, Torino, 1998, 618.

Muovendosi in tale ottica, due sono le possibilità per affermare la responsabilità della capogruppo per il fatto illecito commesso dalle controllate: ricomprendere la responsabilità della società madre nella fattispecie dell'art. 2049 c.c. o, piuttosto, in quella dell'art. 2043 c.c.

L'art. 2049 c.c. disciplina la responsabilità dei padroni e dei committenti, prevedendo che "*I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti*". È una forma di responsabilità indiretta, per cui, secondo il principio *respondeat superior*, questi risponde di un fatto illecito altrui[438].

Il Supremo Collegio ha indicato due presupposti, la ricorrenza dei quali è necessaria al fine dell'applicazione della norma: 1) la sussistenza di un "rapporto di preposizione", suscettibile di assoggettare il preposto al potere di direzione e sorveglianza del preponente[439]; 2) il "rapporto di preposizione" deve aver operato come "occasione necessaria" dell'evento dannoso, intendendosi con questa espressione che "le mansioni od incombenze affidate al secondo abbiano reso possibile o comunque agevolato il comportamento produttivo del danno" [440].

La *ratio* della disposizione in esame è, pertanto, quella di attribuire la responsabilità al datore di lavoro, in quanto questi è in grado di esercitare un potere di direzione e sorveglianza sul suo preposto. Nel caso di amministratori e sindaci designati dalla società madre non è possibile configurare tale potere di direzione sorveglianza in capo ad essa, poiché i primi sono dotati di strutturale autonomia, la quale vale ad escludere che l'illecito sia commesso nello svolgimento di mansioni assegnate. Infatti, «l'assolvimento di funzioni caratterizzate dai connotati di autonomia, indipendenza, imparzialità, non è in alcun modo compatibile con il concetto di "incombenza", alla quale può essere adibito il prestatore di lavoro subordinato, sottoposto al potere di direzione e vigilanza del datore di lavoro»[441].

È da escludersi, pertanto, una imputazione di responsabilità in capo alla società madre ricorrendo all'art. 2049 c.c.

La responsabilità della capogruppo potrebbe riconoscersi ai sensi dell'art. 2043, ricorrendone i presupposti, e cioè la prova, molto difficile, di un concorso della società madre nell'illecito commesso dalle società figlie, che tuttavia si potrebbe far derivare dalla esistenza di una direzione unitaria in base alla presunzione dell'*id quod plerumque accidit,* la quale assolve l'onere probatorio della vittima in ordine alla compartecipazione nell'illecito[442].

---

[438] S. Mazzamuto, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europa dir. priv*., 3, 2003, 679.
[439] Cass. , 3 settembre 1987, n. 7186; Cass., 6 luglio 1983, n. 4651; Cass., 11 giugno 1983, n. 4031.
[440] Cass. , 9 giugno 1995, n. 6506; Cass., 27 marzo 1987, n. 2994.
[441] Galgano, *I Gruppi di società* cit., 147.
[442] Monateri, *La responsabilità civile* cit., 619.

Nel caso *Sisvel c. Thomson Consumer*, per esempio, riguardante la contraffazione di brevetto c.d. di "sintesi di frequenza", i giudici hanno affermato la responsabilità della società capogruppo, in quanto l'intervento di quest'ultima nelle scelte principali e strategiche del gruppo, riscontrabile nella relazione degli amministratori, portava ad affermare una sua sicura partecipazione nelle decisioni relative alla commissione dell'illecito[443] e ciò anche se in una decisione di poco precedente, in merito allo stesso caso, si era esclusa la responsabilità extracontrattuale della società madre perché non si era dimostrata la partecipazione o cooperazione nell'illecito[444].

A livello comunitario si è accolto il principio della responsabilità della società madre nel caso di illeciti concorrenziali della società figlia, facendosi ricorso al concetto di unità dell'impresa di gruppo e al criterio della identità di comportamento, come nel caso *Materie coloranti*[445] e *IHT c. Ideal Standard*[446].

Il problema dell'affermazione della responsabilità, certamente extracontrattuale, della società madre per gli illeciti delle società figlie più che nel campo concorrenziale o degli illeciti societari, emerge con forza nel caso dei c.d. danni diffusi, o *mass torts*, *délits à grande échelle*, *Massendelikten*.

Secondo il *Black Law Dictionary*, con tale espressione si indicano tre tipi di disastri:

a) lesioni a catena cagionate dallo stesso prodotto a numerose vittime in un certo periodo di tempo;

b) eventi singoli che simultaneamente ledono molte vittime;

c) incidenti che provocano lesioni a persone o cose su una determinata area di territorio[447].

Nell'ipotesi di cui *sub* a) rientrano casi come quello di farmaci, per esempio l'Abestos, che ha portato davanti alle corti statunitensi più di 100.000 attori, o la Thalidomide, un farmaco che per i suoi effetti positivi come sedativo e calmante per il mal di testa fu messo in commercio senza i dovuti test sull'uomo, ma di cui si scoprirono, tra la fine degli anni '50 e l'inizio degli anni '60, gli effetti collaterali sui feti, facendo nascere i bambini focomelici.

Nell'ipotesi di cui *sub* b) rientrano gli incidenti aerei o le esplosioni nucleari e in quella *sub* c) i disastri ambientali. Tra questi ultimi si ricordano due casi, poiché il principio in base al quale sono stati risolti può essere fonte d'ispirazione per risolvere problemi che possono presentarsi anche nel nostro ordinamento e per i quali da questo non è previsto nulla positivamente.

---

[443] Trib. Mantova 2 marzo 1995.
[444] Trib. Alba 25 gennaio 1995.
[445] C. Giust. CE 14 luglio 1972.
[446] C. Giust. CE 22 giugno 1994.
[447] Il tema è tratto e trattato da Monateri, *Disciplina dell'illecito e responsabilità civile per mass tort*s, reperibile su internet all'indirizzo www.jei.it.

Il primo è il *leading case* statunitense *Amoco Cadiz*[448], riguardante una nave di proprietà dell' Amoco Transport. Co. e gestita dall'Amoco International Oil Co, entrambe controllate dalla Standard Oil Co., che aveva provocato dei danni da inquinamento. I giudici affermarono la responsabilità della società capogruppo in base ai seguenti argomenti: a) essa esercitava sulle società figlie un controllo effettivo e talmente penetrante da ridurle a sue *instrumentalities*; b) essa stessa aveva, da un lato, seguito la progettazione e costruzione della nave e, dall'altro, aveva preso parte alle decisioni e operazioni conseguenti all'incaglio della nave medesima[449].

Secondo caso è quello del disastro di Bhopal, località nella quale tra il 2 e il 3 dicembre 1984, a causa di un guasto agli impianti gestiti dalla Union Carbide India Ltd., si sviluppò una nube tossica di 20 metri cubi di metilisocianato che cagionò la morte di molte migliaia, fra le 5mila e le 16mila, nelle prime due settimane, e l'avvelenamento di quasi mezzo milione di persone, che si allontanarono da Bhopal nelle settimane successive, disperdendosi in tutto il territorio indiano. Da allora 10 persone ogni mese muoiono in seguito a patologie riferibili alla respirazione di quegli agenti tossici.

L'azione di risarcimento contro la società madre americana, la Union Carbide Corporation fu intentata nel 1985 dal Governo indiano, che assunse la rappresentanza per legge dei danneggiati, e dagli azionisti della Union Carbide India[450].

Così si legge nell'atto di citazione del Governo indiano: «*a multinational corporation has a primary, absolute and non-delegable duty to the persons and the country in which it has in any manner caused to be undertaken any ultra hazardous or inherently dangerous activity…( it must be held liable) for it alone has the resources to discover and guard against hazards and to provide warnings of potential hazards*».

La Union Carbide Corporation ha pagato al Governo indiano 470 milioni di dollari come parte di un accordo stragiudiziale conclusosi nel 1989. La società ha accettato la responsabilità morale del disastro, ma ha dichiarato che è avvenuto a causa di un sabotaggio da parte degli operai[451].

Altro disastro ambientale fu quello provocato dalla petroliera Exxon Valdez, che disperse nel mare dell'Alaska, 41 milioni di litri di petrolio. La ExxonMobil, proprietaria della nave e capogruppo della Esso, Mobil e Exxonmobil, società sparse in tutto il mondo, ammise la

---

[448] U.S. District Court, Nothern Districht of Illinois, Eastern Division, 18.4.1984, in *Dir. Comm. Int*., 1987, 347, con nota di Bonelli, *La responsabilità della società controllante per gli illeciti delle proprie controllate*.
[449] Scognamiglio, *La responsabilità della società capogruppo: problemi e orientamenti* cit., 83.
[450] È possibile esaminare la documentazione, sentire le testimonianze e vedere le foto di un disastro, di cui tutt'ora si pagano le conseguenze, al sito:http://www.umich.edu/~bhopal/UMeducation.htm.

propria colpevolezza e fu condannata in sede civile e penale per 7000 miliardi delle vecchie lire.

Lo sviluppo dei gruppi di società è allo stesso tempo effetto e causa dell'ingrandimento dell'impresa, e, quindi, dei possibili danni che tale impresa può arrecare, sia all'uomo sia all'ambiente, i quali sono diffusi poiché l'impresa è diffusa (l'impresa è diffusa grazie all'impiego della struttura del gruppo di società). È fondamentale, pertanto, imputare correttamente la responsabilità al fine di risolvere il problema concernente tali danni, ma soprattutto prevenirli. Poiché il comportamento di ogni persona, fisica e giuridica, è conformato dalle regole di responsabilità che alla stessa vengono imputate, sia dall'ordinamento sia dalla società.

Non si può non concordare con le affermazione del Governo indiano, secondo cui la responsabilità deve essere assunta da chi realmente dirige una politica spregiudicata, incurante delle conseguenze del suo agire al solo scopo di aumentare i profitti e sarebbe, quindi, una presa di posizione ingiustificata quella di chiudere gli occhi su chi realmente assume le decisioni che provocano conseguenze intollerabili in una società civile e non renderla responsabile davanti ad essa, facendole pagare le conseguenze del suo agire.

# LA RESPONSABILITÀ CIVILE NEI GRUPPI STRANIERI

SOMMARIO: 1. La responsabilità nei gruppi di società nel diritto tedesco. – 2. La responsabilità nei gruppi di società nel diritto francese. – 3. La responsabilità nei gruppi di società nel diritto anglosassone.

## 1. *La responsabilità nei gruppi di società nel diritto tedesco*

L'ordinamento tedesco, come si è visto, è stato il primo a dotarsi di un *Konzernorganisationrecht*, ossia di una disciplina specifica sulla costituzione e il funzionamento del gruppo (Konzern) di società, la *Aktiengesetz* (legge azionaria) del 6 settembre 1965.

Quest'ultima distingue i gruppi di società in due categorie principali: i gruppi di diritto e i gruppi di fatto.

I primi sono quelli che nascono a seguito di un *Unternehmensvertrag* (contratto d'impresa). La legge azionaria prevede cinque tipi di contratti, di cui due sono quelli più importanti nella pratica[452]: 1) *Beherrschungsvertrag* (contratto di controllo), che dà diritto alla società dominante di impartire direttive obbligatorie alla società dominata; 2) *Gewinnabfuhrungsvertrag* (contratto di trasferimento dei benefici), che obbliga la società dominata a versare alla dominante integralmente i profitti annuali. In entrambi i casi sussiste in capo alla società dominante, a fronte dei vantaggi conseguiti, l'obbligazione di ripianare le perdite annuali della società dominata.

I secondi, i *faktischer Konzern* (gruppi di fatto), sono quelli in cui manchi un contratto d'impresa, la loro esistenza si presume nel caso in cui vi sia una partecipazione di maggioranza da cui derivi una dipendenza di fatto. In tal caso la società dominante non può avvalersi della sua posizione di dominio per compiere atti che possano risultare pregiudizievoli per gli interessi della dominata[453]. Gli interessi sociali della società dominata costituiscono il limite a cui è sottoposta la direzione unitaria del gruppo e nel momento in cui tale limite viene travalicato, la società dominante, ai sensi dei §§ 311 e ss. del *AktG*, deve risarcire alla società dominata il danno arrecato, in particolare accordandole una

[452] Reiner, *Introduction dans la problématique de la responsabilité dans les groupes de sociétés en France et en Alle magne,* in *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteurerung: Eine rechtsvergleichende Studie zum Schutz der Kapitalgesellschaft vor dem Missbruch organschaftlicher Leitungsmacht*, Munich, 1995, 2.

[453] Si veda la *Disciplina dei gruppi di società nella repubblica federale tedesca, in Gran Bretagna, in Francia e negli Stati Uniti*, in Documentazione per le commissioni parlamentari, Camera dei Deputati, servizio studi, 1988.

compensazione finanziaria per tutte le operazioni svantaggiose che è stata indotta a intraprendere.

Il problema sorge nell'ambito della prova, quando si tratta di dimostrare che vi sia stata una *Veranlassung*, ossia un'opera di induzione nei confronti (degli amministratori) della controllata a comportarsi in un determinato modo da parte (di quelli) della capogruppo[454]. Tale onere è, però, in parte facilitato dal fatto che il diritto dei gruppi tedesco è basato su una specie di presunzione di fatto, quella del *spezifische Konzerngefahr*, ossia del pericolo specifico del gruppo di società, quello del possibile conflitto d'interessi e dall'abuso di controllo, dal momento che gli amministratori della capogruppo potrebbero perseguire gli interessi economici personali piuttosto che quelli della società. La *Veranlassung*, dunque, si presume nel caso in cui si sia prodotto un danno in capo alla controllata e un correlativo vantaggio per la dominante.

La responsabilità della controllata è, invece, esclusa quando vi sia comunanza di interessi tra controllante e controllata, giacché, nonostante sia stata esercita un'influenza dominante di fatto, «*konzernrechtliche Haftung*, *solange eine solche Gesellscahft unter Wahrung ihres Eigeninteresses geleitet wird*» (la responsabilità secondo il diritto del gruppo è esclusa fintanto che la società è sotto l'amministrazione di un proprio interesse)[455].

I casi in cui si è affermata la responsabilità della società madre sono essenzialmente tre[456]:

1) *Haftung wegen Unterkapitalisierung* (responsabilità per sottocapitalizzazione) della controllata;

2) *Haftung wegen Vermoegens- und Sphaerenvermischung* (responsabilità per confusione dei patrimoni e delle sfere giuridiche) della controllante e della controllata;

3) *Haftung wegen nachteiliger Beherrschung* (responsabilità per direzione pregiudizievole).

Altro problema si pone quando una società dominata fallisca, poiché, in questo caso, è pressoché impossibile provare in dettaglio ogni operazione dannosa che la società fallita ha dovuto intraprendere in conseguenza delle direttive impartite dalla società madre. Al fine di rendere in ogni caso responsabile la società madre, malgrado le difficoltà di ordine probatorio, la giurisprudenza tedesca, approvata dalla grande maggioranza della dottrina, ha fatto ricorso a un'argomentazione "*assez osée*"[457].

Prima di esaminare tale argomentazione è necessario premettere che i gruppi di fatto si distinguono in *qualifizierter faktischer Konzern* e in *einfacher faktisher Konzern,* a seconda

[454] Blondini, *Direzione unitaria e responsabilità nei gruppi* cit., 198.
[455] Tratto da una sentenza emessa dal BGH il 19 settembre 1994, 35.
[456] Si riporta la casistica esposta da Drucke, *Die Haftung der Muttergesellschaft fur Schulden der Tochtergesellschaft*, Koeln-Berlin-Bonn-Munchen, 1990, 16 ss.
[457] Reiner, *Introduction* cit., 2.

che il controllo sia particolarmente intenso e penetrante, tale per cui la società madre interviene in modo permanete ed esteso nella direzione degli affari della società dominata (*qualifizierter*) o meno penetrante (*einfacher*).

L'argomentazione *osée* è contenuta nel celebre *Autokran Urteil*[458], in cui la giurisprudenza tedesca ha assimilato il gruppo di fatto qualificato, quello in cui il controllo è intenso e penetrante, al gruppo di diritto, per poter applicare la disciplina di cui ai §§ 302 e 303 del *AktG.* In tal modo, per il fatto di esercitare un potere di direzione permanente ed esteso, la società madre è soggetta alle stesse obbligazioni del gruppo di diritto (§ 302 *AktG*) e, pertanto, deve rispondere dei debiti della società figlia nel caso di fallimento di quest'ultima. (§303 *AktG*).

Il principio enunciato nel caso predetto è stato ripreso in ulteriori decisioni, quali "Tiefbau", "Video" e "TBB", può dirsi, quindi, consolidato.

Va, infine, considerata la possibile responsabilità degli amministratori, nel caso di direzione unitaria da parte della controllante pregiudizievole per la controllata.

Per i gruppi di diritto, il § 309 *AktG* sancisce la responsabilità dei "legali rappresentanti" dell'impresa controllante nei confronti della società controllata per i danni a questa derivanti dall'obbligo di usare, nell'impartire direttive all'organo amministrativo della controllata, la diligenza dell'amministratore "ordinato e coscienzioso"[459]. Nella disposizione anzidetta non è prevista espressamente la responsabilità della controllante accanto a quella degli amministratori; ma la dottrina prevalente ritiene che «la responsabilità (anche) dell'impresa controllante possa essere senz'altro affermata sulla base dei principi enunciati dal § 31 ovvero dal § 278 BGB»[460].

A differenza del § 309, il § 317, sancisce espressamente, per i gruppi di fatto, la responsabilità della società controllante accanto a quella degli amministratori . La differenza è dovuta al fatto che costoro potrebbero agire al di fuori del loro incarico, a titolo o per iniziativa personale e, in tale ipotesi, la responsabilità solidale della controllante potrebbe essere affermata soltanto sulla base di una esplicita statuizione legislativa[461].

Infine, è da ricordare che la legislazione tedesca è stata il modello a cui si è ispirato l'ordinamento brasiliano, con la Legge n. 6.404 del 15 dicembre 1976, la quale prevede, all'art. 246, l'obbligo della *sociedade controladora* di risarcire i danni causati alla controllata attraverso atti di abuso del potere di controllo. Inoltre al modello tedesco guarda anche l'ordinamento giapponese, nel quale in assenza di una disciplina specifica dei gruppi di

---

[458] Emesso dal BGH il 16 settembre 1985, pubblicato in NJW, 1986, 188.
[459] Scognamiglio, *La responsabilità della società capogruppo: problemi e orientamenti* cit., 64, nota 34.
[460] *Ibidem.*
[461] Wurdinger, *Aktiengestz Grosskommentar, 3. Aufl., § 309*, Anm. 6, 124, citato in Scognamiglio, op. cit., p.63.

società, si è tentato da parte della dottrina di affermare la responsabilità della capogruppo applicando i principi di quella aquiliana. Il problema in Giappone non è di poco conto, dal momento che la sua economia controllata da gruppi di società, diffusi in tutto il mondo, e appartenenti a poche famiglie molto potenti e influenti, come già visto[462].

## 2. *La responsabilità nei gruppi di società nel diritto francese*

Il diritto francese non regolamenta il fenomeno del gruppo di società, esso si considera quale mera situazione di fatto e ad esso si riferiscono disposizioni particolari.

La responsabilità della società madre viene affermata, ricorrendo dunque a degli *escamotages*.

Il primo è quello di fare riferimento alla previsione di cui all'art.1382 *code civil*, che enuncia la regola generale in tema di illecito aquiliano[463].

Il secondo è quello di qualificare la capogruppo come *administrateur de fait* o *dirigeant de fait,* in modo tale da poter esperire nei suoi confronti sia l'azione di responsabilità di cui all'art. 244 della legge 66-537 sulle società commerciali, sia l'*action de comblement du passif social* di cui all'art. 180 della legge n. 85-98.

Con l'espressione *dirigeant de fait* si indica «*toute personne physique ou morale qui prend effectivament les décisions sans exercer pour autant une fonction officielle dans la société*» (ogni persona fisica o morale che prende effettivamente le decisioni senza esercitare una funzione ufficiale nella società)[464].

L'art. 244 della legge 66-537, prevede la responsabilità civile degli amministratori per i fatti commessi nell'esercizio delle loro funzioni. Anche se tale disposizione si riferisce agli amministratori di diritto, la giurisprudenza ha ritenuto che la disciplina in essa prevista è applicabile agli amministratori di fatto, in quanto sono costoro che, anche se non facenti parte di un consiglio di amministrazione, dirigono effettivamente la società in luogo e al posto dei membri formali del consiglio[465], e che coloro che "s'immischiano" nella gestione sociale detengono realmente il potere e, per questo, devono risponderne[466].

Una soluzione simile è stata adottata, anche se non all'unanimità, nel diritto turco e in quello svizzero, col prevedere la responsabilità della *holding* verso i soci esterni per il

---

[462] Takahashi, *Konzern und Unternehmensgruppe in Japan- Regelung nach dem duetschen model?*, in *Plank-Institut fur auslandisches und internationales Privatrecht*, 38, 56.
[463] Sortais, *A propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes des sociétés*, in *Rev. jur. Comm.*, 1977, 85 ss., in giurisprudenza App. Aix-en-Provence, 18 giugno 1975, in *Rev. Jur. Comm.*, 1976, 95.
[464] Oztek, *La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés dirigés par une société holding*, Lousanne, 1982, 339.
[465] Cour d' Angers 11 maggio 1955, JCP, 1955, II, 8741 bis.
[466] Cass. Comm., 18 giugno 1973, RTDC, 1974.112.

pregiudizio ad essi arrecato da direttive formalmente assunte dagli amministratori di diritto, ma sostanzialmente impartite dalla società dominante, qualificandola amministratore di fatto della società dominata[467].

L'art. 180 della legge n. 85-98 del 25 gennaio 1985, prevede, al I comma, che: «*lorsque la redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux*».

Questo articolo deve essere messo in relazione con l'art. 179, il quale dispone: «*lorsqu'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte à l'égard d'une personne morale de droit privé ayant une activité économique, les dispositions du présent titre sont applicables aux dirigeants, personnes physiques ou morales, ainsi qu'aux personnes physiques, représentants permanents de ces dirigeants, personnes morales*».

Dal combinato disposto dei due articoli suddetti, si traggono due riflessioni.

La prima è che la società madre, nel caso in cui una sua società figlia sia oggetto di una procedura concorsuale, può essere chiamata a rispondere dei debiti di quest'ultima società in quanto sia stata amministratore di diritto[468], oppure in quanto abbia esercitato un potere positivo e abituale sulla società figlia, rendendosi, dunque, amministratore di fatto.

La seconda è che deve essere provato che i fatti di gestione compiuti dalla società madre abbiano contribuito all'insufficienza dell'attivo. La formulazione dell'articolo «clairement manifesté sa volonté d'appliquer les principes de la responsabilité civile. Il impose au demandeur la preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité»[469].

Deve essere, quindi, dimostrata l'esistenza della gestione da parte della società madre, del pregiudizio causato alla società figlia e del nesso di causalità tra il danno subito e l'esercizio del potere di gestione da parte della società madre. Questa è un'ardua prova, che può essere semplificata, ricorrendo all'art. 182, della legge menzionata, il quale sanziona in particolare l'"abuso dei beni sociali", e non richiede la prova del nesso eziologico tra la gestione abusiva del gruppo e il dissesto della società figlia[470].

---

[467] Oztek, *La protection* cit., 340.

[468] In Francia, dopo vivaci dibattiti, è stata riconosciuta espressamente la validità della nomina di una persona morale come amministratore di una società dall' art. 91 della legge del 24 luglio 1966, che disciplina anche lo statuto della persona morale amministratore.

[469] Ramquet, *Responsabilité de la société mère du fait de sa filiale*, nel seminario di Milano, del 6-7 novembre del 1998, reperibile all'indirizzo internet http:// lexfori.net.

[470] Reiner, *Introduction* cit., 3.

Si configura il delitto di abuso dei beni sociali quando «*tout dirigeant personne physique de société par actions.. qui, de mauvaise foi, fait des biens de la société un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement*»[471]. Il delitto in questione, dunque, si caratterizza per la ricorrenza di quattro elementi: un atto di utilizzazione dei beni della società, un uso contrario all'interesse sociale, un uso a fini personali e un uso in mala fede.

Relativamente all'art. 180, la giurisprudenza francese ha elaborato due teorie per imputare la responsabilità alla società madre nel caso di decozione della società figlia[472].

La prima è quella della "*fictivité et de l'apparence*" (della finzione e dell'apparenza), che trova applicazione ogni qualvolta la società madre "ha lasciato che l'apparenza facesse credere ai creditori, in buona fede, che la società figlia fosse solamente una branca della attività della società madre"[473]. Questa ipotesi può ricorrere nel caso di uso dello stesso marchio o nel caso in cui la società madre diriga l'insieme delle operazioni di fatturazione e dei libri contabili della società figlia. Nel caso, poi, in cui la società madre abbia intrattenuto rapporti contrattuali della società figlia con i creditori, è stata ritenuta dai giudici passibile di responsabilità contrattuale.

La seconda ipotesi è quella della "*confusion des patrimoines*", che non implica necessariamente la finzione, ma richiede solamente un insieme comune di averi e di debiti e un sovrapposizione di patrimoni per cui diventa quasi impossibile distinguere tra le differenti società[474]. Si deve dimostrare, al fine di imputare la responsabilità anche alla società madre o che si siano confusi passivo e attivo o che, anche in caso di attivo e passivo indipendenti, che vi siano stati dei flussi finanziari anormali tra le società madre e la società figlia[475].

Per concludere, le corti francesi, soprattutto ai più alti livelli, rispettano il dogma della personalità giuridica e della separazione patrimoniale, ma in casi eccezionali, nei quali la società madre ha abusato del suo potere, sono disposti ad estendere la passività della società figlia alla società madre, dal momento che questa ha contribuito alla creazione di tale passività, abusando del suo potere.

---

[471] Cassation criminelle, 7 mai 2002, n° 2320 F-P+F. In base a questo articolo è stata emessa la sentenza "Rozenblum", citata in merito ai vantaggi compensativi, poiché in essa , la corte, stabiliva che non vi era abuso quando l'uso dei beni era diretto all'interesse economico, sociale o finanziario comune, considerata la politica elaborata dal gruppo nel suo insieme.

[472] E. Guyon, *Le droit francais des groupes de sociétés, in la disciplina dei gruppi di imprese: il problema oggi*, Milano, 1997, 136, e Ramquet, *Responsabilité* cit., 11.

[473]Guyon, *Le droit francais* cit., 136.

[474] Com. 11 maggio 1993, *Bull. civ*. IV s. 1987, 133.

[475] Com. 11 maggio 1993: *Bull. Civ*,. IV s., 1987, 133.

### 3. *La responsabilità nei gruppi di società nel diritto anglosassone*

La responsabilità della controllante nei confronti della controllata per i pregiudizi ad essa arrecati si basa sulla *doctrine of fiduciary duties*. Questa dottrina nasce nell'ambito della società, per definire gli obblighi di lealtà e correttezza che gravano sugli amministratori e gli azionisti di maggioranza nei confronti di quelli di minoranza, ma, trasposta nell'ambito del gruppo, definisce gli obblighi e i doveri che gravano sulla maggioranza e gli amministratori della controllante (*parent company*), nei confronti della controllata (*subsidiary company*).

In base a tale dottrina "la società controllante, esercitando i poteri che le derivano dalla sua posizione di controllo (che si configura allo stesso modo del rapporto che lega burattinaio e marionetta, secondo una colorita metafora della giurisprudenza americana), assume un dovere di agire secondo canoni di lealtà, diligenza e *confidence* simili a quelli del trust (i cosiddetti *fiduciary duties*)"[476].

I *fiduciary duties* non sono definiti in maniera univoca. Il giudice Douglas, nel caso *Pepper v. Letton* (1939), cercando di definirli, afferma che: 1) un *fiduciary* non può anteporre un proprio interesse ad uno della controllata, né guidare l'azione di quest'ultima per trarne un vantaggio proprio; 2) non può utilizzare informazioni acquisite grazie alla sua partecipazione al capitale della controllata o alla sua posizione dominante per trarne vantaggi indebiti; 3) non può servirsi dello schermo della personalità giuridica per trarne benefici che non gli spetterebbero.

Non c'è un generale divieto di recare un pregiudizio alla controllata, ma deve evitare di lederla se può farlo.

Per accertare se vi sia stata o meno la violazione di tali doveri fiduciari, le corti anglosassoni applicano diversi criteri –i c.d. *standards of review*-: a) *at arm's lenght test,* ossia se l'atto sia stato posto in essere tra due soggetti autonomi e indipendenti; b) *constuctive fraud*, secondo il quale il convenuto deve provare che l'atto, sebbene compiuto in conflitto di interessi, è stato posto in essere in buona fede; c) *business judgement standard*, che comporta la prova da parte dell'attore che c'è stato un *gross and palpable overreaching*, ossia grave e manifesto abuso di potere della controllante, tale da "scioccare i giudici nella loro coscienza giuridica"[477]; d) *advantage/disvantage test*, secondo il quale la mancanza di fairness è provata dal vantaggio della controllante sommato al pregiudizio della controllata; e) *expectation test,* che impone di confrontare l'azione della società madre con le aspettative dei soci di

---

[476] Girelli-Salinas, *Spunti per uno studio del conflitto di interessi nei gruppi di società- il caso americano*, reribile su internet all'indirizzo: http://www.jus.unitn.it.

[477] Eisemberg, *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari della società nel diritto americano*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, 617 ss.

minoranza al momento dell'ingresso della loro società nel gruppo; f) *intrinsic fairness test*, in base al quale la società *parent* deve dimostrare la correttezza del suo operato, nel caso in cui l'operazione sia stata approvata dagli azionisti di maggioranza.

Questi criteri, però, si adattano alla valutazione di un singolo atto nell'ambito del gruppo di società, mentre nei casi di gravi abusi è necessario rendere la capogruppo responsabile dell'intera gestione della società controllata, ossia superare lo schermo della distinta soggettività giuridica e farla rispondere con tutto il suo patrimonio dei pregiudizi provocati alla controllata e ai suoi creditori.

Per giungere al "*piercing the veil doctrine*" (*Durchgriffshaftung*, *levantamiento del velo*, *levée du voile social,* tutte traduzioni dell'espressione inglese in vari ordinamenti, che sottolineano la portata innovativa di questa teoria e la sua capacità espansiva), cioè al superamento dello schermo della personalità giuridica, sono stati adottate diverse teorie, data la "sacralità del concetto di persona giuridica", riconosciuta nell'ordinamento anglosassone fin dal celebre caso *Salomon v. Salomon* (1897), nel quale si riconosceva nella società una entità giuridica distinta dai suoi membri, anche nel caso in cui un azionista avesse detenuto il 100% delle azioni della società.

Tali teorie[478] rientrano nel c.d."*metaphor approach*"[479], ossia la creazione di pittoresche metafore al fine di delineare il confine tra legittima e illegittima ingerenza della capogruppo nella vita delle società figlie.

Inizialmente fu elaborata la teoria della "*fraud*"[480], secondo la quale, se la società era stata creata con il proposito di aggirare la legge, ad essa veniva rifiutato il beneficio della separazione patrimoniale.

Tale teoria venne superata con l'applicazione analogica del contratto di "*agency*", ossia del mandato implicito tra controllante e controllata[481], dedotto sia dal fatto che la società madre nominava i direttori della società figlia, sia da quello che dirigeva e controllava determinate operazioni che le permettevano di realizzare i profitti e appropriarsi dei benefici[482].

Successivamente si utilizzò il concetto di "*instrumentality*", per cui i requisiti che dovevano sussistere affinché la controllata si considerasse *instrumentality* della controllante, consistevano 1) nell'esistenza di un controllo comportante una completa dominazione, non

---

[478] L'elencazioni di tali teorie è tratta da Drucke, *Die Haftung der Muttergesellschaft fur Shulden der Tochtergesellschaft,*in *Abhandlungen zum deutschen und europeischen Handels-und Wirtschaftsrecht* cit.

[479] Tale termine è stato coniato inseguito all'uso di metafore quali "business conduit", "dummy", "tool", "shell", "instumentality", "agency", "adjunct", per rappresentare la situazione della società figlia nei confronti della madre.

[480] Riconosciuto in *Gilford motor company v. Horne case*.

[481] Venne elaborata in Gran Bretagna alla fine del XIX sec. in materia fiscale, per evitare che eludessero le imposte i profitti realizzati dalle società figlie straniere di società madri inglesi.

[482] Test elaborato nella sentenza *Smith, Stone and Knight v. Birmingham Corporation*.

solo finanziaria, ma anche politica, nella gestione economica, tale che la controllata non avesse una mente, volontà o esistenza autonoma; 2) nell'uso di tale controllo per commettere una frode o un illecito, per perpetrare la violazione di una norma statutaria o un altro dovere positivamente stabilito, o compiere un atto ingiusto e disonesto in violazione di un diritto dell'attore; 3) nel nesso di causalità tra il controllo e la violazione anzidetti e il danno o l'ingiusta perdita lamentata[483].

La teoria suddetta è uno sviluppo della "*two-prong-test*", elaborata dai giudici californiani, anche detta "*alter ego doctrine*", secondo cui la controllata si considera un alter ego della controllante quando sono soddisfatte le seguenti condizioni: 1) vi sia una unità di interessi e proprietà tale per cui le separate personalità delle società non esistono più; 2) che, se gli atti fossero ricondotti unicamente alla controllata, ne conseguirebbe un risultato iniquo[484].

Ulteriore teoria è quella del "*enterprise-entity*", elaborata da Berle[485] e ispirata dal caso *Mangan v. Terminal Transportation System*[486], la quale riconosce la realtà dell'impresa come ente socio-economico oggettivo, preesistente al diritto e dal quale viene in seguito regolata.

In sintesi, queste varie teorie sono state elaborate per giustificare il superamento della personalità giuridica, ma "*piercing the corporate veil is an equitable remedy that is used only in the most exceptional circumstances and the parties seeking to disregard the corporate form have the burden of proving in each case that substantial grounds exist for using this unusual measure*"[487] (il superamento della personalità giuridica è un rimedio dato dall'equità, che è usato solo nelle circostanze più eccezionali, nel caso in cui le parti cerchino di non far valere la forma della persona giuridica hanno l'onere di dimostrare in ogni caso che esistono motivi sostanziali per applicare questo mezzo inusuale).

Va, infine, presa in esame la responsabilità della società madre nel caso di procedure concorsuali e nel caso di *tort*.

La responsabilità della capogruppo, nel caso in cui la società figlia sia sottoposta a procedura concorsuale, può essere affermata ricorrendo: 1) al "*fraudulent trading*", ex sezione 213 dell' *Insolvency Act* del 1986, imputabile a tutte le persone fisiche o morali che abbiano concluso affari con la società decotta con l'intento di frodare i creditori o i terzi,

---

[483] Test elaborato nella sentenza *Lowendahl v. Baltimore and Ohio R.R.* (1936).
[484] *Automoritz del golfo De California*, S.A. De C.V. Resnick, 306 P.2d 1, 4 (1957).
[485] 47 Columbia L. Rev. 343 ff.
[486] *Mangan v. Terminal Transportation System*, 284 N.Y.S. 183 (1935), ma si vedano anche *Robinson v. Chase Maintenance* , 190 N.Y.S. 2d 773 (1959) e *Walkovszky v. Carlton*, 223N. E. 2d 6 (1966).
[487] Schnapf, *Environmental Liability: Managing Environmental Risks in Corporate, Real estate and Brownfield Transaction*, Lexis Law, 1999. Questo autore sviluppa il tema della responsabilità della *parent company* nel caso di danni ambientali causati da sue controllate. Egli distingue tra "direct" e "in direct liability", la prima focalizzando il rapporto intercorrente tra controllante e controllata, la seconda sul coinvolgimento della controllante negli affari della controllata. Nella prima rientrano le teorie menzionate nel testo, mentre nella seconda rientra la teoria dell' "intervento diretto", enunciata nel caso *Kingston Dry Dock Co. v. Lake Champlain Transp. Co*.

coinvolgendo, allora, nella procedura anche questi ultimi; 2) al "*wrongfull trading*", ex sezione 214 dell'Insolvency Act, imputabile a tutti gli amministratori di diritto o di fatto ("*shadow director*"), che abbiano causato danni a terzi; 3) al "*transfer undervalue*", ex sezione 238 *dell'Insolvency Act*, ossia al trasferimento di un bene della società figlia alla società madre, per un valore manifestatamene inferiore a quello di mercato, nel qual caso la società madre dovrà restituirlo alla procedura.

La responsabilità della società madre può essere affermata, inoltre, solidalmente a quella della figlia nel caso in cui questa abbia commesso un illecito, a titolo di concorso nel fatto illecito[488].

[488] Per esempio è stata condannata la Gilette US, controllante della Gilette UK, solidalmente a questa. La controllata Gilette UK inglese aveva violato il diritto di brevetto della Unilever, ma si è dimostrato che esisteva un disegno comune tra i prodotti commercializzati dalla Gilette US americana, controllante della la Gilette UK, e quest'ultima, cosicchè anche questa veniva resa responsabile, in via solidale.

## BIBLIOGRAFIA


Abbadessa P., *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società* a cura di Pavone La Rosa, Bologna, 1982

Abbadessa P., *I gruppi di società nello «Statuto dell'impresa»,* in *Lo statuto dell'impresa*, Atti del convegno, Milano, 1986

Abbadessa P., *I gruppi di società nel diritto italiano* in *Banca Borsa e tit. cred.*, 1999

Abbadessa P., *Rapporto di dominio ed autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 1999

Abbadessa P., *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 3, 2008

Abriani N., *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore*, in *Società,* 2001

Abriani N., *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.,* 2002

Alessi, *La disciplina dei gruppi multinazionali nel sistema societario italiano*, in *Saggi di diritto commerciale* a cura di

Alpa G. - Bessone M. –Zeno-Zencovich V., *I fatti illeciti*, II ed., in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 14, Torino, 1995

Alpa G., *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991

Alpa G. e Bessone M., *La responsabilità civile*, *aggiornamento 1988-1996*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, a cura di W. Bigiavi, Torino, 1997.

Angelici C., *La riforma delle società di capitali*, II ed., Padova, 2006

Ascarelli T., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959

Ascarelli T., *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Problemi Giuridici*, Milano, 1959

Ascarelli T., *Società di persone tra società: imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it*., 1956, I

Ascarelli T.*, Imprenditore occulto e partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, in *Foro it*., 1959, I

Ascarelli T., *Problemi preliminari sulla riforma delle società anonime*, in *Foro it*., LXI, 19

Associazione Deiano Preite, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di G. Olivieri, G. Presti, F. Vella, Bologan, 2003

Assonime n. 44/2006, *Direzione e coordinamento di società. Profili di organizzazione e responsabilità del fenomeno di gruppo*, in *Riv. delle società*, 2006

Auletta G., voce *Attività*, in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1958

Azzimi L., *I gruppi aziendali,* Milano, 1975

Badini Gonfalonieri A. –Ventura R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004

Baldassari A., *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza, La responsabilità civile* a cura di Cendon, I, Torino, 2007

Baldassari A., *La responsabilità civile*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di Cendon, I, Torino, 2007

Balzarini P., *I nuovi orientamenti della Corte di Cassazione in tema di responsabilità degli amministratori,* in *Giur. comm.,* 2000

Barbero, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it*., 1939

Barca, *Il gruppo nei modelli di proprietà delle imprese: profili teorici, verifiche empiriche e spunti per una riforma*, in *I gruppi di società*, atti del convegno internazionale di studi (Venezia, 16/17/18 novembre 1995), a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, II, Milano, 1996

Basile M. e Falzea A., *Persona giuridica*, in *Enc. Dir*., XXXIII, Milano, 1983

Bassi A., in *La Riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003
Bassi A., *La disciplina dei gruppi*, in Aa.Vv., *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003
Baudino-Fascinelli, *Gli amministratori di società per azioni e a responsabilità limitata,*Milano 1994
Benfatti F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963
Bianchi G., *Gli amministratori di società di capitali*, Padova, 2006
Bigiavi W., *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954
Bignami M.**,** *L'attività di direzione e coordinamento delle società: esame delle fattispecie introdotte dalla riforma anche con riguardo ai gruppi multinazionali ed alle società a partecipazione pubblica,* Relazione svolta a Milano durante il corso " I gruppi Societari", organizzato dalla Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano, 31 Marzo, 2004
Biondini A., *Direzione unitaria e responsabilità nei gruppi*, in *Quaderni della rivista di diritto dell'impresa*, Napoli, 2000
Blumberg-Strasser, *The law of corporate groups*, in Substantive law, 2000.
Bonelli F., *Imprese collegate ( o di gruppo), La responsabilità di chi esercita la direzione unitaria* (*art. 3, 10° comma della Legge Prodi*), in *Fall.*,1984.
Bonelli F., *Natura giuridica delle azioni di responsabilità contro gli amministratori*, in *Giur. comm.*, 1982
Bonelli F., *Gli amministratori di s.p.a.*, 2004, Milano
Bonelli F., *La responsabilità degli amministratori*, in *Tratt. delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale*, IV, Torino, 1999
Braudel F., *Civilisation matérielle et capitalisme*, Paris, 1967 (trad. it., Capitalismo e civiltà materiale, Torino, 1977)
Borgioli A., *Direzione unitaria e responsabilità nell'amministrazione straordinaria*, in *Riv. soc.*, 1982
Borgioli A., *I direttori generali di società per azioni*, Milano, 1974
Brizzi F., *Il sistema delle responsabilità gestorie nelle società di capitali alla luce della riforma: cumulo di azioni e possibili interferenze*, in *Dir. e giur.,* 2006
Busnelli F., *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006
Calabresi G., *The costs of Accidents*, New Haven – London, 1970
Campobasso G. F., *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari,* in *I gruppi di società*, atti del convegno internazionale di studi (Venezia, 16/17/18 novembre 1995), a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, II, Milano, 1996
Campobasso G.F., *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003
Campobasso G. F*., Diritto commerciale* VI ed., a cura di M. Campobasso, Torino, 2006
Campobasso G.F., *Gruppi e gruppi bancari: un'analisi comparata*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 1995
Caprara A., *Attività di direzione e coordinamento di società: la responsabilità dell'ente pubblico*, in *Le società*, 5, 2008, 557 ss.
Carano C., *Responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. civ.*, 2004.
Cariello V., *«Effetto di* patronage*» della pubblicità del gruppo bancario e responsabilità della capogruppo*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 2002
Cariello V., *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007
Cariello V., *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale,* in*Riv. soc.,* 2003
Cariello V., *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società,* in *Riv. dir. civ.*, 2003
Cariello V., in *Società di capitali. Commentario* Niccolini-Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004

Cariello V., *Un diritto dei gruppi di società per l'Europa*, in *Riv. soc.*, 2001
Castronovo C., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in Studi in onore di Luigi Mengoni, Milano, 1995
Castromovo C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006
Castronovo C., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. privato*, 2004
Castronovo C., *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa dir. priv.*, 2003
Castronovo C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, Milano, 1997
Cerrai e Mazzoni, *La tutela del socio e delle minoranze*, in *Riv. soc.*, 1993
Cicu A., *Simulazione di società commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, II
Codazzi, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale*, in *Giur. comm¸* 2004
Conforti C., *La responsabilità civile degli amministratori di società*, I Milano, 2003.
Cooter –Mattei – Monateri – Pardolesi – Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999
Cottino G., *Contrattualismo e istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, in *Riv. soc.*, 2005,
Cottino G., *Diritto commerciale* , Padova, 1976 e 1999
Daccò A.L., *Commento alle norme in tema di direzione e coordinamento di società* (artt. 2497-2497 sexies c.c.), in *Commentario* Cian Trabucchi, Padova, 2004
d'Alessandro F., *Il diritto delle società d i «batelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, in *Foro it.*, 1988
d'Alessandro F., *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2004
Dal Soglio, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, III, Padova, 2005
De Blasi P.**,** *Gruppi di società: l'attività di direzione e coordinamento di società,* Padova, 2003
Denozza F., Rules v. Standards *nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, in *Giur. comm.*, 2000
Di Sabato F., *Concentrazioni e gruppi nel diritto interno*, in *Giur. comm.*, 1984
Di Sabato F., *Manuale delle società*, III ed., Torino, 1990
di Majo A., *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in Europa dir. priv., 2000
di Majo A., *La tutela civile dei diritti*, ult. ed., Milano, 2006
di Majo A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm.* Scialoja-Branca-Galgano, Bologna-Roma, 1988
di Majo A., *Obbligazione.I) Teoria generale*, *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990
Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*,in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984
Enriques L., *gruppi di società e gruppi d'interesse*, in *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private,* in *Quaderni di giur. comm.,* n. 246, Milano, 2003
Farina, *Le società* holding*,* holding *personale e attività d'impresa,* in *Giust. civ.*, 1990
Ferrara jr. F.- Corsi F., *Gli imprenditori e le società*, X ed., Milano, 1996
Ferrara F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1975
Ferrara F., *Le persone giuridiche*, nel *Tratt. Dir. Civ. it.* , fondato da Vassali, Torino,1958
Ferrara Fr. sr., *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino, 1915
F. Ferrara jr, *Società etichette e società operante*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II
Ferri G., *Le Società*, in *Tratt. dir. civ.* , diretto da F. Vassalli, X, 3, Torino, 1971
Ferri G., *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese. Esperienze e proposte*, Atti del convegno di Bellagio, 19/20 giugno 1981, Milano, 1982
Ferri G., *Le società*, in *Trattato dir. civ.* , fondato da Vassalli, Torino, 1987
Figà Talamanca G. - Genovese A., *Riforma del diritto societario e gruppi di società (parere pro veritate),* reperibile su internet all'indirizzo http6://www.vitanotarile.it/rubriche04_2-2.html

Franceschelli e Lehmann, *Superamento della personalità giuridica e società collegate: sviluppi di diritto contintentale*, in AA.VV. *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, 1987
Franzoni, *Le responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, in Tratt. dir. comm. pubbl. ec., vol. XIX, Padova, 1994
Franzoni M., *Il danno risarcibile*, in *Tratt. Franzoni*, Milano, 2004
Franzoni M., *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2004
Frè, *Società per azioni*, in Commentario al c.c., a cura di Scaloja e Branca, libro V, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1982
Galgano F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2003
Galgano F., *Direzione e coordinamento di società*, in *Comm. Scialoja-Branca,* Bologna, 2005
Galgano F., *Diritto commerciale*, in *Le società*, IV, Bologna, 1992
Galgano F., *La società per azioni*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, II ed., Padova, 1988
Galgano F., *Qual è l'oggetto della società* holding, in *Contr. impr.*, 1986
Galgano F., *I gruppi di società*, in *Le società*, Torino, 2001
Galgano F., *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. e impr.*, 2002, 1015 ss.
Galgano F., *Le società per azioni* , in *Tratt. Dir. civ. e dir. pubbl dell'economia*, vol. XIX, Padova, 1994
Gambino A., *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.*, 1993
Gambino e Santuosso*, Società di capitali*, II ed., Torino, 2007
Garcea M., *I « gruppi finti». Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. di diritto civile*, 2006, II
Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1963
Giorgianni F., *La responsabilità nei gruppi*, in Aa.Vv., Scritti in onore di Vincenzo Buonocore, Milano, 2005
Giovannini S., *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007.
Giovanni S., *La* holding *persona fisica e l'abuso della personalità giuridica*, in *Giur. comm.*, nota a Cass. 9 agosto 2002, n. 12113, 2004, II
Graziani A.**,** *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. del d. comm. e del d. generale delle obbligazioni*, a cura di Vallardi, 2003
Graziani, *Diritto delle società,* Milano, 1962
Goldstein A. e Piscitiello L., *Le multinazionali*, Bologna, 2007
Grippo, *Il recesso del socio*, Torino, 1993
Guerrera F., *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005
Guerrera F., *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004
Guidotti R., *Amministratore di fatto e"negotiorum gestio"*, in *Foro it.,* 2000
Guerriera, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004
Guizzi G., *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per* mala gestio *nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003
Guizzi G., *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in *Diritto delle società, Manuale breve*[3], Milano, 2006
Guizzi G., *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in Aa.Vv., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003
Horowitz M.J., *The transformation of American Law,* New York, 1992
Irace, in *La riforma della* società, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003

Irace, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli-Santoro, III, Torino, 2003
Irace A., *Commento all'art. 2497*, in Aa.Vv., *La riforma della Società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, II, Torino, 2003
Jaeger P. G., *L'interesse* sociale, Milano, 1963
Jaeger P. J., "*Direzione unitaria di gruppo*" *e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 1985
Jaeger P.G., *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. comm.*, 1994
Jaeger P.G., *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2003
Jaeger P.G., *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo*, in *Giur. comm.*, 1981
Jaeger P.G., *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in Aa.Vv., *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi
Jaeger P.G., *Direzione unitaria di gruppo e responsabilità degli amministratori*, in Giur. Comm.,1985
Jaeger P.G., *I «gruppi» fra diritto interno e prospettive comunitarie*, in *Giur. comm.*, 1980
Jaeger P.G., *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria* , in *Giur. Comm.*, 1981
Jaeger P.G., *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in *Atti del convegno di Venezia* cit.
Jaeger P.G., Denozza F. e Toffoletto A., *Appunti di diritto commerciale*, VI ed., Milano, 2006
Jones G., *The Multinational Traders*. London, 1998
Jorio A., *I gruppi*, in *La riforma delle società* a cura di Ambrosiani, Torino, 2003
Lamandini, *Il controllo. Nozione e tipo nella legislazione economica*, Milano, 1995
La Rocca, *Imprese e società nel gruppo bancario*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 1995
Libonati B., *Holding* and *Investment trust*, Milano, 1959
Levi A., *La società per azioni unipersonale*, in Aa.Vv., *La riforma del diritto societario*, a cura di A. Lanzi e V. Franceschelli, Milano, 2004
Libertini M., *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. imp.*, 1985
Libonati B., *Gli atti compiuti dalla società controllata a favore della società controllante*, in *Riv. dir. comm.*, 1989
Libonati B., *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981
Libonati B., *La responsabilità nel gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 1995
Lutter u. Zöllner, *Das Recht der verbundenen Unternehmen in Deutschland*, in *I gruppi di società, Atti*
Lutter, *Il gruppo di imprese (Konzern) nel diritto tedesco e nel futuro diritto europeo*, in *Riv. soc.*, 1974
Maccarone S., *Riforma delle società e banche*, in *La riforma del diritto societario e le banche*, *Nuovi modelli, nuovi strumenti: opportunità e criticità*, Roma, 2003
Maffei Alberti A., *Amministrazione straordinaria*, in *Nuove leggi civ.*, 1979
Maggiolo, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo (art. 2497.3 c.c.)*, in *Giur. comm.,* 2006
Marchetti P.G., *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in Aa.Vv., *I gruppi di società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1996, II, 1557-1558
Martorano, *Capacità delle società e oggetto sociale nel diritto anglo-americano*, Napoli, 1961
Martorano, *Gruppo di imprese ed amministrazione straordinaria*, in *Dir. fall.*, 1984
Mazzamuto S., *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in Europa dir. priv., 3, 2003
Mazzamuto S., Il mo*bbing*, Milano, 2004
Mazzamuto S., *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *Contr. impr.*, 2006.

Mazzoni– Regoli A., *Direzione e coordinamento di società*, in AA.VV., *Parere dei componenti del Collegio docenti del Dottorato di ricerca in diritto commerciale interno ed internazionale dell'Università Cattolica di Milano,* in *Riv. soc.*, 2002
Mengoni L., *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954
Mengoni L., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. privato*, 1984
Messineo, *Il contratto in genere*, 1, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1973.
Messineo F., *Le società di commercio «collegate»*, Padova, 1932
Messinetti D., *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi, e pluralismo della nozione giuridica di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006
Mignoli A., *Le società per azioni. Problemi – letture – testimonianze*, I, Milano, 2002
Mignoli A., *Interessi di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e impr.*, 1986
Minervini G., *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.,* in *Giur. comm.*, I, 2006
Miola M., *Il diritto italiano nei gruppi* de jure condendo*: i gruppi e i creditori*, in *Giur. comm.*, 1996
Miola M., *Le garanzie infragruppo*, sub art. 93 TUF, in *Testo Unico della Finanza*, a cura di G.F. Campobasso, II, Torino, 2002
Monateri P.G., *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c. una nozione salda, o un'occasione di revisione codicistica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006
Monateri P.G., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1998
Monateri P.G., voce *Responsabilità civile in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv.*, *sez. civ.*, XVII, Torino, 1988
Montalenti P., *Amministrazione, controllo, minoranze nella legge sul risparmio*, in *Riv. soc.*, 2006
Montalenti P., *Il conflitto d'interessi nella riforma del diritto societario*, in Aa.Vv., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004
Montalenti P., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999
Montalenti P., *Conflitto d'interesse nei gruppi di società e teorie dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995
Montalenti P., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, Padova, 1999, 82 ss
Montalenti P., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. delle società*, 2007
Montalenti P., *Il conflitto d'interessi nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2004
Montalenti P., *La traslazione dei poteri nei gruppi di società: i* management contracts*,* in *I contratti del commercio e dell'industria e del mercato finanziario*
Montalenti P., *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale in Giur.it*, 1999
Montalenti P., *Osservazioni alla bozza di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 155
Mozzarelli, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, 2007
Musso, *Licenze di proprietà industriale e clausole di dominazione: alcuni recenti sviluppi sul controllo «contrattuale»*, in *Contr. e impr.*, 1999
Nazzicone L. - Providenti S., *società per azioni. Amministrazioni e controlli*, Milano, 2003
Niutta A., *La novella del codica civile in materia societaria: luci ed ombre nella nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2003
Niutta A., *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
Niutta A., *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. soc.*, 2003
Notari M., *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, Milano, 1996
Olivieri, *Il bilancio consolidato*, in *Trattato Colombo-Portale*, 7*, Torino, 1994

Oppo G., *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in Aa.Vv., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004
Oppo G., *Spunti problematici sulla riforma della società per azioni*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2003
Oppo G., *Impresa e Imprenditore. I) Diritto commerciale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989
Osti, *Sull'azione dei creditori e dei terzi contro gli organizzatori di S.p.A.,*in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955
Panzani L., *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002
Pardolesi R. e Patroni Griffi U., *La disciplina dei gruppi di imprese: il problema oggi*, Milano, 1997
Patti S., *«Direzione e coordinamento di società» brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003
Patti A., *Commento all'art. 2497,* in Aa.Vv., *La riforma di diritto societario,* a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003
Patti A., in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003
Pavone La Rosa A.*, La responsabilità da controllo nei gruppi di società,* in *Riv. soc.,* 1984
Pavone La Rosa A., *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in Riv. soc., 2003
Pavone La Rosa A., *L'unico azionista tra "vecchia" e "nuova" disciplina,* in *Giur. comm.*, 2005, I,
Pepe, Holdings, *gruppi e bilanci consolidati*, Milano, 1968
Perrone A., *Un "revirement" della cassazione sulla responsabilità dell'amministratore di fatto,* in *Resp. civ.,* 1999
Pinto V., *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, in *Il nuovo diretto societario,*Torino, 2007
Pinto V., *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, in *Il nuovo diretto societario, Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2007
Piras A., *I gruppi di società nel diritto tedesco e brasiliano*, in *I gruppi* cit.
Ponzanelli G., *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992
Portale G.B., *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2003
Portale G.B., *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
Preite D., *Abuso di maggioranza e conflitto d'interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1992
Presti e Rescigno, *Corso di diritto commerciale*, II, Bologna, 2007
Quatraro B., *L'azione di responsabilità*, *ex art. 2395 codice civile*, in *Le società*, 1986
Ragusa Maggiore, *La responsabilità individuale degli amministratori*, Milano, 1969
Rescigno M., *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra apertura ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003
Rescigno P., voce *Obbligazioni* (*nozioni*), in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979
Rodorf R., *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004
Rodorf, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004
Rodotà S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964
Rodotà S., in G. Alpa, *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003
Romano, *Buona fede*, in *Enc. dir.,* V, Milano, 1959
Romano Pavoni G., *Imprenditore occulto e società di fatto tra persone fisiche e società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II
Rondinone N., *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999

Rossi G., *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *Riv. soc.,* 1995
Rossi G., *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008
Rossi S., *Relazione introduttiva*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002
Rovelli L., *Autonomia statutaria, contrattualizzazione e ruolo delle clausole generali*, in *Principi civilisti della riforma del diritto societario*, a cura di V. Afferni e G. Visintini, Milano, 2005
Rovelli L., *La responsabilità della capogruppo*, in *Fallimento*, 2000
Sacchi R., *Conclusioni*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002
Sacchi R., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali,* in *Giur. comm.*, 2003
Sacchi R., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003
Sacco R., *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro Pad.*, 1960
Salafia V., *Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso le società e verso i creditori sociali*, in *Giust. civ.*, 1999
Salafia V., *La responsabilità della* holding *nei confronti dei soci di minoranza delle società controllate*, in *Società*, 2003
Salandra V., *Il progetto Vivante per la riforma delle anonime e le società di partecipazione*, in *Rivista di diritto commerciale*, XXXII, 1934
Salandra V., *Le società fittizie*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I
Salanitro N., *I sistemi di amministrazione delle società azionarie,* in Aa.Vv., *Le grandi opzioni della riforma* del diritto e del processo societario*,* a cura di G. Cian, Padova, 2004
Salinas F., *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 2005, I
Salvi C., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1998
Salvato L., *Il "revirement" della Suprema corte in materia di responsabilità di amministratore di fatto.*
Sambucci L., *Commento all'art. 2394*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004
Santagata R., *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di P. Abbadessa e G. B. Portale, 3, Milano, 2007
Santagata R., *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001
Sbisà G., *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. imp.*, 2003
Sbisà G., *Il gruppo di società nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, 1980
Sbisà, *Società controllate e società collegate*, in *Contr. e impr.*, 1997
Scaroina E., *Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006
Schiano di Pepe G.*, Il diritto di recesso nei gruppi*, in *Società*, 2003
Schlesinger P., L'ingiustizia del danno nell'illecito civile, in Jus, 1960
Schlesinger P., *Il gruppo polifunzionale*, in *Riv. Soc.*, 1988
Scoditti, *Dal contatto sociale all'imputabilità dell'atto illecito: l'obbligazione senza prestazione nella giurisprudenza*, in Incontro di studio sul tema "Illecito aquiliano e ingiustizia del danno", Roma 29-30 maggio 2008, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, sul cui sito internet è reperibile questa relazi
Scognamiglio G., *Appunti sul potere di direzione nei gruppi di società*, in Aa.Vv., *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi Venezia 16-17-18 novembre 1995, III, Milano, 1996.

Scognamiglio G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di imprese*, Torino, 1996
Scognamiglio G., *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988
Scognamiglio G., *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione unitaria*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2007
Scognamiglio G., *La responsabilità della società capogruppo: problemi e orientamenti*, in Il *gruppo di imprese nella realtà giuridica italiana*, atti del convegno di Verona 6-7 Novembre 1987, Padova, 1990, 65.

Scognamiglio G., *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma della società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003
Scognamiglio R., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, voce del Novissimo digesto, XI, Torino 1968
Scognamiglio R., voce *Illecito* (*dir. vig.*), in *Nov. dig. it.*, VIII, Torino, 1962
Soprano E., *Sul progetto Vivante per la riforma delle società anonime*, in Foro it., LXI, 1936,
Shavell S., *Foundations of Economic Analys of Law*, Cambridge – London, 2004, 175 ss.
Spada P., *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla nuova società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003
Spada P., *L'alienazione del governo delle società per azioni (contributo alla costruzione di un modello conoscitivo)*, in *I gruppi di società* cit.
Spada P., *Diritto commerciale,* II, *Elementi*, Padova, 2006
Spada P., Gruppi di società, in Riv. dir. civ., 1992
Spolidoro A., *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995
*tra fatto e contratto*, in *Trattato Colombo Portale* ed *infra*
Stolfi C., *Le società multinazionali nel diritto comunitario*, Milano, 1984
Tabellini, *L'azione individuale del socio a tutela dell'interesse sociale secondo il diritto statunitense*, in *Contratto e impresa*, 1998
Terranova G. - Mangano R., *Le procedure d'insolvenza*, in *Manuale di diritto privato europeo,* a cura di S. Mazzamuto e C. Castronovo, Milano, 2007,
Thompson, voce *La globalizzazione economica*, in *Enc. Giur. Treccani*
Tombari U., *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004.
Tombari U., *Gruppi e diritto societario: profili metodologici, individuazione del problema e tecniche di ricostruzione della disciplina*, in AA.VV., *I gruppi di società, Atti del convegno internazionale di studi,* Rivista delle Società, Venezia 16-17-18 novembre 1995
Tombari U., *Il gruppo di società,*Torino, 1997
Tombari U., *La nuova disciplina dei gruppi di società,* in Aa.Vv., *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private,* a cura di P. Benazzo, S. Patriarca, G. Presti, Milano, 2003
Tonello, *Il contratto di dominio nei gruppi di società: e se ne ritentassimo l'esame di meritevolezza?*, in *Contr. e impr.*, 1995, 1078)
Tonello, *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capi*tali, Padova, 1999.
Trimarchi P., *Causalità e danno*, Milano, 1967
Trimarchi P., in *La riforma del diritto societario*, a cura di M. Vietti, F. Auletta, G. Lo Cascio, U. Tombari, A. Zoppini, Milano, 2006.
Trimarchi P., voce *Illecito*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970
Valzer A., *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, 2006
Vanetti, *Protezione dei creditori e gruppi di società. La responsabilità della capogruppo in Francia*, in *Dir. com. Scambi intern.*, 1979.

Vella F., *Le società Holding,* Milano, 1993
Vivante C., *Società a catena (holdings)*, in *Nuovo digesto italiano*, XII, 1, Torino, 1940,
Vivante C., *Contributo alla riforma delle società anonime*, in *Rivista di diritto commerciale*, XXXII, 1934
Vivante C., *Le società finanziarie (holdings) e la loro responsabilità*, in *Banca borsa e titoli di credito,* II, 1935
Vivante C., *La riforma delle società anonime: le società a catena*, in *Rivista bancaria*, 1931
Visintini G., *La reticenza nella formazione del contratto*, Padova, 1972
von Hayek F., Law, Legislation and Liberty, London-Chicago, 1973 (trad. it., Legge, legislazione e libertà, Milano, 1986Cottino e G. Bonfante, O Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004
Weigman R., *I gruppi di società*, in *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003
Wilkinson, *Piercing the corporate veil and the insolvency act 1986*, in *The company lawyer* , 1987
Zanelli, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962
Zoppini A., in *La riforma del diritto societario* cit.
Zattoni A., *Corporate governance*, in *Management*, Milano, 2006