

DECLARATORIA SULLA TESI DI DOTTORATO

Da inserire come prima pagina della tesi

La sottoscritta

COGNOME

NOME

Matr.

BOGONI

FRANCESCA MARTA

1195007

Titolo della tesi:

IL SUPERAMENTO DEL PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ LIMITATA NEI GRUPPI DI SOCIETÀ

Dottorato di ricerca in

DIRITTO DELL'IMPRESA

Ciclo

XXII

Tutor del dottorando

PROF. MARCO VENTORUZZO

Anno di discussione

2010

DICHIARA

sotto la sua responsabilità di essere a conoscenza:

- 1) che, ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, N. 445, le dichiarazioni mendaci, la falsità negli atti e l'uso di atti falsi sono puniti ai sensi del codice penale e delle Leggi speciali in materia, e che nel caso ricorressero dette ipotesi, decade fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici previsti dalla presente declaratoria e da quella sull'embargo;
- 2) che l'Università ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Decreto Ministeriale 30 aprile 1999 prot. n. 224/1999, di curare il deposito di copia della tesi finale presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze, dove sarà consentita la consultabilità, fatto salvo l'eventuale embargo legato alla necessità di tutelare i diritti di enti esterni terzi e di sfruttamento industriale/commerciale dei contenuti della tesi;
- 3) che il Servizio Biblioteca Bocconi archiverà la tesi nel proprio Archivio istituzionale ad Accesso Aperto e che consentirà unicamente la consultabilità on-line del testo completo (fatto salvo l'eventuale embargo);
- 4) che per l'archiviazione presso la Biblioteca Bocconi, l'Università richiede che la tesi sia consegnata dal dottorando alla Società NORMADEC (operante in nome e per conto dell'Università) tramite procedura on-line con contenuto non modificabile e che la Società Normadec indicherà in ogni piè di pagina le seguenti informazioni:
 - tesi di dottorato *Superamento de principio di responsabilità limitata nei gruppi di società*
 - di *Francesca Marta Bogoni*
 - discussa presso l'Università commerciale Luigi Bocconi – Milano nell'anno 2010;
 - La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche). Sono comunque fatti salvi i diritti dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte;
 - **solo nel caso sia stata sottoscritta apposita altra dichiarazione con richiesta di embargo:** La tesi è soggetta ad embargo della durata di 12 mesi (indicare durata embargo);
- 5) che la copia della tesi depositata presso la NORMADEC tramite procedura on-line è del tutto identica a quelle consegnate/inviata ai Commissari e a qualsiasi altra copia depositata negli Uffici dell'Ateneo in forma cartacea o digitale e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;
- 6) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale realizzata dal sottoscritto e non compromette in alcun modo i diritti di terzi (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche), ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura, civile, amministrativa o penale e sarà dal sottoscritto tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi;
- 7) che la tesi di Dottorato rientra in una delle ipotesi di embargo previste nell'apposita dichiarazione "**RICHIESTA DI EMBARGO DELLA TESI DI DOTTORATO**" sottoscritta a parte.

Data 3 febbraio 2010

F.to Francesca Marta Bogoni

IL SUPERAMENTO DEL PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ LIMITATA NEI GRUPPI DI SOCIETÀ

INDICE

INTRODUZIONE	7
--------------	---

CAPITOLO I

LA PARABOLA STORICA: RESPONSABILITÀ LIMITATA, PERSONA GIURIDICA E GRUPPI DI SOCIETÀ

1.1. Introduzione	13
1.2. Dall'antichità alle colonie	18
1.3. L'era delle codificazioni	30
1.3.1. I sistemi di <i>civil law</i>	30
1.3.2. I sistemi di <i>common law</i>	40
1.4. la nascita dei gruppi	46
1.4.1. L'evoluzione storica	46
1.4.2. Dati e problemi	50
1.5. Osservazioni conclusive	59

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ LIMITATA E I GRUPPI DI SOCIETÀ IN UNA PROSPETTIVA DI ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

2.1. Introduzione	63
2.2. Le ragioni a sostegno del principio di responsabilità	70
2.3. Le critiche e le contro-critiche al principio di responsabilità limitata	83
2.4. Le critiche e le contro-critiche al principio di responsabilità limitata: (segue) il problema dei gruppi	98
2.5. Osservazioni conclusive	108

CAPITOLO III

LE SOLUZIONI LEGISLATIVE AL PROBLEMA DEI GRUPPI SOCIETARI: UN ESAME COMPARATISTICO

3.1. Introduzione	111
3.2. I sistemi di <i>common law</i>	115
3.2.1 I sistemi di <i>common law</i> : (segue) gli Stati Uniti	116
a) La teoria del <i>piercing the corporate veil</i>	118
b) La teoria del <i>piercing the corporate veil</i> nei gruppi e l' <i>enterprise law doctrine</i>	129
c) La responsabilità dei soci per <i>breach of fiduciary duties</i>	134
d) Alcuni studi empirici sulla casistica giurisprudenziale	140
3.2.2. I sistemi di <i>common law</i> : (segue) l'Inghilterra	143
3.3. I sistemi di <i>civil law</i>	145
3.3.1. I sistemi di <i>civil law</i> : (segue) la Germania	147
a) <i>Konzernrecht</i> , i contratti di dominazione	148
b) I Gruppi di fatto	149
3.3.2 I sistemi di <i>civil law</i> : (segue) la Francia	152
a) L' <i>indépendance juridique</i> , i gruppi di società ed il principio Rozemblum	153

b) La responsabilità del socio dominante da illecito e in caso di insolvenza e <i>il dirigeant de fait</i>	157
3.4. La disciplina dei gruppi in ambito europeo	161
3.5. Osservazioni conclusive	165

CAPITOLO IV

LE SOLUZIONI ITALIANE AL PROBLEMA DEI GRUPPI: LE DEROGHE AL PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ LIMITATA

4.1. Introduzione	171
4.2. Evoluzione della disciplina dei gruppi societari nel diritto italiano	173
4.2.1. Le prime impostazioni dogmatiche del fenomeno	173
4.2.2. Le prime soluzioni prospettate per i casi patologici di “abuso”	180
4.2.3. L’ulteriore evoluzione a partire dagli anni 90’	190
4.3. La riforma delle società di capitali: osservazioni di carattere generale	193
4.4. La responsabilità della capogruppo (e della società etero-diretta?)	201
4.4.1. Osservazioni di carattere generale	201
4.4.2. L’individuazione della condotta riprovevole	210
a) L’attività di direzione e coordinamento	211
b) L’interesse imprenditoriale proprio o altrui	213
c) La violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale	215
4.4.3. La natura della responsabilità	218
a) La tesi della natura contrattuale	219
b) La tesi della natura extracontrattuale	222
c) Le conseguenze pratiche delle diverse impostazioni teoriche	226
4.4.4. Il pregiudizio arrecato ai soci e ai creditori sociali	231
4.4.5. La mancanza del pregiudizio: i vantaggi compensativi	238
4.4.6. I soggetti legittimati attivi	243
4.4.7. I soggetti legittimati passivi	249

4.4.8. L'art.2497, comma 3, c.c.	251
4.5. Le ulteriori ipotesi di responsabilità solidale	258
4.5.1. Osservazioni generali	258
4.5.2. "Chi" ha comunque preso parte al fatto lesivo	264
4.5.3. "Chi" ne ha consapevolmente tratto beneficio	279
4.6. La responsabilità del socio co-gestore	282
4.7. Brevi cenni interdisciplinari	293
4.7.1. I Gruppi di società e la responsabilità amministrativa degli enti	295
4.7.2. I reati societari e fallimentari	301
4.7.3. Il diritto fallimentare e l'art. 147 L.F.	307
4.8. Osservazioni conclusive	309
CONCLUSIONI	312
BIBLIOGRAFIA	318

INTRODUZIONE

Sia dal punto di vista storico sia dal punto di vista dell'analisi economica il principio della responsabilità limitata nell'ambito delle società di capitali ha specifiche e importanti ragioni d'essere. Le società di capitali, dotate di autonoma soggettività giuridica e patrimoniale, sono state e sono ancora i principali operatori dell'industria, del commercio e dei mercati finanziari globali (anche se oggi appaiono all'orizzonte nuove figure ancor più flessibili e "imprendibili"). Tuttavia, la nascita, la crescita e lo strapotere dei gruppi societari, oggi spesso di dimensioni transnazionali, con gli ingenti danni che sono in grado di creare e con la loro realtà al medesimo tempo satellitare e unitaria, ha fortemente messo a rischio il principio stesso della responsabilità limitata e indotto i legislatori e gli interpreti a individuare possibili soluzioni alternative.

Come già anni addietro osservava PIER GIUSTO JAEGER, il gruppo altro non è che un modello di organizzazione d'impresa costantemente in bilico tra unificazione e autonomia¹. Nel gruppo, pur in presenza di una pluralità di soggetti giuridicamente autonomi, l'unità economica dell'impresa in tal modo organizzata si rappresenta quale complessa realtà dai contorni non definiti e dalla pluralità di centri di imputazione dei rapporti giuridici, sollevando notevoli problemi di ordine sociale, economico e giuridico.

Tali caratteristiche non consentono una definizione normativa esauriente del fenomeno, spesso lasciato alla soluzione dei casi patologici, mediante il superamento del principio di responsabilità limitata. Invero tale superamento si pone in termini alquanto problematici, poiché gli ordinamenti giuridici hanno costruito la persona giuridica come soggetto autonomo e distinto dai suoi membri, caratterizzato

¹ P.G. JAEGER, *I "gruppi" tra diritto interno e prospettive comunitarie*, in *Giur. Comm.*, 1980, p. 921 e ss.

appunto dal principio della responsabilità limitata. Pertanto il superamento di tale principio non può avvenire senza un ripensamento dogmatico del concetto stesso di persona giuridica e senza importanti ripercussioni sull'intero sistema dei mercati finanziari e delle società capitalistiche, così come oggi siamo abituati a conoscerle.

Sono numerose le ricerche, in ogni campo, sui gruppi di società e numerosi quasi altrettanto gli approfondimenti svolti sulla normativa italiana riguardante l'attività di direzione e coordinamento, adottata con la riforma del diritto societario del 2003. Tuttavia i problemi sono ben lungi dall'essere risolti, e il fenomeno, sia dal punto di vista concettuale, sia dal punto di vista fattuale (dato il costante crescere dei gruppi societari), mantiene costante su di sé l'attenzione fervida dell'interprete.

In questa sede tratteremo, particolarmente, l'argomento delle deroghe, da molti invocate, al principio della responsabilità limitata nel contesto delle società di capitali inserite in gruppi societari. E' un punto, a parere di chi scrive, estremamente delicato e dibattuto. Dovendosi ancora definire un tracciato chiaro per l'applicazione della disciplina normativa, ed essendo ormai trascorso un congruo lasso di tempo dall'intervento riformatore del legislatore italiano, si giustifica un approfondimento del tema, anche volto a riepilogare i diversi orientamenti, dottrinali e giurisprudenziali.

Per delimitare, in quanto possibile, l'ambito della ricerca non si approfondiranno, oltre lo stretto necessario, altri profili giuridici connessi al tema dei gruppi, quali l'esame dei rapporti di controllo, interno ed esterno, le questioni di *corporate governance*, i problemi di pubblicità, la disciplina del recesso e quella dei finanziamenti. Né verranno esaminati, sia pure per i profili di diritto comparato, gli aspetti peculiari legati alla disciplina dei mercati regolamentati; e neppure saranno approfonditi, non volendo ampliare oltremodo l'indagine, gli specifici aspetti giuridici che coinvolgono i gruppi in ambito della concorrenza, fallimentare, penale, tributario, giuslavoristico o internazionalprivatistico.

Il presente lavoro è suddiviso in quattro capitoli.

(i) Nel primo capitolo verranno esaminate le origini storiche del principio della

responsabilità limitata, partendo dal diritto romano per giungere ai giorni nostri. Il solco storico delinea una parabola che va dalla totale estraneità del principio di responsabilità limitata rispetto al concetto di società (almeno sino al medioevo), fino alla sua introduzione nell'ambito delle società di capitali, dapprima quale norma eccezionale per concessione del sovrano e/o del legislatore (nel contesto delle compagnie coloniali o delle prime grandi società di interesse pubblico) e poi, quale regola di *default* (nell'epoca delle codificazioni); per giungere infine, ai giorni nostri, ed al quantomeno parziale superamento o mitigazione del principio di responsabilità limitata nei gruppi societari.

Si tratta di un percorso che è avvenuto quasi contemporaneamente in tutti i sistemi giuridici e ha segnato, con la nascita delle società di capitali, dotate di autonoma soggettività giuridica e patrimoniale, una svolta nella storia del capitalismo, consentendo il pieno affermarsi della rivoluzione industriale, quale motore fondamentale di crescita economica.

Tale sviluppo, finito a concretarsi, nel corso del XX secolo, nella formazione dei gruppi societari, ha poi messo in crisi il principio della responsabilità limitata e della perfetta autonomia della persona giuridica, facendo sorgere il dubbio che la stretta applicazione di detto principio sia ormai divenuta anacronistica.

(ii) Nel secondo capitolo verranno esaminati, sulla base degli studi di *law and economics*, di derivazione statunitense, i costi e i benefici economici del principio di responsabilità limitata, con particolare riferimento ai gruppi societari. Detto criterio, infatti, non solo è stato al tempo stesso causa ed effetto di una lunga evoluzione storico-economica, ma ha trovato altresì le proprie radici, secondo le teorie di analisi economica, in ragioni di efficienza e di convenienza in un'ottica di politica del diritto.

In proposito le indagini di analisi economica hanno evidenziato che la responsabilità limitata non solo è economicamente più efficiente, ma, perfino, essenziale per l'esistenza dei moderni mercati, consentendo essa lo sviluppo di attività imprenditoriali rischiose ma socialmente desiderabili e la diversificazione degli

investimenti. Inoltre, la responsabilità limitata ha contribuito a ridurre, e perfino ad eliminare, alcuni c.d. *agency costs*, tra cui i costi relativi al monitoraggio degli altri azionisti e dei *managers*, con conseguente creazione di un incentivo per gli stessi ad agire in maniera efficiente promuovendo una più razionale valutazione dell'impresa da parte del mercato.

Tuttavia sono state anche evidenziate le pecche e le “esternalità negative” create dall'adozione indiscriminata di tale principio, che può dare adito ad inaccettabili situazioni di ingiustizia sostanziale. In particolare, sono stati ritenuti ingiustificati i rischi dell'attuale sistema, in cui spesso le società dominanti tendono ad isolare le attività più pericolose e dannose entro le società controllate, le uniche effettivamente operative, esposte a responsabilità ma al tempo stesso sottocapitalizzate, e quindi praticamente *judgment proof*. Così, sono stati proposti sistemi alternativi, quali la *pro rata liability*, ed è stata invocata l'abolizione del principio di responsabilità limitata, soprattutto nell'ambito dei gruppi societari e nei confronti dei *tort creditors*.

(iii) Nel terzo capitolo saranno analizzati gli aspetti essenziali delle soluzioni normative e giurisprudenziali adottate in alcuni ordinamenti di *common law*, quali gli Stati Uniti e l'Inghilterra, e di *civil law*, quali la Francia e la Germania, passando così ad esaminare per ciascuno di tali sistemi, come siano stati affrontati i problemi causati dai profili di responsabilità limitata dei soci nel contesto dei gruppi societari.

Nei sistemi di *common law*, in mancanza di una legislazione generale sui gruppi societari, è stata la giurisprudenza a offrire gli strumenti per la mitigazione degli effetti della responsabilità limitata in ipotesi di abuso. E' stata così elaborata, a tutela precipuamente dei creditori, la teoria del c.d. *piercing the corporate veil*, poi sviluppata, soprattutto negli Stati Uniti, nella c.d. *enterprise law doctrine*, applicata in particolare al fenomeno dei gruppi allorché le singole società si appalesino come meri frammenti di un'unica attività d'impresa (un'unica *de facto corporation*).

L'esperienza dei paesi di *civil law* si differenzia per la rilevanza unitaria

riconosciuta ai soci di minoranza e ai creditori sociali, quali soggetti meritevoli di tutela, attraverso la previsione di fattispecie di responsabilità in capo al socio dominante. Varie tuttavia sono state le soluzioni. La Germania ha adottato sin dal 1965 una normativa generale in materia di gruppi contrattuali, che è stata però criticata per l'eccessiva rigidità e per la mancanza di tutela nei riguardi dei c.d. gruppi di fatto, lasciati ancora una volta all'opera ermeneutica della giurisprudenza. In Francia, in mancanza di una normativa generale, è stata proprio la giurisprudenza ad elaborare i principi fondamentali che consentono di superare lo schermo della responsabilità limitata della società controllata, ma solo in casi determinati ed eccezionali, soprattutto in situazioni patologiche di insolvenza della controllata.

Gli ordinamenti esaminati tendono a circoscrivere l'individuazione dei soggetti responsabili esclusivamente in capo alla capogruppo o in capo al socio/società dominante, anche per il tramite della responsabilità degli amministratori che ne siano emanazione e strumento; senza tuttavia estendere tale tipo di responsabilità a soggetti terzi, eventualmente coinvolti, come invece sembra suggerire il 2° comma dell'art. 2497 del nostro Codice Civile.

(iv) Nel quarto capitolo verrà esaminato il fenomeno dei gruppi societari nel diritto italiano, partendo dall'evoluzione dei principi dettati in materia dalla dottrina e dalla giurisprudenza prima della riforma delle società di capitali, per procedere quindi all'indagine dei tratti caratterizzanti della riforma stessa. Questa, da un lato, ha rinforzato il principio della responsabilità limitata, ad esempio attraverso l'abolizione di ogni ostacolo sostanziale alla fruizione di tale beneficio anche a favore dei soci unici (S.p.A. o S.r.l.), e dall'altro ha tentato di ricondurre la responsabilità all'effettivo esercizio della gestione, anche in deroga al principio stesso di responsabilità limitata.

Si procederà poi all'esame delle problematiche inerenti alle fattispecie della responsabilità della capogruppo per esercizio scorretto dell'attività di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497, c.c., nonché alla individuazione delle ulteriori questioni poste dal secondo comma del medesimo articolo, il quale prevede un'estensione, potenzialmente infinita, dei possibili corresponsabili nel fatto lesivo

della capogruppo, coinvolgendo (i) *“chi ha preso parte al fatto lesivo”* e (ii) *“chi ne ha consapevolmente tratto beneficio”*.

Ancora, si analizzerà la diversa, ma analoga, fattispecie della responsabilità del socio gestore nelle S.r.l., sancita dall'art. 2476, comma 7, c.c., ponendo particolare attenzione al problema del suo coordinamento con la disciplina di cui all'art. 2497 c.c. e con l'ipotesi, non infrequente, che una S.r.l. sia inserita in una struttura di gruppo. Infine, saranno fatti brevi cenni sulle specifiche disposizioni normative previste, in relazione ai gruppi, in altri settori del diritto, al fine di valutare, in estrema sintesi se, ancorché con gradi e modalità differenti, la disciplina introdotta con la riforma del diritto societario possa avere determinato un superamento del principio della responsabilità limitata nelle società di capitali anche in altri ambiti dell'ordinamento.

La scelta prudente e di compromesso del legislatore italiano, laddove gli interventi appaiono settoriali, embrionali e mal coordinati, forieri spesso di più di problemi che di soluzioni, dimostra appieno le grandi difficoltà della materia. I gruppi societari, con la loro realtà in continua evoluzione, sempre in bilico tra unificazione ed autonomia, non paiono aver ancora trovato un'adeguata risposta nel mondo del diritto.

CAPITOLO I

LA PARABOLA STORICA: RESPONSABILITÀ LIMITATA, PERSONA GIURIDICA, E GRUPPI DI SOCIETÀ¹

1.1. INTRODUZIONE

In questo primo capitolo si procederà a una breve ricostruzione storica con l'obiettivo di delineare il percorso evolutivo tra i due concetti di persona giuridica e responsabilità limitata. Ciò per rilevare in particolare come il principio di responsabilità limitata, in un primo momento completamente estraneo al concetto di persona giuridica, sia in un secondo tempo divenuto privilegio eccezionale concesso dal sovrano con riguardo ad alcune specifiche società di capitali, per poi essere sancito come regola di *default* in tutti i sistemi giuridici delle economie sviluppate e, infine, sia stato parzialmente posto in discussione almeno nel contesto dei gruppi societari².

² Per una prima indagine storica in tal senso si vedano, tra i tanti, A. VIGHI, *La personalità giuridica delle società commerciali*, Camerino, 1900; L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, traduzione italiana a cura di V. POUCHAIN e A. SCIALOJA, Torino, 1913; W.W. BUCKLAND, *a Text Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 1921; M. ROSTOVITZ, *The Social & Economic History of the Roman Empire*, 1926; A. MIGNOLI, *Idee e problemi nell'evoluzione della "company" inglese*, in *Riv. Soc.*, 1960, pp. 633 e ss.; Id. *Le società per azioni*, Milano, 2002, p. 13 e ss.; P. VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Milano, 1964; G. CATALANO, *Persona giuridica* (diritto intermedio), in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965, p. 1032; R. SERICK, *Forma e realtà della persona giuridica*, Milano 1966; G. SCALFI, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Milano, 1968; R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche nel diritto romano*, Torino 1968; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. del Cod. Civ.* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, artt. 11-35, Bologna – Roma, 1969, pp. 38 e ss.; Id., *Lex Mercatoria*, Milano, 1994; P. DUFF, *Personality in Roman Private Law*, 1938, pp. 35-37 e J. THOMAS, *Textbook of Roman Law*, 1976, pp. 469 – 473; D. L. PERROTT, *Changes in Attitude to Limited Liability, the European Experience in Limited Liability and the Corporation*, (T. Ohnial ed.), 1982, pp. 85-87; E. BADIAN, *Publicans and Sinners, Private Enterprise in the Service of the Roman Empire*, 1983; P. BLUMBERG, *Limited Liability and Corporate Groups*, 11 *J Corp. L.*, 1986, p. 573; Id. *The Multinational Challenge to Corporation Law: The Search for a New Corporate Personality*, New York-Oxford, 1993; A. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992; S. B. PRESSER, *Commentary: Thwarting the Killing of the Corporation: Limited Liability, Democracy and Economics*, in 87 *Nw. U.L. Rev.* 148, Fall, 1992 p. 3; I. BIROCCHI, *Persona giuridica nel diritto medioevale e moderno*, in *Dig.*

Si vedrà, in particolare, che la nascita e lo sviluppo delle società commerciali, così come l'evoluzione del concetto di persona giuridica, sono per lungo tempo rimasti estranei al principio di responsabilità limitata. Nella storia degli ordinamenti giuridici sia di *civil law* sia di *common law* “responsabilità limitata, personalità giuridica, e attività commerciale” hanno avuto linee di sviluppo indipendenti. E, invero, la personalità giuridica è apparsa compatibile sia con l'assunzione di una responsabilità di tipo “limitato” sia con l'assunzione di una responsabilità di tipo “illimitato”.

L'unione dei due principi nelle società di capitali dapprima è avvenuta in via eccezionale, con le colonizzazioni del nuovo mondo, e solo poi è divenuta regola comune, con l'avvento della rivoluzione industriale e l'espansione del potere economico. Ma, bisogna giungere a tempi relativamente recenti, per veder attribuire alle persone giuridiche la caratteristica della completa autonomia patrimoniale come regola di *default*³.

Disc. Priv., sez. civ., vol. XIII, Torino, 1995, p. 407; P. MONTALENTI, *Riflessioni in tema di personalità giuridica*, in *Diritto Privato*, 1996, p. 674 e ss. nonché in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, p. 559 e ss.; Id., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999, pp. 1 e ss.; Id., *I gruppi piramidali tra libertà d'iniziativa economica e asimmetrie del mercato*, *Riv. Soc.*, 2007, p. 333; G. VISENTINI, *La teoria della personalità giuridica ed i problemi della società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1999, pp. 89 e ss.; M. TONELLO, *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, Padova, 1999; U. MALMENDIER, *Societas publicanorum : staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, 2002, pp. 273-74; W. GOETZMANN e K. G. ROUWENHORTS, *The Origins of Value: The Financial Innovations That Created Modern Capital Markets*, 2005, p. 31; A. GAMBINO, *Limitazione di responsabilità, personalità giuridica e gestione societaria*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, vol. I, Torino, 2006, pp. 43 e ss.; Id., *La responsabilità dell'impresa e la gestione*, in AA.VV. *La responsabilità dell'impresa*, Milano, 2006, p. 70 e ss.; Id., *Le limitazioni dell'autonomia privata nelle società di capitali*, Milano 2006; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali, Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, pp. 24 e ss.; H. HANSMANN, R. KRAAKMAN e R. SQUIRE, *Law and the Rise of the Firm*, in www.ssrn.com, 2006; G. ROSSI, *Dalla Compagnia delle Indie al Sarbanes-Oxley Act*, in *Riv. Soc.*, 2006, 5-6, p. 890 e ss.; P. BLUMBERG, K.A. STRASSER, N. L. GEORGAKOPOULOS e E. Jr. GOUVIN, *Blumberg on corporate groups*, Aspen, 2007.

³ Si veda G. SCALFI, *L'idea di persona giuridica*, op. cit., il quale rimarca come “Il principio dell'autonomia patrimoniale delle società commerciali sorse infatti in modo del tutto autonomo, senza riferimento all'idea di personalità; e la limitazione di responsabilità non fù, ne è, un connotato costantemente collegato alla personalità della società commerciale, come è dimostrato, oggi, dalla società per azioni con un sol socio, dalla società in accomandita per azioni, dalla cooperativa con responsabilità illimitata dei soci, tutte considerate persone giuridiche. L'idea di personalità fù sovrapposta e congiunta al principio, formatosi in modo autonomo nella pratica commerciale, della

I due concetti, di responsabilità limitata e di persona giuridica, una volta congiunti nelle moderne società di capitali, sono poi divenuti essenziali propulsori dello sviluppo dell'economia mondiale. In effetti, le società dotate di responsabilità limitata (e di azioni trasferibili) hanno segnato, intorno al XIX secolo, una svolta fondamentale nella storia del capitalismo e sono state le indiscusse protagoniste dell'evoluzione economica e industriale che ci ha condotto ai giorni nostri, permettendo la raccolta di vasti investimenti e consentendo il pieno sviluppo delle società industrializzate e post-industrializzate.

A tale proposito il presidente della Columbia University, Nicholas Murray Butler, ha dichiarato *"In my judgment the limited liability corporation is the greatest single discovery of modern times ... even the steam engine and electricity are far less important than the limited liability corporation and they would be reduced to comparative impotence without it"*⁴.

L'evoluzione del binomio responsabilità limitata e persona giuridica, divenuto

limitazione di responsabilità" pp.58-59. Egli prosegue osservando che, *"l'orientamento a considerare persone solo e società per azioni, con limitazione di responsabilità, o, in genere, le società di capitali, sorse invece allorché le forme si erano notevolmente differenziate, e le società per azioni si andò delineando come la forma nella quale s'opera la scissione tra proprietà e controllo (o tra proprietà e direzione) decisiva per lo sviluppo di un nuovo capitalismo. La tipica potenza nel campo economico divenne la società per azioni"* p. 60.

⁴ NICHOLAS MURRAY BUTLER (Elizabeth, 2 aprile 1862 – New York, 7 dicembre 1947) filosofo, diplomatico politico e pedagogista statunitense, vincitore, insieme a Jane Addams, del premio Nobel per la pace nel 1931. Nel 1885 entrò a far parte del dipartimento di filosofia del Columbia College, che undici anni dopo divenne la Columbia University, e di cui fu nominato rettore nel 1902. In merito si veda anche E. COURIR, *I limiti alla responsabilità imprenditoriale e rischi dei terzi*, Milano, 1997 ove si legge *"È altrettanto difficilmente controvertibile l'esistenza di una strettissima relazione tra la scelta della forma societaria e la concessione a tale forma del beneficio della responsabilità limitata, salutato dovunque come uno straordinario incentivo al progresso economico: "The economic historian of the future may assign to the nameless inventor of the principle of limited liability, as applied to trading corporations, a place of honour with Watt and Stephenson, and other pioneers of the Industrial Revolution; the genius of these men produced, the means by which man's command of natural resources was multiplied many times over, the limited liability company, the means by which huge aggregation of capital required to give effect to their discoveries were collected, organized and efficiently administered"* (Tratto da *The Economist* del 18 dicembre 1926, come citato da HUNT, *The Development of the Business Corporation in England 1800-1867*, (1936) p. 116.) L'enfasi delle parole del commentatore inglese sembra essere stata integralmente recepita non solo dalla comunità imprenditoriale, ma anche dai legislatori, ognuno dei quali ha innalzato il principle of limited liability a strumento cardine della vita economica della collettività" pp. 5-6.

ormai inscindibile ed esteso anche ai c.d. “*corporate shareholders*”, ha quindi portato nel corso del XX secolo alla formazione di gruppi societari e delle grandi multinazionali che oggi dominano l’economia mondiale globalizzata⁵.

E sono proprio i gruppi societari, con la loro realtà economica al tempo stesso variegata ed unitaria, che costituiscono oggi la più grande sfida al principio della responsabilità limitata e della perfetta autonomia della persona giuridica⁶.

Si è così passati dall’ampia espansione del principio di responsabilità limitata nel campo delle società di capitali al suo parziale superamento, in casi di abuso e, per quanto maggiormente interessa in questa sede, nell’ambito del fenomeno dei

⁵ Come è stato correttamente osservato la comparsa delle imprese di gruppo nel corso del XX secolo “*ha rappresentato, sul terreno dell’organizzazione giuridica dell’attività economica, una innovazione altrettanto profonda quanto l’avvento, nel XIX secolo, quale tipo di società caratterizzato dalla divisione del capitale in azioni e della responsabilità limitata dei soci*” F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Libro quinto del lavoro, art. 2497 – 2497 septies c.c.*, Bologna, 2005, pp. 1 e 2. Occorre notare che, secondo tale autore, tra i due fenomeni (società di capitali e gruppi societari) vi è un evidente rapporto di continuità, ma anche una notevole differenza: infatti, mentre all’origine della creazione delle società di capitali vi sarebbe una invenzione legislativa, il gruppo di società sarebbe, all’opposto, il frutto della inventiva imprenditoriale. Sul punto torneremo in seguito, ma giova sin d’ora segnalare che i sostenitori delle teorie c.d. realistiche della persona giuridica sostengono al contrario che anche la persona giuridica non è una creazione legislativa, ma la rappresentazione di una realtà anch’essa sociale che il legislatore non ha creato, ma si è limitato a riconoscere.

⁶ In tale ottica il tradizionale diritto societario costituirebbe una sostanziale barriera all’imposizione della responsabilità in capo alla società madre e al gruppo inteso in maniera unitaria per le attività svolte dalla società controllata. Si veda in proposito S. M. BAINBRIDGE in *Abolishing Veil Piercing*, Harvard Law School, in www.ssrn.com August 2, 2000: “*It should be evident that insofar, as corporate groups are concerned, the expansive limited liability provided under these circumstances goes far beyond the insulation of liability of the public shareholders of the parent corporation. The traditional corporation law, thus, represents a dramatically excessive response to the limited liability problem*” pp. 61 e ss. Nello stesso senso si vedano anche P. BLUMBERG, K.A. STRASSER, N. L. GEORGAKOPOULOS e E. Jr. GOUVIN, *Blumberg on corporate groups*, op. cit., pp.1-14. “*in brief, multinationals present unresolved challenges to corporation law and international law with which the legal system of the world are struggling*” e ancora “*Notwithstanding the economic realities of the modern world, traditional corporation law has looked at the business enterprise through a conventional and increasingly anachronistic lens. Instead of focusing on the group conducting enterprise as a single economic unit or firm, with a single objective, the classical conceptual foundation of corporate law looks on each of the components of the enterprise as normally constituting a separate and distinct legal person...*”. “*It should be evident that insofar as corporate groups are concerned, the expansive limited liability provided under these circumstances goes far beyond the insulation of liability of the public shareholders of the parent corporation. The traditional corporation law, thus, represents a dramatically excessive response to the limited liability problem the nature of limited liability is dramatically changed*”.

gruppi societari, poiché si è ritenuto che il rispetto incondizionato di tale principio portasse a iniquità sostanziali non accettabili.

Tuttavia, questo superamento si pone in termini alquanto problematici “a cagione del fatto che”, come già osservava ROLF SERICK, “l’ordinamento giuridico ha costruito la persona giuridica come un soggetto giuridico autonomo da tenere nettamente distinto dai suoi membri...caratterizzato dall’aspetto dell’autonomia patrimoniale...cosicché si pone il problema se mai sia possibile una violazione di questo principio”⁷, senza che ciò implichi anche lo svuotamento del concetto di persona giuridica⁸. Il discorso si volgerà quindi, inevitabilmente, anche nelle trame dell’indagine del concetto di persona giuridica, “concetto che, specie nella tradizione continentale è talmente carico di significati teorici e valenze filosofiche da potersi

⁷ Si veda R. SERICK, *Forma e realtà della persona giuridica*, op. cit. Tale autore osservava già negli anni 60 come la giurisprudenza tedesca si trovasse costretta ad affrontare sempre con maggior frequenza, in casi limite il problema di quando sia possibile disconoscere la forma della persona giuridica, individuando e agendo al di là della stessa sul suo substrato ed in particolare sui suoi membri. Egli osservava che “non è senza ragione che tale problema si pone. Il fatto che i tribunali si trovino sempre più frequentemente alle prese con esso dimostra che il rispetto incondizionato della forma della persona giuridica può in determinati casi condurre a risultati non equi” ma poi aggiungeva anche che è altresì vero che “Il concetto della persona giuridica è ovviamente caratterizzato dall’aspetto dell’autonomia patrimoniale, e pertanto, elemento caratterizzante della persona giuridica è che nei confronti dei creditori della persona giuridica risponde dunque esclusivamente il patrimonio di questa mentre i creditori dei suoi membri possono far conto solo sul patrimonio di quest’ultimo. La distinzione netta tra ente sociale e soci è un carattere distintivo della persona giuridica, cosicché si pone il problema se mai sia possibile una violazione di questo principio” p. 1. E si veda anche F. GALGANO, *Degli amministratori di società personali*, Padova, 1963, pp. 609 e ss. il quale ha afferma che: “lo specifico contenuto normativo della personalità giuridica – il suo contenuto ulteriore rispetto all’attitudine, propria ormai anche dei gruppi che non sono persone giuridiche, all’autonoma titolarità dei rapporti giuridici – risiede nel beneficio della responsabilità limitata”. Sicché, a suo avviso, la persona giuridica “si presenta ormai come nozione coestensiva di quella di responsabilità limitata; né è possibile individuare, nel diritto contemporaneo, altri attributi che valgano a conferire alla prima una estensione maggiore della seconda”.

⁸ Sempre R. SERICK, *Forma e realtà della persona giuridica*, op. cit., osservava come “Manca, finora, una chiara visione sui fondamenti teorici che giustificano questa violazione. Inoltre rimane estremamente discusso ed incerto quali siano i casi in cui è possibile disconoscere l’autonomia soggettiva della persona giuridica. Si potrebbe sostenere la tesi che è possibile raggiungere conclusioni soddisfacenti solo se prima si chiarisce l’essenza della persona giuridica. E ciò perché si potrebbe sostenere, la risposta al problema di quali siano i limiti entro cui può agire una persona giuridica e quali siano le sue essenziali caratteristiche dipende dal fatto se questa debba essere considerata come un ente collettivo dotato di una propria realtà o come semplice finzione giuridica. ...per la pratica, sarebbe di scarsa utilità una soluzione che si fondasse su di una particolare teoria circa l’essenza della persona giuridica, poiché sull’essenza di questa ben difficilmente si può raggiungere l’univocità” p. 3.

definire un vero e proprio dogma, e come tale inscrutabile a fondo”⁹, nonché nell’indagine del rapporto, di correlazione biunivoca, tra tale figura giuridica ed il principio della responsabilità limitata¹⁰.

1.2. DALL’ANTICHITÀ ALLE COLONIE

È fortemente dubitabile che il concetto di persona giuridica possa essere fatto risalire al mondo romano¹¹ e la questione è a tutt’oggi abbastanza dibattuta tra gli studiosi¹².

⁹ Così M. TONELLO, *L’abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, op. cit., p.60. L’idea è resa in maniera vivace anche dal già citato R. SERICK, *Forma e realtà della persona giuridica*, op. cit., che osservava come “*La domanda che cosa è la persona giuridica? Ha ricevuto perlomeno tante risposte quante la domanda: che cosa è l’uomo?*”, p. 83.

¹⁰ Si veda in proposito P. MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società*, op. cit., Padova 1999, p. 3. ove si legge che, pur non essendoci dubbi sul fatto che la figura della persona giuridica, quale entità autonoma e separata da quella dei suoi membri, non coincide con il principio della responsabilità limitata, è altresì vero che vi è un “*nesso di correlazione biunivoca tra personalità giuridica e responsabilità limitata*”. Si veda in proposito anche M. TONELLO, *L’abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, op. cit., p. 1 “*nel linguaggio dei giuristi l’idea della limitazione di responsabilità del socio è tradizionalmente accompagnata dal concetto di persona giuridica. La responsabilità limitata è, invero, tra gli elementi comuni caratterizzanti l’intera categoria tipologica delle società di capitali e le società di capitali sono, per tradizione giuridica e per definizione legislative, le “società aventi personalità giuridica”. L’abbinamento tra il beneficio pratico della responsabilità limitata e la nozione teorica di persona giuridica continua a considerarsi utile e opportuno ai fini di una più agevole rappresentazione dei fenomeni giuridici delle organizzazioni collettive, nonostante la scienza già da tempo abbia chiarito la separabilità e autonomia concettuale delle due figure nonché la preesistenza della prima all’adozione della seconda*”.

¹¹ Una curiosità: nel mondo romano il termine “persona”, generico e senza ulteriore specificazione, era largamente impiegato e veniva, in origine, utilizzato non con un significato tecnico – giuridico ma per distinguere un comune oggetto del teatro antico: la maschera, indossata dall’attore teatrale; all’epoca di Cicerone, il termine “persona” passò ad indicare altresì la *pars*, ossia il ruolo, il personaggio, portato in scena dal medesimo attore. Invero, come nota M. TONELLO, *L’abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, op. cit. “*siccome la maschera esprime la fisionomia del personaggio e non i lineamenti del volto dell’attore, la locuzione persona evocò precocemente l’idea della distinguibilità tra l’individuo umano e il suo ruolo in scena*” p. 8. Già con Gaio e Ulpiano e poi soprattutto nelle fonti postclassiche (tra cui, in particolare, nel *Corpus Iuris Iustiniani*) la locuzione “persona” ebbe le sue prime utilizzazioni anche come equivalente linguistico di un uomo e di individuo. Si veda altresì D. 41.3.30.pr. (*Pomponius libro trigensimo ad Sabinum*): “*Tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spiritu et Grasce enoménon vocatur, ut homo tignum lapis et similia; alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod synemnénon vocatur, ut aedificium navis armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex.*”

Alcuni, prendendo le mosse da un famoso passo di Ulpiano, “*Si quid universitate debetur singuli non debetur; nec quod debet universitas singuli debent*” (Digesto giustiniano D.3.IV.7 §1, ULPIANUS libro X edictum), ritengono che tali parole sarebbero la testimonianza della presenza nel mondo romano di una concezione già astratta di *universitas*, come entità portatrice di una soggettività distinta rispetto a quella dei singoli membri che la componevano¹³. Altri invece, e sono i più numerosi, sostengono che, per quanto l’epoca romana abbia conosciuto sofisticate istituzioni giuridiche e un’economia vibrante, le imprese commerciali romane non fossero dotate né di autonomia giuridica né di autonomia patrimoniale¹⁴.

Nell’epoca romana, al di là della *familia*, notoriamente molto estesa e dotata di beni sufficienti per svolgere in via autonoma un’impresa commerciale¹⁵, la più semplice forma di associazione commerciale era la *societas*, che si riferiva ad un accordo tra cittadini romani per condividere i guadagni e le perdite dell’impresa. Ma, a parte l’aspetto esteriore della comunanza, questa *societas* aveva poco in comune

¹² Tra i molti autori che si sono occupati della questione si vedano in particolare: R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche nel diritto romano*, op. cit., p. 336; W.W. BUCKLAND, *a Text Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, op. cit., pp. 504-507.

¹³ D.L. PERROTT, *Changes in Attitude to Limited Liability*, op.cit., pp. 85-87.

¹⁴ Così M. TONIELLO, *L’abuso della responsabilità limitata*, op. cit., p. 6 “*nell’esperienza giuridica romana non c’è alcuna traccia della persona giuridica: per i romani il diritto era hominum causa e anche quando una pluralità di uomini agiva vice personae, nessuna persona nuova, distinta e autonoma, veniva ad affiancarsi a quella pluralità*”; così anche P. DUFF, *Personality in Roman Private Law*, 1938, pp. 35-37 e J. THOMAS, *Textbook of Roman Law*, pp. 469-473, 1976 ove si legge “*romans had no theory of corporate personality*”; da ultimo si veda anche H. HANSMANN, R. KRAAKMAN E R. SQUIRE, *Law and the Rise of the Firm*, op. cit., *passim*.

¹⁵ La *familia* romana, come è noto, comprendeva oltre il pater *familias*, sua moglie, i suoi figli, mogli e figli dei suoi figli maschi, gli schiavi ed altri ancora. Il pater *familias* aveva formalmente la proprietà di tutti i beni della *familia* e dei suoi membri. La *familia* era quasi un’entità autonoma: i creditori che stipulavano accordi con i singoli membri della *familia* e non con la *familia* non avevano diritti sul patrimonio di quest’ultima, ma è anche vero che i creditori della *familia* potevano rivalersi sui beni del pater *familias*. In un qualche modo la *familia* operava come una persona giuridica, anche se non vi era alcuna autonomia patrimoniale, ed era il modo in cui generalmente i romani conducevano le proprie imprese commerciali. Anche per questo, alcuni teorizzano, non era sentita la necessità di imprese commerciali che includessero anche membri diversi dalla *familia*.

con la moderna società e il diritto romano non faceva alcuna distinzione tra le obbligazioni della *societas* e quelle dei suoi membri¹⁶.

Forse l'unica forma associativa presente nel mondo romano che può vagamente richiamare il moderno concetto di persona giuridica è la c.d *societas publicanorum*¹⁷. Si tratta di una forma giuridica apparsa intorno al III secolo A.C., creata per la partecipazione di un gruppo di investitori, *publicani*, a gare d'appalto per l'esecuzione di lavori pubblici (quali costruzione di opere, fornitura di armamenti, raccolta delle tasse). Questa *societas* era generalmente costituita da un investitore principale, il quale dava in pegno, a garanzia dell'esecuzione dell'appalto, i propri beni, mentre gli altri investitori potevano intervenire sia come soci "attivi", con un controllo sulla gestione dell'affare ed al contempo responsabili per le obbligazioni conseguenti, o come soci "non attivi", che non avevano il controllo sulla gestione dell'impresa e non rispondevano delle obbligazioni sociali con il proprio patrimonio. Dalle fonti emerge che, intorno al primo secolo avanti Cristo, tali *societates publicanorum* erano diventate assai ampie, con una moltitudine, anche centinaia, di soci "non attivi", i quali potevano liberamente trasferire le proprie quote di partecipazione al capitale¹⁸.

¹⁶ In tal senso H. HANSMANN, R. KRAAKMAN E R. SQUIRE, *Law and the Rise of the Firm*, op.cit., osservano "*Roman law made no distinction between the obligations and assets of the societas and those of its members, precluding the rules of weak asset partitioning that characterize the modern partnership. All the more did the societas lack strong entity shielding: although partners could agree not to withdraw firm assets before the expiration of a term, Roman law enforced such contracts through damages rather than specific performance, making a partner just one among many potential creditors grappling for his copartner's assets when that copartner fell insolvent. Consistent with their lack of entity shielding, most commercial societates had no more than a few members*" op. cit., pp. 19 e 20. Si noti che la *societas* romana era caratterizzata dalla responsabilità *pro rata* dei suoi membri.

¹⁷ Si vedano in proposito, in particolare E. BADIAN, *Publicans and Sinners*, op.cit., pp. 68-69; A. VIGHI, *La personalità giuridica delle società commerciali*, op. cit., pp. 38-46; U. MALMENDIER, *Societas publicanorum*, op. cit., pp. 273-74; W. GOETZMANN e K. G. ROUWENHORTS, *The Origins of Value*, op. cit., p. 31.

¹⁸ Si vedano in proposito H. HANSMANN, R. KRAAKMAN e R. SQUIRE *Law and the Rise of the Firm*, op. cit, i quali affermano "*although we lack direct evidence, the tradability of their shares strongly suggests that the societates publicanorum enjoyed strong entity shielding, at least with respect to their limited partners*". Tali *societas* iniziarono a sparire dalla scena quando Roma cambiò dalla forma repubblicana all'impero nel I secolo A.C.. Infatti da allora gli imperatori iniziarono a prendersi cura e frasi carico direttamente delle opere pubbliche (si veda in proposito M. ROSTOVITZ, *The Social &*

Meno discussa è la questione se i romani conoscessero il principio di responsabilità limitata e delle figure giuridico - economiche che consentissero l'impiego di capitale in un affare con perdite limitate al capitale investito¹⁹. L'istituto più diffuso nella pratica commerciale del mondo romano era il c.d. *peculium*, cui era generalmente collegata una certa dose di responsabilità limitata. Il *peculium* era un istituto in virtù del quale il *pater familias* consegnava ad un proprio schiavo²⁰ una quantità di denaro, *peculium* appunto, da essere utilizzato in attività commerciali²¹.

In tal modo il *dominus* creava un patrimonio separato, il *peculium*, che veniva diviso dal restante patrimonio del *dominus* ed affidato al *servus*, che assumeva le vesti di un imprenditore individuale. La giurisprudenza consacrò tale prassi con l'*actio de peculio vel de in rem verso* e stabilì che la responsabilità del *dominus* verso terzi era limitata all'ammontare del *peculium*.

Dopo la fine dell'impero d'occidente, seguito dagli anni oscuri delle invasioni barbariche, le attività commerciali, soprattutto quelle di una certa misura e di ampio

Economic History of the Roman Empire, op.cit. p.145, ove si afferma che verso 180-192 D.C., intorno al regno di Commodo, l'impero entrò in una fase di totale despotismo, con un forte intervento nell'economia e nel commercio, fino ad allora sostanzialmente lasciati alla libera iniziativa economica. Il risultato finale fu un totale collasso economico.

¹⁹ Si veda in proposito L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, op. cit.: "per quanto sussistano dibattiti sull'esistenza della figura vera e propria della persona giuridica, dotata di autonomia giuridica e patrimoniale, non vi sono dubbi che l'impiego di un capitale in un affare comune a più soggetti, con guadagno comune e perdita limitata alla quota sia un fenomeno giuridico ben noto all'antichità...Così fu probabilmente già nell'epoca ellenica, sicuramente nella romana" p. 201.

²⁰ È da notarsi in proposito che, una delle ragioni principali per cui i romani delegavano lo svolgimento dell'attività commerciale ai propri schiavi, era dato dal fatto che secondo i *mores maiorum* condurre direttamente attività commerciali era ritenuto disdicevole.

²¹ Sia il *peculium* sia tutti gli utili dallo stesso generati restavano in capo al *pater familias*. Il *peculium* aveva un certo grado di autonomia, anche se in caso di default del *peculium* i creditori di questo potevano in via sussidiaria rivalersi sul *pater familias* ovvero sul padrone dello schiavo che conduceva l'attività commerciale con il *peculium*, ma la responsabilità del *pater familias* era in ogni caso limitata al valore del *peculium* più il valore degli utili percepiti dallo stesso. C'è da segnalare che purtuttavia l'autonomia del *peculium* era in generale molto limitata, tant'è che i creditori personali del *pater familias* avevano diritto di rivalersi direttamente su tutti i suoi beni ivi incluso il *peculium*, con uguali diritti dei creditori del *peculium* stesso. Leggermene diverso era il c.d. *peculium castrense* dato dal *pater familias* ad uno dei figli che avesse ottenuto particolari meriti militari. In tal caso ai creditori dell'impresa finanziata con il *peculium* era garantito un privilegio sui beni dello stesso, in preferenza rispetto agli altri creditori del *pater familias*.

raggio, subirono un forte arresto. Per vedere il risorgere di imprese commerciali bisogna attendere la ripresa economica dell'Europa intorno al X secolo D.C.²².

In tale nuovo contesto storico il declino delle grandi strade romane aveva prevalentemente spostato il commercio di lunga distanza per via del mediterraneo. Quindi i centri politici e commerciali più importanti erano i grandi porti commerciali del mediterraneo, ossia le Città Stato di Amalfi, Pisa, Genova e Venezia. A differenza che nell'antica Roma, ove le ricchezze erano soprattutto di natura fondiaria ed il commercio era considerato inopportuno per i cittadini, le Città Stato erano basate sull'attività commerciale. Il risultato fu una legislazione altamente sensibile ai nuovi bisogni dei commercianti: la c.d. *lex mercatoria*, costituita da una serie di regole di commercio che erano sostanzialmente omogenee nelle diverse giurisdizioni²³.

Nell'ambito di una tale società, fortemente influenzata dalla classe mercantile, nascevano una svariata serie di forme e differenti pratiche giuridiche, volte allo svolgimento delle attività commerciali, caratterizzate da un certo grado di autonomia patrimoniale²⁴. Autonomia patrimoniale tuttavia imperfetta, in quanto era volta

²² Si veda in proposito R. S. LOPEZ, 2nd *The Trade of Medieval Europe: The South Cambridge Economic History of Europe*, 1952, p. 306 ed anche, del medesimo autore, *The Commercial Revolution of the Middle Ages*, 1976.

²³ Si veda F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, op.cit., ove si legge in apertura che lo *ius mercatorum* fu "direttamente creato dalla classe mercantile, senza mediazione della società politica, imposto a tutti in nome di una classe, non già dell'intera comunità", p. 11. Mentre nel mondo Romano la regolamentazione dei rapporti commerciali non era differenziata da quella di qualsiasi altro rapporto di diritto civile, anche non commerciale "un distinto diritto commerciale, diverso dal diritto che regola i rapporti non commerciali, fa la propria comparsa solo nel medioevo e, secondo la data generalmente accolta, nel dodicesimo secolo" p. 27. "La riapertura degli sbocchi commerciali al nord e al sud dell'Europa spiega il risveglio, dopo il Mille, dei traffici europei e la ricomparsa in Europa di una nuova classe di mercanti" p. 31. In tale contesto "il diritto commerciale si fa strada come il diritto particolare di una nuova classe sociale in una società che conosce molteplici diritti particolari, di classi di terre, insieme a diritti che aspirano ad essere universali, comuni ad ogni classe e ad ogni terra: il diritto romano, che i glossatori attingono dal *Corpus Iuris* di Giustiniano e il cui persistente vigore fondano sull'autorità dell'Impero; il diritto canonico, che la Chiesa impone a tutti in nome della maiestas del pontefice" p. 41.

²⁴ Così F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, op. cit., "sui beni destinati alla mercatura è impresso il vincolo di destinazione, che i suoi creditori personali debbono rispettare e dal quale il mercante, sebbene proprietario, non può distoglierli. Il principio emerge dalla diseguale posizione nella quale il *ius mercatorum* colloca i creditori del mercante a seconda che siano creditori per causa di commercio oppure creditori per cause estranee al commercio: i primi hanno, sul patrimonio aziendale, un diritto di prelazione sui secondi, né è ammessa compensazione fra crediti del mercante per causa di

esclusivamente a tutelare i beni destinati al commercio, mentre veniva aggravata, in un certo senso, la posizione dei mercanti, che rispondevano dei crediti dell'attività commerciale anche con il proprio patrimonio personale. E ciò non deve stupire: tali norme miravano, infatti, a realizzare gli interessi di espansione economica e di facile reperimento dei finanziamenti della classe mercantile nel suo complesso, al di là della protezione degli interessi particolari dei singoli²⁵.

Le principali pratiche commerciali in uso nel medioevo, da cui deriveranno poi le diverse forme di società di capitali²⁶, sono la "commenda", la "compagnia" e più

*commercio e i suoi debiti personali; onde il mercante non può, allorché contrae debiti estranei al commercio, offrire in garanzia ai creditori il patrimonio aziendale, vincolato de iure a garanzia dei crediti relativi all'impresa; non può, con impieghi devianti, devalorizzare il capitale commerciale, pregiudicare gli interessi di classe dei mercanti, che è l'interesse alla massima valorizzazione del capitale. La meccanica trasposizione di questi principi ai mercanti in società comporta la distinzione, perdurante nel diritto oggi vigente, fra creditori sociali e creditori particolari dei soci: l'autonomia patrimoniale della società non è, storicamente, che un riflesso dell'oggi estinta autonomia patrimoniale dell'impresa" op. cit., p. 49. Tale parziale autonomia patrimoniale, a beneficio solo dei beni destinati alla mercatura, fu resa possibile e forse incentivata dalla rivoluzione nella tenuta delle scritture contabili, dovuta all'introduzione della numerazione araba e alla diffusione della carta relativamente a buon mercato. In tal senso H. HANSMANN, R. KRAAKMAN e R. SQUIRE, *Law and the Rise of the Firm*, op.cit., osservano "Another likely contributor to the rise of entity shielding in the Middle Ages was the medieval revolution in bookkeeping methods. Recordkeeping became cheaper with the introduction of inexpensive paper in Italy in the thirteenth century, and arithmetic became easier with the displacement of Roman numerals by Hindu-Arabic digits in the late fourteenth century. Double-entry accounting, which provided the first workable method for tracking a firm's net value, also appeared in the fourteenth century and spread thereafter. The spread of new commercial practices would have been aided significantly by the development of movable type in the mid-fifteenth century. These innovations made it easier for owners and creditors to assess the value of firm assets and to distinguish permissible from impermissible distributions. The effect was an increase in the reliability of a firm's business assets, as opposed to the personal assets of its owners, as the principal bond for the firm's obligations", op.cit., p. 12. Si veda anche A. W. CROSBY, *The Measure of Reality: Quantification and Western Society, 1250- 1600*, 1997, pp. 199-222 e R. DE ROOVER, *The Commercial Revolution of the Thirteenth Century, Enterprise and Secular Change: Readings in Economic History*, 1953, p. 81.*

²⁵ Così F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, op. cit.

²⁶ Così L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, op. cit. "le diverse forme principali delle imprese sociali hanno diverse radici. La commenda base dell'odierna società in accomandita semplice e della società in accomandita per azioni, serve essenzialmente al commercio di speculazione, è in origine principalmente società per affari d'occasione, più tardi anche società industriale, e prima di tutte ha raggiunto un pieno perfezionamento, sia nella consuetudine commerciale che nel diritto statutario. L'odierna società in nome collettivo" (la compagnia), "fin dal principio società industriale, ha radici principalmente nell'economia domestica dei membri della famiglia, ma non ha certo preso solo da tale economia i suoi principi giuridici direttivi. La società per azioni finalmente ha radici nell'istituzione del prestito pubblico e delle colonie. Ciascuna di queste

tardi anche le istituzioni di prestito pubblico.

(i) La “commenda”, da cui nascerà la società in accomandita per azioni, era principalmente un mezzo per finanziare il commercio marittimo. La “commenda” generalmente aveva due membri: l’investitore, che provvedeva a fornire il capitale, e il *tractor*, che provvedeva a gestire il commercio marittimo e forniva la forza lavoro (sovente si trattava anche del vettore). La “commenda” era generalmente formata per un unico viaggio (in mare), alla fine del quale i profitti venivano divisi tra i due soci in base a percentuali prestabilite. Spesso il socio investitore godeva della responsabilità limitata e le sue quote di partecipazioni nell’affare erano trasferibili²⁷.

forme principali è sorta indipendentemente dalle altre – [...] - però una volta sorte hanno avuto in vari modi influenza le une sulle altre” p. 201.

²⁷ Secondo i più la “commenda” costituisce l’eccezione alla generale mancanza di forti entità giuridiche nel mondo antico, ed è il vero precursore del più moderno concetto di società di capitali. Così la definisce F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, op. cit. “il finanziamento si attuava, essenzialmente, in forme societarie, fra le quali dominava la figura dell’accomandita, che nelle sue più lontane origini era stata, sotto il nome di “commenda”, una operazione di credito del commercio marittimo (il capitalista affidava denaro ad un mercante dietro partecipazione agli utili che quest’ultimo ne aveva ricavato da una spedizione commerciale d’oltre mare); poi assunse, mentre si estendeva al commercio terrestre, la struttura di un contratto di società, utile alle parti per sfuggire al temibile divieto canonico dell’usura, doppiamente utile per la classe mercantile, perché il capitale apportato dall’accomandante diventava, con la trasformazione dell’accomandita in società, capitale di rischio. L’accomandita si colloca così all’origine della tendenza, che la classe mercantile svilupperà poi su larga scala con le compagnie delle indie del seicento e del settecento, a coinvolgere nel rischio delle proprie imprese le altre classi detentrici della ricchezza” p. 48. Si noti in proposito che alcuni studiosi fanno risalire l’origine dalla commenda al diritto islamico e, in particolare alla c.d. mudaraba, utilizzata per il finanziamento delle spedizioni navali dei mercanti dell’Africa settentrionale sin dal XI secolo; si veda in proposito G. ROSSI, *Dalla Compagnia delle Indie al Sarbanes-Oxley Act*, op. cit.. Si veda in merito anche L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, op. cit., il quale afferma: “può provarsi l’esistenza della commenda bancaria, cioè del depositum irregolare modificato con gli elementi della società, ed è inconcepibile che non esistesse anche la ripartizione del guadagno nell’affare di speculazione d’oltre mare, alla quale dovette anzi essere per sua natura più antica: nell’epoca bizantina quest’ultima si trova come prestito a cambio marittimo modificato secondo le forme della società, cioè come affare di credito marittimo nella forma di commenda [...]. Da questo ha preso le mosse lo sviluppo giuridico dei paesi mediterranei nel medioevo, come dimostrato dalla esuberanza di termini greci di *taxigium*, pari a viaggio, e *heutica*, entica, pari a quota capitale”. Lo stesso autore sostiene poi “[...]la parola *commendare*, pari a raccomandare, affidare (*cummandare*), si trova come espressione della lingua degli affari già nell’antichità; e nella lingua giuridica è spiegata con l’espressione *deponere*, non pienamente corrispondente; poi nel medioevo per ogni affidamento (raccomandazione) di averi e persone, per lo meno nel caso che sia fatto nell’interesse di chi da, nei più svariati rapporti di fedeltà, di protezione di prestito del diritto privato, pubblico e canonico. [...]L’affare richiede un capitalista, che per lo più rimane in patria, il quale da merci, denaro, nave (*commendator*, *socius stans*) e un “intraprenditore” (che viaggia) (*tractator*, *portitor*, *portator*, [*ac*] *comandarius*) – non di rado vettore (*capitano*) ad un tempo – il quale col capitale affidatogli intraprende affari oltre mare, più tardi anche nel continente: *portat* (*transmare ed in terra*) *laboratum*,

(ii) La “compagnia”, da cui avrà origine l’odierna società in nome collettivo, costituiva il veicolo principale per la conduzione di imprese commerciali di natura familiare, tali imprese si ampliarono via via, aggiungendo anche membri non collegati alla famiglia. Si formò così anche una regola in virtù della quale i creditori della “compagnia” vantavano un certo privilegio sui beni della stessa rispetto ai creditori dei soci. Viceversa, i creditori dei soci non vantavano alcun privilegio sul patrimonio personale di questi e la “compagnia” era caratterizzata dalla responsabilità solidale dei soci per le obbligazioni sociali²⁸.

(iii) Le istituzioni di prestito pubblico e le compagnie coloniali, di cui si parlerà più diffusamente a breve, da cui deriverà la società per azioni, possono farsi risalire ai gruppi di creditori dei comuni, che in alcune città, come a Genova, si riunirono dando forma a vere e proprie organizzazioni stabili, ove le quote di

*cioè fa “lavorare” il capitale a scopo di guadagno. Se ne trovano due specie: nei tempi antichi con la sola “partecipazione unilaterale al capitale”, il tractator (per lo più povero) presta soltanto il lavoro mercantile (industriale); nei tempi più inoltrati spesso, anzi in certe regioni prevalentemente, con partecipazione (per lo più esigua) al capitale anche del tractator (commenda con “partecipazione bilaterale al capitale”); questa specie è chiamata prevalentemente collegantia (Venezia), o societas (maris...terrae)”. Si vedano in proposito anche H. HANSMANN, R. KRAAKMAN E R. SQUIRE, *Law and the Rise of the Firm*, op. cit, p. 14.*

²⁸ Così F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, op. cit., “L’ipotesi, frequente, in cui più mercanti esercitassero in società una medesima attività mercantile (e la società si presumeva, nei tempi più antichi, fra tutti i componenti la famiglia del mercante) venne totalmente sottratta alla norme del diritto romano: lo schema della societas romanistica apparve inadeguato di fronte al mutato spirito dei traffici; nacque un nuovo tipo di società, corrispondente all’attuale società in nome collettivo. Negli statuti il suo nome fu “compagnia”; nel linguaggio dei giuristi dell’epoca si parlò di societas mercatorum...Al rapporto si applicava il ius mercatorum, anziché il diritto romano, in ragione del fatto che il vincolo sociale univa fra loro più mercanti i quali esercitavano la medesima impresa. Un primo carattere innovativo fu la responsabilità illimitata e solidale di tutti soci per le obbligazioni sociali [...].Fu abbandonato il principio dell’unanimità; né fu introdotto il principio di maggioranza, che pone una minore remora, ma pur sempre una remora, alla conclusione degli affari. Fu poi introdotto un principio che era del tutto antitetico rispetto all’unanimità quello dell’indipendenza del poter di amministrazione di ciascun socio” (p.55). Inoltre si noti che nella “compagnia” inizialmente solo il mercante personalmente poteva andare fallito, anche se gradualmente si formò la regola secondo cui anche le compagnie potevano fallire, così H. HANSMANN, R. KRAAKMAN E R. SQUIRE, *Law and the Rise of the Firm*, op. cit., i quali affermano p. 92: “If a member of a partnership became subject to bankruptcy in connection with a debt of the partnership (for example by failing to pay — or fleeing from — such a debt), then all other partners of that firm would also be declared bankrupts regardless of their individual solvency. The result was that when a partnership failed to pay its debts, all partners could be thrown into bankruptcy, and all creditors of the partnership would be able to seize a portion of each partner’s assets, including assets held by the partnership. Moreover, the partnership creditors would first have to exhaust partnership assets before taking the partners’ personal assets”.

partecipazione alla società erano suddivise in parti uguali e liberamente trasferibili²⁹.

È importante qui rilevare che sempre in questo periodo, con la Banca dei Medici, esordisce anche una delle prime forme di gruppi di imprese³⁰.

Sempre nel medioevo, ma in via del tutto autonoma e indipendente dai traffici commerciali e nel diverso contesto del diritto canonico, si andava anche sviluppando

²⁹ Così L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, op. cit., ove si legge “Già per tempo infatti il bisogno di capitali degli Stati e dei Comuni italiani, cagionato dalle crociate e da funzioni economiche d’altro genere, richiese grandi prestiti “pubblici”, cioè con la partecipazione di tutti i cittadini, o almeno di molti di essi, e certo anche di stranieri. Un fondo di prestito così raccolto era chiamato, come altre riunioni di capitali, *mons* (monte) anche *massa*, in Genova talora “*moana*”. Esso veniva annotato in un registro del debito pubblico (detto comunemente “*cartulario*”) coi nomi dei creditori dello stato, e a facilitare i conti, era diviso in un certo numero di parti uguali (*loca*, luoghi, *partes*, in Genova sempre superiori a 100 lire), le quali trattate come cose mobili (malgrado l’eventuale garanzia immobiliare), solevano essere liberamente alienabili e trasmissibili per eredità e privilegiati in più modi, specialmente con l’esenzione da sequestro e anche da imposte [...] Esisteva così una comunanza di interessi dei creditori dello Stato, la quale tanto più abbisognava di una stabile organizzazione, in quanto che certo senza eccezione per la sua garanzia riguardo ai frutti (elevati) (“*gabellie*”) “vendute”, cioè date in appalto, e quindi soleva essere nello stesso tempo una società di appaltatori di imposte. Da questa “*compera delle imposte*” spec. in Genova, [...] Il capitale di fondazione del gruppo così ordinato dei creditori dello Stato era dunque composto dall’ammontare del prestito già pagato (secondo il valore nominale....); le quote aritmicamente uguali (*loca*, luoghi) erano parte di un credito complessivo di capitale e interessi verso lo Stato e delle entrate destinate a garantire questo credito complessivo, ed anche di privilegi utilizzabili, come monopoli commerciali, diritti di banca, ecc. [...] Tuttavia, a quanto può vedersi, queste associazioni di capitali dei creditori dello Stato, muniti di funzione pubblica, dette *societates operarum*, ed anche *montes* (in Genova talora *monae*), non sono dappertutto ad un duratura organizzazione autonoma. [...] Per contro la *maona* [...] di Genovesi di Chio e di Focea (“*foglie vecchie*” e “*nuove*”) detta anche *Maona dei Giustiniani* (1346-1556) è senza dubbio una società una società per azioni coloniale. A tenore di una deliberazione dell’assemblea popolare Genovese, Simone Vignosi con altri 28 privati, e con la partecipazione di numerosi cittadini, armò nel 1346 a proprie spese, 29 galere, con le quali più tardi fu conquistata Chio e l’antica e la nuova Focea” pp. 228-230.

³⁰ Così H. HANSMANN, R. KRAAKMAN E R. SQUIRE, *Law and the Rise of the Firm*, op. cit., i quali affermano “Until the middle of the fourteenth century, each of the largest Italian firms, including those with branches in many countries, was organized as a single partnership. In the early 1340s, the largest of these firms — then located in Florence — all collapsed, evidently as a consequence of macroeconomic factors. When the Medici started putting together their own international firm about fifty years later they formed it not as a single partnership, but rather as a series of firm that overlapped at a common point like spokes in a wheel. Each branch office had its own partnership in which local managers signed on as junior partners, and the Medici family — placed as the firm’s hub — took the majority position. By hiving of each branch into a separate firm in this way, the Medici relieved junior partners in one location from joint and several liability for debts incurred elsewhere, thus according each junior partner a degree of owner shielding not available in the large “*compagnie*” of the early fourteenth century. Of course, the Medici’s particular solution to the problem presupposed a family wealthy enough to stand at the firm’s contractual intersection, and thus was not widely replicable”, p. 82.

il concetto di *persona ficta*, da cui si prenderanno le mosse nell'ottocento per potenziare la figura della persona giuridica³¹.

La classe mercantile, che aveva dominato nelle Città Stato, non fu in grado di sviluppare una propria direzione politica e mantenere così il potere e, alla fine del medioevo, la scena politica era ormai dominata dagli stati monarchici.

Ed è proprio nel periodo dell'assolutismo monarchico, tra il XVII e il XVIII secolo, che nascono le Compagnie delle Indie, in Olanda prima, in Inghilterra e in Francia poi. Sono le prime grandi imprese dell'era moderna, gli archetipi di quella che diverrà, con le codificazioni dell'800, la forma giuridica tipica dell'impresa capitalistica, la società per azioni.

Le esplorazioni e gli insediamenti coloniali richiedevano ingenti finanziamenti e comportavano insieme alti rischi di perdita. Per attrarre i finanziatori, i sovrani iniziarono a concedere una serie di privilegi alle Compagnie Coloniali, costituite per lo sfruttamento economico delle terre del Nuovo Mondo, tra cui il privilegio della responsabilità limitata³² e la possibilità di dividere il capitale in azioni³³. Ciascuna

³¹ Sinibaldo dei Fieschi (Papa Innocenzo IV dal 1254) sviluppò l'idea fisiologica di un'alterità rispetto all'uomo, ossia la teorizzazione dell'esistenza di una realtà diversa, ancorché spirituale e metafisica, concepibile solo con gli strumenti della fede in Cristo. Ciò al fine di poter affermare che la volontà della Chiesa intesa come comunità di fedeli non era la semplice somma aritmetica della volontà dei suoi appartenenti e non era nemmeno la volontà del Santo Patrono che li rappresentava, bensì la volontà superiore della *congregatio fidelium* che San Paolo chiamò "*corpus mysticum Christi*". Sinibaldo de Fieschi fece quindi ricorso all'espedito semantico e intellettuale della *persona ficta*, ossia al concetto di una nuova persona che nasce e vive grazie ad un atto creativo ed immaginativo della mente dell'uomo. In tal modo si ravvisava nella "istituzione divina" il fondamento della Chiesa. Tale concetto fu successivamente esteso alle fondazioni, agli istituti pii ed alle scuole connesse alla Chiesa. All'elaborazione di Sinibaldo dei Fieschi Comm., ad C. 57 X, 2, 2°, si è soliti attribuire il merito di aver posto le premesse della "persona rappresentata", ovvero la persona costruita con la nostra mente. Tale idea fu successivamente ripresa da Bartolo da Sassoferrato e quindi da F.C. SAVIGNY. Per un'esposizione dell'evoluzione della personalità giuridica nel diritto canonico e nel diritto intermedio si veda G. CATALANO, *Persona giuridica*, (diritto intermedio), op.cit., p. 1032; I. BIROCCHI, *Persona giuridica nel diritto medioevale e moderno*, op.cit., vol. XIII, p. 407. Si veda altresì UGOLINO DEL PRETE (fine XII sec.-1235?, Summa Digest. 3, 4, n.1): "*Universitas est plurium corporum collectio inter se distantium, uno nomine specialiter eis deputato*".

³² Così F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, op. cit., p.81, segnala che "*Il beneficio della responsabilità limitata incideva sul rapporto fra proporzioni dell'iniziativa economica intrapresa ed entità a rischio: esso faceva sì che le vaste proporzioni della impresa diventassero incentivo, e non una remora, per il mercante al quale si dischiudeva la prospettiva di immensi profitti e non, per il caso di insuccesso*

compagnia si formava per atto di concessione sovrana, sulla base di una speciale “carta”, promulgata appunto dal sovrano e dotata dei privilegi concessi. Si trattava di una sorta di “patto”, concluso tra il sovrano e gruppi imprenditoriali di varia origine³⁴.

Tali incentivi, o privilegi, al tempo delle Compagnie Coloniali, trovavano giustificazione nelle rilevanti dimensioni dell’impresa, volta ad operare su scala internazionale per lo sviluppo dei commerci con le “nuove terre” e negli ingenti rischi che tali imprese comportavano, ma soprattutto nel fatto che le imprese coloniali

dell’iniziativa, quella di altrettanto ingenti perdite: le eventuali perdite della società, per elevate che potessero rivelarsi, non avrebbero toccato il suo patrimonio se non nei limiti del capitale conferito”

³³ Ancora una volta F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, op. cit., p. 81: “L’altro carattere della nuova figura societaria, la divisione del capitale sociale in azioni, doveva valere come incentivo, piuttosto che per la classe mercantile, per le altre classi detentrici di ricchezza. La qualità di socio è incorporata in un titolo, l’azione, che è liberamente trasferibile e del quale si può facilmente realizzare il controvalore in danaro. Al vantaggio di concorrere nei lucri del commercio senza assumere il rischio illimitato – vantaggio già offerto, nell’epoca anteriore, dalla società in accomandita – si aggiunge un vantaggio ulteriore: quello di poter disporre della propria partecipazione alla società come si dispone di qualsiasi bene mobile. Con l’azione la partecipazione sociale diventa, essa stessa, una valore di scambio, una nuova forma di ricchezza mobiliare, più allettante di altri valori mobiliari, giacchè dall’azione ci si può attendere una rendita (in forma di dividendi pagati dalla società) a differenza di quanto accade per gli investimenti in oro e preziosi (anche se l’azione non offre come questi, la garanzia della stabilità di valore, dipendendo il suo valore di mercato dalle sorti della società che la ha emessa); in qualche misura più allettante, per la sua facile vendibilità, dello stesso investimento immobiliare (anche se il proprietario di azioni corre un rischio che il proprietario immobiliare non corre, quello di trovarsi fra le mani, in caso di fallimento della società, un’inutile pezzo di carta)”.

³⁴ La carta della Compagnia delle Indie Orientali del 1664 analogamente a quella delle Compagnie delle Indie Occidentali, dello stesso anno, stabilisce che i direttori e i privati interessati non potranno essere tenuti per qualsiasi causa o pretesto a fornire alcuna somma al di là di quella per la quale essi si sono obbligati nella prima costituzione della Compagnia (art. 2). Gli amministratori, in quanto tali, non assumono alcuna responsabilità: “i direttori della suddetta Compagnia non potranno essere inquisiti né subire coercizione nelle loro persone e nei loro beni per ragione degli affari della compagnia” (art. 5). Il sostegno dello stato presentava, naturalmente, anche altri caratteri ben più vistosi: lo stato armava le flotte e muoveva gli eserciti, apriva con la violenza la strada alle compagnie coloniali, ciò che corrispondeva ad un preciso impegno assunto dal sovrano con l’atto di costituzione: “promettiamo alla detta Compagnia” si legge nell’art. 40 della Declaration du Roy, costituiva della Compagnia delle Indie Orientali – “di proteggerla e di difenderla verso e contro tutti e di impiegare la forza delle nostre armi in ogni occasione per mantenerla nella piena libertà del suo commercio e della sua navigazione”. Si veda P. UNGARI, *I precedenti storici del vigente diritto delle società per azioni*, in *Ricerca sulle società commerciali. Linee evolutive della legislazione italiana e ordinamenti stranieri*, a cura del servizio studi legislativi e inchieste parlamentari, Roma, 1968, p. 4. Si segnala in proposito che la carta di costituzione della Compagnia delle Indie orientali del 1664 analogamente a quella della Compagnia delle Indie occidentali dello stesso anno (si veda *Conférences des ordonnances de Louis XIV*, II Paris, 1719, p. 483 e ss.).

costituivano strumento di attuazione della politica di colonizzazione del sovrano, che ampliava il proprio potere attraverso di esse.

Ciò che fondamentalemente rendeva diversa la società per azioni dalle preesistenti forme societarie, che già conoscevano la responsabilità limitata per alcuni soci dell'impresa, è che in questo caso il beneficio della responsabilità limitata era concesso a tutti i membri, anche ai soci gestori, e quindi in particolare era esteso, seppure in via di eccezione, anche alla classe mercantile.

I benefici concessi, e le infinite ricchezze derivanti dal "nuovo mondo", incentivarono la classe mercantile alla costituzione di società sempre più ampie, ove convergevano investimenti del Sovrano, dei mercanti e dell'aristocrazia terriera. Si poté così assistere a un primo fenomeno di "socializzazione", seppur solo parziale, del capitale³⁵. Sarà poi con la rivoluzione industriale che si assisterà ad una vera e propria socializzazione del capitale.

Fino agli inizi dell'800, quindi, il concetto di responsabilità limitata in ambito societario restò un privilegio eccezionale, concesso per particolari esigenze economico-imprenditoriali, cui era completamente estraneo il concetto di persona giuridica, la cui elaborazione restava, invece, confinata nell'ambito del diritto ecclesiastico.

³⁵ Si trattava di una socializzazione solo parziale in quanto il fenomeno era sostanzialmente ristretto a determinate categorie di investitori. Si veda AA.VV. *Le Compagnie olandesi del secolo XVII nelle Relazioni degli ambasciatori veneti*, in *Riv. Soc.*, 1960, p. 584 e ss. in particolare la relazione, del 1610, dell'ambasciatore veneto Tomaso Contarini, ambasciatore veneto ad Amsterdam, che così descrisse la composizione del capitale sociale della Oost-Indische Compagnie: "*di sei milioni et seicento milli fiorini di Fiandra, che sono soldi cinquanta per uno, è il capitale di questa compagnia dell'Indie, nella quale sono interessate persone di ogni qualità havendone parte pmercanti et del paese et stranieri, et oltre molti cavalieri Inglesi et Francesi, dicevasi anco l'istesso Re di Francia; essendo ella già stata formata libera, con facoltà a chi si voglia nel termine di sei mesi di entravi per la summa, che più gli piacesse. Onde fra i servitori et le serventi delle case in quelle parti molti vi sono, che hanno voluto havervi portione, qual di trenta, qual di cinquanta fiorini più et meno, secondo la misura et le forze della loro povera fortuna*".

1.3. L'ERA DELLE CODIFICAZIONI

Con l'avvento della rivoluzione industriale alla c.d. "socializzazione" del capitale fa eco una vera e propria diffusione del potere economico. L'epoca della rivoluzione industriale e della produzione industriale di massa imponeva la trasformazione del principio della responsabilità limitata delle società di capitali da privilegio a forma di ordinaria, caratterizzante il tipo di società per azioni.

La grande impresa non era più, come all'epoca delle Compagnie delle Indie, un fenomeno di natura eccezionale. Oramai la grande impresa era diventata un fenomeno ordinario dell'economia, anzi, addirittura un istituto imposto dalla produzione industriale di massa. L'evoluzione tecnico-industriale, resa possibile dall'introduzione delle macchine nel processo produttivo aveva imposto la nascita e la crescita della grande impresa e la responsabilità limitata era indispensabile per poter raccogliere i grandi capitali necessari al suo sviluppo ed al suo funzionamento: fu così che il principio di responsabilità limitata diventò principio di diritto comune³⁶, sostenuto dai legislatori nazionali anche in quanto ritenuto idoneo a consentire una crescita economica più democratica.

Il percorso volto al riconoscimento giuridico di tali principi si articola con modalità diverse nei paesi di *civil law* e di *common law*.

1.3.1. I sistemi di *civil law*

È con la rivoluzione francese ed il successivo codice di commercio napoleonico del 1807 che la società per azioni diventa una figura tipica a fianco dei

³⁶ Si veda P. VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali*, op. cit. pp. 29, e 75; P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1961, I, p. 442. Si noti tuttavia che tale interpretazione non è affatto condivisa, e ad esempio S. BAINBRIDGE in *Abolishing veil piercing*, *Harvard Law School*, August 2, 2000, in www.ssrn.com, osserva come l'economia si sia ampiamente sviluppata, sino ad epoche recenti, attraverso forme giuridiche che non prevedevano affatto il principio di responsabilità limitata. L'autore prende ad esempio la storia della California, ove il principio di responsabilità limitata come regola di *default* delle società di capitali è stato introdotto solo a metà degli anni 30.

tipi già conosciuti nel periodo medioevale. Si legge nell'art. 19 del Code de Commerce: *“la legge riconosce tre specie di società commerciali: la società in nome collettivo, la società in accomandita, la società anonima”*³⁷. E le società per azioni, o meglio le c.d. *sociétés anonymes*, chiamate così perché le azioni non erano nominative e quindi tutelavano meglio l'anonimato chiesto dal mercato³⁸, venivano legislativamente dotate delle caratteristiche proprie della responsabilità limitata e della divisione del capitale in azioni³⁹.

Restava tuttavia, quale baluardo dell'antico sistema di concessione sovrana, la necessità dell'autorizzazione governativa per la costituzione della società anonima. Infatti, per espresso intervento di Napoleone⁴⁰, l'art. 37 del Code de

³⁷ Il relatore Regnaud de Saint Jean d'Angély presenta la società per azioni come segue: *“un mezzo efficace per favorire le grandi imprese, per chiamare in Francia i capitali stranieri, per associare la stessa mediocrità, e quasi la povertà, ai vantaggi delle grandi speculazioni”*. Code de commerce précédé des rapports fait au Corps législatifs, Gênes, 1807, p. IX.

³⁸ Tale restò la denominazione delle società a responsabilità limitata anche nell'ambito del diritto italiano sino all'introduzione del Codice Civile del 1942.

³⁹ Da notarsi che, subito dopo la rivoluzione, tutte le società per azioni esistenti erano state sciolte in quanto considerate un residuo dei privilegi sovrani. Ma il provvedimento fu presto revocato. Come osserva F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, op. cit p. 141: *“la soppressione dei privilegi sovrani non comportò l'abolizione della società per azioni, comportò invece la affrancazione di questa da ogni forma di privilegio e la sua trasformazione in ordinario tipo di società, al fianco degli antichi ordinari tipi della società in nome collettivo e della società in accomandita. La produzione industriale di massa, resa possibile dalla introduzione delle macchine nel processo produttivo, imponeva questa trasformazione”*. Quanto al principio della responsabilità limitata si vedano gli art. 33 e 34 del Code de Commerce, laddove il beneficio della responsabilità limitata, unitamente alla divisione del capitale sociale in azioni non si configurano più come un privilegio ma diventano le caratteristiche proprie di uno specifico tipo di società.

⁴⁰ P. UNGARI, *I precedenti storici del vigente diritto delle società per azioni*, in *Ricerca sulle società commerciali, linee evolutive della legislazione italiana e ordinamenti stranieri*, Roma, 1968, p. 8 e ss *“nel corso dei lavori preparatori pesò duramente in questa materia la mano di Napoleone. Ogni resistenza dovette alla fine piegare alle ragioni fatte valere in suo nome da Cambacérès: garantire anzitutto i sottoscrittori e i terzi contro i pericoli e le seduzioni della speculazione, sbarrare la strada all'insidia delle clausole vessatorie insinuate dai promotori. Controllo amministrativo permanente, dunque, ma ampiamente giustificato con motivi di squisita indole privatistica. Solo di sfuggita l'arcicancelliere dell'impero accenna ad un più alto fondamento razionale, la dove osserva che avrebbe potuto rivendicare a giusto titolo libertà intera chi gestisse con rischio capitali propri, non già chi invece, per il fato stesso di diffondere le azioni nel mercato, faceva appello al capitale della nazione”*. Ma per Ungari *“la vera, anche se non dichiarata, preoccupazione napoleonica, era di “alta polizia”, di politica autoritaria. La logica centralistica del sistema imperiale non ammetteva la formazioni di grandi potenze sociali indipendenti. L'anonima, come ogni cosa, doveva restare saldamente in pugno a governo”*. Il relatore REGNAUD DE SAINT JEAN D'ANGÉLY, di cui alla nota che precede, dopo aver illustrato i benefici del principio di responsabilità limitata, precisa *“troppo*

Commerce diceva che *“la società anonima non può esistere se non con l'autorizzazione del governo e con l'approvazione dell'atto che la costituisce. Tale approvazione deve essere data nella forma stabilita dai regolamenti di pubblica amministrazione”*⁴¹. L'autorizzazione governativa, quale elemento di transizione tra il precedente sistema di autorizzazione sovrana e il nuovo statuto imprenditoriale, manifestava il ruolo di mediazione statale tra la classe imprenditoriale e altre classi detentrici di ricchezza⁴². Tramite tale autorizzazione si bilanciavano, in chiave politica, esigenze di sviluppo dell'iniziativa economica, agevolate dal riconoscimento della responsabilità limitata, con le ragioni di tutela dei creditori e degli investitori⁴³.

spesso associazioni mal combinate nella loro origine, o male amministrate nelle loro operazioni, hanno compromesso il patrimonio degli azionisti e degli amministratori, momentaneamente alterato il credito generale, messo in pericolo la tranquillità pubblica”. Da notarsi in proposito che in Francia pesava ancora profondamente il ricordo della disastrosa esperienza della *“Bank of di Law”*, creata dal famoso scozzese John Law, da alcuni considerato uno dei padri della moderna economia monetaria, e certamente uomo capace di grandi azzardi (se sol si pensa che egli fu chiamato a fungere da comprimario nell'Europa del primo Settecento, quale fondatore della *Bank of Law* da PHILIPPE D'ORLÉANS, reggente di Francia, che si dice lo avesse conosciuto sui tavoli da gioco, per risanare le finanze francesi e porre sotto controllo la crescente inflazione). La Banque Générale Privée dello speculatore scozzese emetteva “banco-note” accettando come conferimenti titoli di Stato e bonds del governo francese. Inizialmente gli affari andarono bene, e la banca, i cui titoli erano persino garantiti dalla corona, assorbì la Compagnia delle Indie Francese, presto rinominata da JOHN LAW “Mississippi Company”, assumendo così il controllo di tutte le attività coloniali di quella che era allora la maggiore potenza mondiale. La diffusione di informazioni esagerate e non veritiere sulle ricchezze dei possedimenti coloniali, e in particolare della Louisiana (che decenni più tardi Napoleone cederà al neonato governo americano) fecero impennare i prezzi delle azioni della società di Law: nei primi sei mesi del 1720 il prezzo salì da 500 a 15.000 franchi per azione. Ma nell'estate dello stesso anno la bolla scoppiò, e le azioni crollarono. Law, ricercato dalla polizia del Reggente di Francia e da non pochi dei suoi numerosi creditori ed ex soci, finì i suoi giorni in miseria a Venezia.

⁴¹ Un'Istruzione del Ministero dell'Interno del 16 gennaio del 1808 precisava poi gli accertamenti cui doveva tendere l'istruttoria governativa preliminare, demandata ai prefetti, i quali dovevano *“verificare la qualità e la moralità tanto degli autori del progetto quanto dei petizionari; esporranno il loro parere sull'utilità dell'affare, sulla probabilità del successo che esso potrà ottenere, dichiareranno se l'impresa non sembra punto contraria ai consumi, alla buona fede del commercio, e al buon ordine degli affari in generale: faranno delle ricerche sulle facoltà dei petizionari in modo da assicurarsi ch'essi sono realmente in stato di conferire la somma per la quale intendono di essere interessati”*, si veda J.G. LOCRÉ, *Spirito del Codice di Commercio*, Parigi, 1929, p. 159 e ss.

⁴² Si veda F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, op. cit., p. 144.

⁴³ Le codificazioni dell'Ottocento, pur riconoscendo il principio generale della responsabilità limitata delle società di capitali, non sanciscono quindi il dominio della classe dei mercanti sugli altri gruppi sociali, ma tendono a coordinare gli interessi contrapposti fondando un modello di impresa capitalistica basata essenzialmente sulla ricerca del consenso.

Merita un cenno la circostanza che nell'ambito dei progetti di codice di commercio formulati sotto l'Italia Napoleonica⁴⁴ ed in particolare nel c.d. "secondo progetto", non era previsto l'obbligo della autorizzazione governativa per la costituzione delle società anonime⁴⁵. La codificazione peraltro non fu mai attuata, poiché Napoleone, dopo aver favorito le iniziative italiane di codificazione, estese d'imperio all'Italia i Codici Francesi, compreso quello di commercio, che entrerà in vigore in Italia il 1° settembre 1808.

La figura della società anonima, cui si correlava il riconoscimento della responsabilità limitata, si diffuse poi dalla Francia a quasi tutta Europa, tramite la forza delle armi. Fu, infatti, con le conquiste napoleoniche che il Codice di Commercio si andò ampiamente estendendo.

Le codificazioni napoleoniche sopravvissero poi alla caduta dell'impero, e costituirono la base per le progressive codificazioni dei paesi europei: la figura tipica della società anonima era ormai un dato di fatto.

Il Codice Austriaco del 1811 accoglieva formalmente il concetto di persona giuridica (ed anzi, come per un certo periodo verrà chiamata di "persona morale"): l'idea di un soggetto diverso dall'uomo, titolare autonomo di diritti e di doveri, era finalmente penetrata nel linguaggio legislativo e stava per essere ufficializzata quale categoria sistematica dei codici civili europei⁴⁶.

⁴⁴ Per uno sguardo più approfondito si veda A. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, op. cit., p. 113 e ss.

⁴⁵ Circostanza interessante, come rileva A. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, op. cit., "Se si rammenta che in Europa – Francia, Inghilterra, Italia – la necessità dell'autorizzazione governativa per la società per azioni si mantenne fino al settimo decennio dell'800, e che il primo esempio di legislazione liberale su questo punto fu quello dello stato di New York del 1811, è difficile resistere alla tentazione di dare un rilievo notevole a questa coraggiosa innovazione italiana del 1806, pur rimasta allo stadio di progetto." p. 113 e ss.

⁴⁶ Fatta eccezione per il *Code Napoleon* che ancora la ignorava il codice austriaco parla di "persona morale". Così anche il Codice delle Due Sicilie del 1819 ove si legge "la Chiesa, i Comuni, le corporazioni, e tutte le società autorizzate dal Governo, si considerano moralmente come altrettante persone. Godono dell'esercizio dei diritti civili secondo le leggi vigenti". Il Codice Albertino del 1837 all'art. 25 recita "La Chiesa, i Comuni, i pubblici stabilimenti, le società autorizzate dal Rè, ed altri corpi morali si considerano come altrettante persone e godono di diritti civili sotto le modificazioni dettate

Nell'ordinamento italiano, il Codice Civile del 1865⁴⁷ recepiva la concezione della persona giuridica, come soggetto di diritto per legge, sancendo all'articolo 2 che *"i comuni, le provincie, gli istituti pubblici civili ed ecclesiastici ed in genere tutti i corpi morali legalmente riconosciuti, sono considerati come persone, e godono dei diritti civili secondo la legge e gli usi osservati come diritto pubblico"*. Il codice di commercio del 1882 riconosceva la soggettività a tutte le società commerciali, siano esse società di persone o di capitali⁴⁸. Il codice di commercio disciplinava espressamente lo statuto giuridico di tre tipologie distinte di società commerciali: quella in nome collettivo, caratterizzata dalla responsabilità illimitata di tutti i soci; quella in accomandita, con un regime di responsabilità misto (ovvero illimitato, per i soci accomandatari, e limitato, per i soci accomandanti), ed infine la società anonima *"nella quale le obbligazioni sociali sono garantite soltanto limitatamente ad un*

dalle leggi". Ed ancora nel codice civile italiano del 1865, erano considerate come persone *"tutti i corpi morali legalmente riconosciuti"* art. 2. Il termine, venne quindi sostituito, grazie all'opera di SAVIGNY, con quello di persona giuridica, o *"giuridiche person"*: da un lato *"persona"* per il suo essere, al pari dell'uomo, centro di imputazioni di diritti e di doveri; e dall'altro *"giuridica"*, perché intesa esclusivamente per uno scopo giuridico, quello per la cui realizzazione il legislatore è stato indotto alla finzione. La dizione persona giuridica fa la sua prima comparsa nella nostra legislazione con la legge del 17 maggio 1863 sulla cassa depositi e prestiti; mentre la dizione personalità giuridica è utilizzata nella legge 15 aprile 1886 sulle società di mutuo soccorso.

⁴⁷ Il primo codice civile dell'Italia unita fu promulgato il 25 giugno 1865 ed entro in vigore il 1° gennaio 1866. Tra le principali differenze rispetto al codice napoleonico del 1808, già esteso al Regno di Italia e agli altri territori italiani su cui si era affermato il dominio napoleonico, vi era proprio quanto sancito dall'art. 2 che attribuiva rilievo ai c.d. corpi intermedi (solo a quelli *"legalmente riconosciuti"*). Un analogo impiego del termine *"corpi morali legalmente riconosciuti"* era già avvenuta in alcuni codici preunitari, quali il codice civile albertino del 1837 (art. 25: *"la Chiesa, i Comuni, i pubblici stabilimenti, le società autorizzate dal Re, ed altri corpi morali si considerano come altrettante persone, e godono dei diritti civili sotto le modificazioni determinate dalle leggi"*), ed il codice civile del Regno delle Due Sicilie del 1819 (art. 10: *"la Chiesa, i Comuni, le corporazioni, e tutte le società autorizzate dal Governo si considerano moralmente come altrettante persone. Godono dell'esercizio dei diritti civili, secondo le leggi vigenti"*).

⁴⁸ Si veda *Codice di Commercio*, 1882, art. 8 *"Sono commercianti coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale e le società commerciali"*. L'art. 76 dispone che *"le società commerciali hanno per oggetto uno o più atti di commercio e si distinguono nelle specie seguenti [...] la società in nome collettivo [...] la società in accomandita [...] la società anonima [...]"* Il codice di commercio del 1882, emanato a pochi anni di distanza dal precedente codice di commercio entrato in vigore il 1 gennaio 1866, si ispirava fortemente al codice di commercio tedesco entrato in vigore il 1861.

*determinato capitale, e ciascun socio non è obbligato che per la sua quota o per la sua azione*⁴⁹.

Il sistema del controllo governativo fu poi progressivamente abbandonato nelle codificazioni di tutta Europa a partire dalla seconda metà dell'Ottocento con il consolidarsi del riconoscimento della libertà di iniziativa economica⁵⁰.

Il problema della personalità giuridica si era posto, in tale contesto storico, sempre più sul piano della soggettività e nelle prime codificazioni tale aspetto

⁴⁹ *Codice di Commercio*, 1882, art. 76, n. 3.

⁵⁰ Il controllo governativo è abbandonato in Francia con leggi del 1863 e del 1867, in Germania, nel codice preunitario del 1861 si riconosce la possibilità ai singoli stati di sopprimerla. In Italia, con il codice di commercio del 1865, viene mantenuta la vigilanza governativa sulle società per azioni, che viene invece abolita nel 1882 e sostituita con un controllo del Tribunale Civile. Per una più approfondita analisi sulla storia delle codificazioni italiane si veda A. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, op. cit.. In particolare in relazione al codice di commercio del 1882, che fu il risultato di un lavoro di preparazione di oltre tredici anni, l'Autore riferisce come già nel primo progetto vi fossero ampie discussioni sulla questione della autorizzazione per le società anonime e come quasi tutte le camere di commercio si fossero dichiarate favorevoli senza esitazioni alla sua abolizione. Di fronte poi ai successivi progetti del 1874-1875, presentati rispettivamente dal Senato e dal Governo l'Autore ricorda come *"tra i problemi maggiormente discussi in senato vi era quello della autorità cui affidare il controllo della regolare costituzione delle società per azioni, una volta stabilito, per consenso generale, che occorresse abolire il sistema dell'autorizzazione governativa. Si fronteggiavano due soluzioni diverse: da un alto, il principio di affidare il controllo al tribunale di commercio in camera di consiglio, sostenuto nel progetto ministeriale; dall'altro il principio emerso nei lavori dell'ufficio centrale del senato, di affidare tale compito al notaio. Lo scopo di quest'ultima soluzione era quello di togliere alla radice ogni parvenza di intervento pubblico di qualsiasi natura"* p. 181. La soluzione inizialmente approvata fu quella di affidare il controllo ad un notaio. Successivamente, con il progetto presentato da Giuseppe Stanislao Mancini, all'epoca Ministro di Giustizia, venne abolita la competenza del notaio sul controllo delle società per azioni. Quindi *"ancora una volta, quando il progetto arrivò in senato per la discussione"* si trattava del 1877, *"un punto decisivo fu, una volta di più, quello del modo di costituzione delle società per azioni: si trattava di una questione che il Senato aveva già deciso cinque anni prima, affidando al notaio il compito di esperire i controlli previsti dalla legge, mentre il progetto Mancini aveva attribuito tale compito al tribunale di commercio. Nella discussione venne proposto di affidare il compito non già al Tribunale Commerciale"* (molti erano contrari all'idea di affidare una decisione tanto delicata al tribunale in camera di consiglio senza contraddittorio) *"ma al tribunale civile"* (op. cit. p. 185). Come noto il controllo del Tribunale cadde solo molto anni dopo. Col Codice Civile del 1942, la società anonima ha acquisito la denominazione di società per azioni ed è stata introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento la società a responsabilità limitata. In Inghilterra, come detto, il controllo governativo sulla costituzione di nuove società di capitali cadde con leggi del 1856, 1862 e del 1867. Si veda A. MIGNOLI, *Idee e problemi nell'evoluzione della "company" inglese*, op. cit., p. 663 riporta la frase di Robert Lowe alla Camera dei Comuni in sede di dibattito sulla normativa volta ad abolire il controllo governativo nel 1856: *"noi non crediamo che il Governo abbia il potere di sostituirsi nella vigilanza a individui che sono i maggiori interessati a scoprire queste frodi, né si possono bloccare novantanove progetti buoni per impedire il centesimo"*.

tendeva ad essere disciplinato e risolto a prescindere dal regime di autonomia patrimoniale della persona giuridica. Sarà solo con l'influenza germanica che si consoliderà il legame tra i due principi⁵¹.

È stato detto che *“L’ottocento fu davvero un secolo glorioso per la persona giuridica: appassionate le riflessioni dei pensatori del tempo, nulla meglio dell’epoca delle codificazioni moderne avrebbe potuto garantirle quel riconoscimento formale che ormai solo le mancava”*⁵². Iniziarono così riflessioni di giuristi e filosofi sul concetto della “persona giuridica”, di cui ormai non si negava più l’esistenza, ma si cercava di comprendere il significato, la natura e la portata, nell’ambito di quella fase di rielaborazione completa e sistematica delle categorie generali del diritto privato, ovvero di quel “culto della sistematica”, che caratterizzò l’epoca delle codificazioni⁵³.

Fu solo con l’elaborazione e lo sviluppo del concetto della personalità giuridica che si realizzò il “principio di separazione”⁵⁴, compiuto tramite una astrazione tra le persone fisiche e la società. La limitazione della responsabilità, sotto tale profilo, si configurava come una delle conseguenze della attuazione del “principio di separatezza” tramite il quale si realizzava uno sdoppiamento della persona giuridica rispetto alle persone che la compongono, con conseguente realizzazione di una soggettività e patrimonio propri rispetto a quelli dei soci⁵⁵. Il consolidarsi del concetto di personalità giuridica ha quindi contribuito, in tale ottica, al rafforzamento del

⁵¹ E, infatti, persona giuridica e responsabilità limitata si intrecceranno ancor più con il codice civile del 1942 che, distaccandosi dal modello napoleonico, sotto l’influenza germanica riconosce la personalità giuridica alle società di capitali connotandola con la limitazione della responsabilità.

⁵² M. TONELLO, *L’abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, op. cit., p. 18.

⁵³ Così M. TONELLO, *L’abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, op. cit.. *“Il fenomeno, messo in moto nel corso del sec. XIV grazie alle intuizioni dei canonisti, fu proseguito nel seicento nel più ampio contesto dei giusnaturalisti e venne infine portato a compimento nella sua interezza dalla pandettistica tedesca dell’ottocento”* p.10.

⁵⁴ Si veda G.L. PELLIZZI, *La società persona giuridica: dove è realtà e dove è vuota formula (esperienze delle banche)* in *Riv. Dir. Civ.*, 1981, I, p. 481 e ss.; G. SCALFI, *L’idea di persona giuridica*, op. cit.; M. BASILE e A. FALZEA, *Persona giuridica (dir. Priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 234; G. VISENTINI, *La teoria della personalità giuridica ed i problemi della società per azioni*, op. cit., p. 89.

⁵⁵ Si veda F. GALGANO, *Persona giuridica*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., vol. XIII, Torino, 1995, p. 393.

correlato principio di responsabilità limitata nelle società di capitali, creando il substrato dogmatico-giuridico a base del riconoscimento, nel contesto normativo, delle istanze economico-imprenditoriali.

L'elaborazione di una teoria della persona giuridica dotata di soggettività distinta dalla somma delle persone fisiche che la compongono è generalmente ricondotta alla Pandettistica tedesca del XVIII e XIX secolo che ha poi influenzato gran parte del pensiero giuridico europeo del Novecento.

Si inaugurano così le due grandi scuole dogmatiche dell'ottocento, quella della finzione e quella della realtà, dalle quali si è poi pervenuti nel corso del 900, attraverso l'evoluzione di tali teorie, alle teorie riduzioniste e soggettivistiche.

In particolare secondo la teoria della finzione la persona giuridica è una creazione artificiale avvenuta tramite l'intervento legislativo. Il diritto opera quindi un riconoscimento costitutivo della personalità degli enti. Tale degradazione degli enti collettivi è coerente alla affermazione della centralità dell'individuo, intorno a cui viene costruito l'intero sistema giuridico, basato sulla preminenza dei diritti soggettivi⁵⁶.

Secondo le più recenti teorie c.d. riduzioniste, sviluppatesi nel solco delle teorie c.d. finzioniste, gli enti collettivi non sono più mera finzione, ma il loro statuto è l'espressione delle norme che ne costituiscono la struttura. L'alterità società-soci è formale e strumentale, non "naturale" e "reale"; e sussiste perciò nei limiti in cui è positivamente riconosciuta dall'ordinamento. In una concezione riduzionista, allora, il principio di responsabilità illimitata dei soci costituisce la regola generale che viene, però, eccezionalmente derogata dalla previsione normativa del "privilegio" della responsabilità limitata dei soci. In tale contesto anche il problema di un "abuso della

⁵⁶ Le teorie c.d. finzionistiche presero le mosse da F. C. SAVIGNY, 1781-1854 (si veda il Sistema del Diritto Romano Attuale, 1840, II, trad. it. V. SCIALOJA, Torino, 1888, p. 239). Secondo tale autore nel mondo naturale non esisterebbero che persone fisiche (egli diceva, "*guardiamoci attorno, non esistono che uomini*") mentre le persone giuridiche sarebbero solo una *fictio iuris*, una sorta di uomo artificiale, avente, al pari di quelli veri, attitudine alla titolarità di diritti e doveri creata dal legislatore, per soddisfare esigenze imprescindibili della realtà contingente, e, in particolare, del commercio giuridico: le persone giuridiche esisterebbero quindi solo perché c'è il diritto.

personalità giuridica”, su cui ci si soffermerà nel seguito, viene affrontato disapplicando il privilegio della responsabilità limitata, in quanto vengono a mancare i presupposti e le condizioni cui è ricollegata l’applicazione di quella disciplina speciale, con il conseguente riemergere della disciplina generale della responsabilità illimitata⁵⁷.

Al contrario secondo la tesi realista o organica la persona giuridica è, invece, persona collettiva che vive nella realtà empirica ed è dotata di autonoma capacità giuridica e di agire a prescindere dalla necessità di un riconoscimento legislativo che, in tale ottica, ha effetti meramente dichiarativi⁵⁸. Il tema della portata della

⁵⁷ L’alterità soggettiva, in altri termini, non sarebbe altro che un espediente verbale per occultare le discipline speciali di limitazione della responsabilità dei partecipanti dietro lo schema della personificazione di un ente distinto che risponde con il suo patrimonio. Si veda F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 45: “i debiti della persona giuridica sono, al contrario, debiti delle persone fisiche dei membri; e tali essi non sono per una finzione, da utilizzare in particolari circostanze quel strumento per la repressione di abusi: tali essi sono in via di principio ed indipendentemente dalla ricorrenza delle situazioni cui reagiscono le dottrine del disregard del *Durchgriff*”. Lo stesso Autore poi precisa per colpire l’abuso della responsabilità limitata non si tratterebbe di “squarciare veli o perforare schermi”, bensì di verificare la sussistenza delle condizioni speciali di limitazione della responsabilità rispetto alla regola generale della responsabilità illimitata “Posto che non si tratta [...] di addossare ad un soggetto i debiti di un altro soggetto, ma di scegliere tra norme che regolano, in modo diverso, la responsabilità di un medesimo soggetto”. p. 54

⁵⁸ Le teorie c.d. realistiche, sviluppatasi nella seconda metà del XIX secolo, presero le mosse dal pensiero di Otto Von Gierke (1841-1921):(si veda in proposito l’opera *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887, altro studioso tedesco, secondo cui le persone giuridiche sarebbero invece fenomeni reali, che non esistono solo nel diritto, ma anche nella realtà fenomenica; egli sosteneva che accanto alla persona fisica, che ha l’esistenza corporea di un uomo e che è dotata di una capacità giuridica (naturale) e persegue scopi individuali rivolti alla soddisfazione dei propri bisogni, esistono anche unità sociali, gruppi di individui, che si propongono il raggiungimento di scopi più generali, più ampi, più duraturi; il diritto quindi non avrebbe creato la figura della “persona giuridica”, ma si sarebbe limitato a riconoscerne l’esistenza. In Italia ha avuto largo seguito la teoria c.d. mista di F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, Torino, 1956, pp. 18 e ss., che valorizza anche la natura positiva della soggettività della persona fisica e scorge nella persona giuridica “una realtà ideale e giuridica, non una finzione” ma neanche “una realtà corporale sensibile” e, quindi, un concetto dotato, sia di una componente sostanziale di derivazione pregiuridica, sia di una componente formale di riconoscimento giuridico. Si veda altresì la teoria istituzionale di S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Pisa, 1917-1918; Id. *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1946; Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, che, con approccio sociologico, riconduce alla realtà empirica dei corpi sociali, intesi come organizzazioni aventi esistenza obiettiva e concreta, l’effetto costitutivo dell’ordinamento particolare della persona giuridica che diviene rilevante per l’ordinamento giuridico tramite il riconoscimento statale. Si veda altresì S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1939, p. 107 e ss.; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano 1939, p. 60. Una posizione intermedia è invece espressa da G. ARANGIO-RUIZ jr., *Gli enti soggetto nell’ordinamento internazionale*, I, Milano, 1951, p. 91 che respinge l’antropomorfismo proprio delle tesi c.d. realiste senza però giungere a posizioni negazioniste, affermando che “la

responsabilità limitata nelle persone giuridiche è affrontato quindi sotto un diverso angolo di visuale⁵⁹. Si afferma che la persona giuridica, in quanto soggetto giuridico autonomo e dotato di propria soggettività, risponde delle proprie obbligazioni con l'intero proprio patrimonio, così come le normali persone fisiche, e la responsabilità limitata è quindi la regola e non l'eccezione; sono viceversa le ipotesi di responsabilità illimitata dei soci che tendono ad assumere un rilievo eccezionale, in quanto espressione di una responsabilità senza debito o per debito altrui⁶⁰, "*in funzione di tutela dei creditor*"⁶¹, in casi di macroscopico abuso.

Le teorie della finzione e della realtà sono solitamente presentate come due modi contrapposti di intendere la persona giuridica. In verità esse presentano un tratto comune, ovvero la comune matrice ed ispirazione individualistica, ma soprattutto in esse può individuarsi un comune punto di arrivo. Grazie a tali teorie la natura giuridica degli enti personificati, qualunque essa sia, non viene più messa in discussione e ne viene riconosciuto il suo valore positivo. Si fa strada quindi un'elaborazione intermedia volta a delineare i tratti di un fenomeno soggettivo che combina realtà e finzione o di un concetto da ridurre in termini normativi e

soggettività dell'ente si presenta in funzione giuridicamente strumentale rispetto a situazione di individui [...] [il fatto che] queste facciano capo all'ente in funzione strumentale non toglie che se presentino le caratteristiche (giuridiche) delle situazioni soggettive riferite ad un centro a sé stante d'imputazione e come tali siano trattate a tutti gli effetti." Per una recente critica alle teorie riduzioniste o negazioniste, con costruzioni che difendono il principio di soggettività degli enti personificati, combinando in vario modo il loro carattere reale o positivo, si veda in particolare G.L. PELLIZZI, *Soggettività*, in *Saggi di diritto Commerciale*, Milano 1988, p. 61; P. MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società e corporate Governance*, op. cit., pp. 1 e ss.; G. VISENTINI, *La teoria della personalità giuridica ed i problemi della società per azioni*, op. cit., pp. 90 e ss.

⁵⁹ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, vol. 2, Torino, 2001, op. cit., p. 45 e nota 82 il quale afferma che: "*naturalmente la personalità giuridica è una creazione del legislatore e la distinta soggettività delle persone giuridiche non va enfatizzata. L'alterità società-soci è formale e strumentale, non "naturale" e "reale"; sussiste perciò nei limiti in cui è positivamente riconosciuta dall'ordinamento. [...] il significato normativo non può essere sopravvalutato fino al punto di ritenere che il trattamento legislativo delle persone giuridiche sia sempre il medesimo e, soprattutto, sia del tutto identico a quello delle persone fisiche.*"

⁶⁰ Si veda P. MONTALENTI, *L'abuso della personalità giuridica*, in *Diritto Privato*, 1997, p. 279 e ora in *Persona giuridica*, op. cit., pp. 38-40; M.S. SPOLIDORO, voce "*Capitale sociale*", in *Enc. Dir., Agg.*, IV, Milano 2002, p. 232; R. WEIGMANN, *Oltre l'unico azionista*, in *Giur. Comm.*, 1986, II, p. 538 e ss.

⁶¹ Si veda P. VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica*, op. cit., p. 158.

individualistici. In tale ottica “[...] la soggettività delle società di capitali non è un fenomeno assoluto, ma è destinata ad operare nei limiti in cui singole norme, espressamente od implicitamente ricavabili dal sistema, non impongono di superare la posizione di alterità del gruppo”⁶².

Senza poter ulteriormente approfondire in questa sede, oltre ai contributi già citati, il concetto di persona giuridica, una categoria “rispetto alla quale pressoché nessuna idea affacciata dai giuristi è incontrovertibile”⁶³, e su cui sono state scritte foreste di pagine, giova ora passare all’esame dei sistemi di *common law*.

1.3.2. I sistemi di *common law*

Nell’ambito dei sistemi di *common law*, precipuamente in Inghilterra e negli Stati Uniti, l’introduzione della responsabilità limitata avvenne più lentamente e principalmente a seguito di spinte economiche e per ragioni di politica distributiva, e non invece quale conseguenza di un particolare contenuto filosofico attribuito al concetto di persona giuridica.

Il giurista di *common law* tendeva a risolvere il problema della natura della persona giuridica volta per volta in relazione a specifici casi concreti e solo nella misura in cui ciò fosse richiesto dalla singola fattispecie⁶⁴. Il principio di

⁶² Si veda A. PAVONE LA ROSA – G.L. NIGRO, *Il procedimento di costituzione della società per azioni*, in *Tratt. Delle soc. per az. Diretto da G.E COLOMBO e G.B: PORTALE*, vol 1*, Torino, 2004, p. 417.

⁶³ Si veda in proposito R. LUZZATO, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, alla voce Persona giuridica.

⁶⁴ N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, 1923, p. 3; Si veda altresì F.W. MAITLAND, *Selected Essays*, Cambridge, 1936, p. 73; S. TIMBERG, *Corporate Fictions, Logical, Social and International Implications*, in *Cl. L. Rev.*, 1946, p. 533; A. A. BERLE, *The Theory of Enterprise Entity*, in *47, Col. L. Rev.*, 1947, p. 343; J. DEWEY, *The Historic Background of Legal Personality*, in *35 Yale L.J.*, 1926, p. 655; S. WILLINSTON, *History of the Business Corporations before 1800*, in *Harv. L. Rev.*, (1888-89), p. 105; A. W. Jr. MACHEN, *Corporate Personality*, in *24 Harv. L. Rev.* (1910-11), in 253, p. 347; M. RADIN, *The Endless Problem of Corporate Personality*, in *32 Col. L. Rev.*, 1932, p. 643; K. LUCE, *Trends in Modern Corporation Legislation*, in *50 Mich. L. Rev.*, 1952, p. 1291; R. SERICK, *Forma e realtà della persona giuridica*, op. cit., p. 84: “Riesce invero difficile agli americani comprendere una teoria degli enti collettivi sul tipo di quella del GIERKE nella sua formulazione originale. E’ solo con grande difficoltà che negli Stati Uniti si può pensare che la persona giuridica possa essere considerata un’essenza con determinate caratteristiche umane. Così

responsabilità limitata era semplicemente visto come specifico privilegio concesso dal sovrano prima e dallo Stato poi. Solo in tempi più recenti, intorno al 1930, e nell'ambito di quella disciplina nata nella scuola di Chicago e nota come analisi economica del diritto, verranno formulate da Ronald Coase le tesi della "firm" come insieme di contratti (teorie su cui si tornerà nel capitolo che segue)⁶⁵.

In particolare, tornando in Inghilterra, all'indagine storica, fino alla metà dell'800 la costituzione delle "corporations" poteva avvenire solo per il tramite di specifici "charters" concessi dal sovrano, e ovviamente solo il sovrano poteva concedere il beneficio della responsabilità limitata.

In Inghilterra la questione dell'adozione del principio di responsabilità limitata nelle attività commerciali quale regola generale, in sostituzione del principio di responsabilità illimitata dei soci, restò una questione altamente dibattuta per molto tempo e lungo tutto il corso della rivoluzione industriale. Alcuni, ritenevano che il principio di responsabilità fosse essenziale per l'accumulazione delle ricchezze e per gli investimenti necessari alla crescita industriale; altri, e prevalsero per lungo tempo, ritenevano la responsabilità limitata fosse un mezzo fraudolento e causa viceversa di una crescita antieconomica. Ancora nel 1844, il *Joint Stock Companies Registration and Regulation Act*, che conteneva disposizioni in materia di *general incorporation*, imponeva la responsabilità illimitata dei soci per le obbligazioni sociali, vietando l'emissione di "charters" che consentissero la responsabilità limitata dei soci.

ad es. alla dichiarazione di natura metagiuridica che GIERKE fa tra associazioni e società in senso stretto si sostituisce la più semplice visione secondo la quale la distinzione principale tra persone giuridiche ed associazioni prive di personalità giuridica (ad, es, una "partnership") consiste soprattutto nel fatto che solo la persona giuridica nasce attraverso un riconoscimento dello Stato".

⁶⁵ In realtà negli Stati Uniti, prima di giungere alla teoria della società come un nesso di contratti, frutto delle riflessioni in materia di *law and economics* e cui si deve la formulazione a COASE, si riteneva che il principio della responsabilità limitata fosse un privilegio, concesso dal sovrano prima e dal legislatore poi (old concession theory) "*pursuant to which the corporation was regarded as a quasi-state actor exercising powers delegated by the state*". Si veda in proposito S. BAINBRIDGE, e WILLIAM W. BRATTON, JR., *The "Nexus of Contracts" Corporation: A Critical Appraisal*, 74 Cornell L. Rev. 407 (1989). Con COASE, si viene sviluppando l'idea che la società sia un nesso di contratti, si veda R. COASE, *The Problem of Social Costs*, in J. Law & Ec., 31, 1960, ma sul punto si tornerà, come accennato, nel capitolo che segue.

La depressione del 1845-48 e l'ammissione della responsabilità limitata per le compagnie ferroviarie aiutò a bilanciare la disputa in favore del principio di responsabilità limitata⁶⁶ e nel 1855 e nel 1856 il parlamento inglese emanò il *Limited Liability Act* e il *Joint Stock Company Act*, che sanciva definitivamente la responsabilità limitata come principio generale delle società commerciali.

Negli Stati Uniti, al momento della rivoluzione americana e della conquista dell'indipendenza, il diritto commerciale inglese era ancora nel bel mezzo del lungo processo che avrebbe portato all'eliminazione della responsabilità illimitata dei soci per le obbligazioni sociali e all'introduzione dell'opposto principio della responsabilità limitata⁶⁷. Pertanto gli Stati americani adottarono un meccanismo basato sul modello già appartenente all'Inghilterra: per costituire le società di capitali (le "*corporations*" nei sistemi di *common law*"), era necessario chiedere l' "*authorization*", non più alla Corona, bensì ai singoli Stati. Gli Stati mediante uno specifico provvedimento legislativo ("*statute*"), valutavano il caso concreto e decidevano, di volta in volta, se concedere o meno l'*incorporation* e quali vantaggi particolari attribuire alla *corporation*.

Sino all'inizio del XIX secolo, i legislatori degli Stati della neo costituita repubblica federale americana tendevano ad imporre la responsabilità illimitata ai membri delle società commerciali quale regola generale, considerando che senza la garanzia così fornita ai creditori sociali, le società manifatturiere e industriali non avrebbero potuto raccogliere fondi. Solo in determinate circostanze e per ragioni particolari di interesse pubblico (quali la costruzione di canali, strade, ferrovie o l'istituzione e fondazione di società finanziarie come le banche) veniva autorizzata la costituzione di *corporations* dotate del privilegio della responsabilità limitata.

⁶⁶ Si veda L. GROWER, *Principles of Modern Company Law 25-41* 4th edition 1979, D.L. PERROTT, *Changes in Attitude to Limited Liability*, op. cit.; R. A. BRYER, *The Mercantile Laws Commission of 1854 and The Political Economy of Limited Liability*, 50, *Econ History Rev.* 37, 1997.

⁶⁷ In argomento V. MIGNOLI, *Idee e problemi*, op. cit., p. 674 e ss.; P. VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali.*, op. cit., p. 29, nonché 75 e ss., P. HALPERN, M. TREBILCOK & S. TURNBULL, *An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law*, 30 U. Toronto L.J. pp. 117, 118 (1980) e P. I. BLUMBERG, *Limited Liability and Corporate Groups*, op. cit..

Per quanto i legislatori degli Stati Americani si dimostrarono molto più veloci e generosi nel concedere gli *statutes of incorporation* di quanto non si era dimostrata la Corona Inglese, con l'andare del tempo il sistema della concessione rivelò le manchevolezze, i disagi e gli abusi che comportava la sua lunga trafila burocratica, sia per gli imprenditori, sia per le autorità concedenti⁶⁸.

Di fronte alla forte crescita delle domande di autorizzazione per la costituzione di nuove *corporations*, soprattutto manifatturiere, i giudici e gli Stati dovettero cedere alle pressioni concorrenti del mercato⁶⁹. Fu così che i giudici di svariati Stati incominciarono a ritenere che la regola della responsabilità limitata fosse la regola di *default when a charter did not specify or declare otherwise*⁷⁰. Gli Stati iniziarono quindi a promulgare leggi che consentivano la costituzione di *corporations* senza alcuna autorizzazione specifica e cui era collegata la regola della responsabilità limitata dei soci.

In particolare, fu lo stato di New York il primo, nel 1811, a promulgare una legge generale che stabiliva le condizioni per l'*incorporation* e garantiva ai soci, come

⁶⁸ Come osservato da M. TONELLO, *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, op. cit., il sistema delle concessioni creò significativi problemi: "non solo per la lunga trafila burocratica che esso implicava, la quale finì con lo scoraggiare l'iniziativa di molti imprenditori e inevitabilmente rallentò l'espansione e lo sviluppo di molte aziende verso un livello organizzativo ed operativo più evoluto quale quello societario; ma anche per il notevole dispendio di tempo, energie e denaro che imponeva alle assemblee legislative degli stati; e soprattutto perché la mancanza di regole generali e comuni determinò favoritismi ed abusi e i singoli legislatori, disponendo di un ampio potere discrezionale, finirono con l'avvantaggiare i richiedenti più facoltosi e influenti, riservando a questi charters of incorporation improntato ad una maggiore liberalità", (p. 69).

⁶⁹ È stato, infatti, notato che, dopo la guerra civile, fu proprio il mezzo delle *corporations* che rese possibile la crescita delle nuove imprese commerciali, incluse le ferrovie, l'acciaio, il ferro, le automobili. Le *corporations* permisero la raccolta di vaste somme di capitale, un requisito essenziale per le industrie con costi fissi elevati. Considerata l'entità dei capitali a rischio, fu proprio la responsabilità limitata che lavorò come perfetto incentivo per gli investitori; si veda W. M. FLETCHER, *1st Encyclopedia of the Law of Private Corporation*, 1917, § 21 e S. B. PRESSER e J. S. ZAINALDIN, *Law and Jurisprudence in American History*, 6th Edition 2006, 389. Inoltre, a spingere ulteriormente verso il principio di responsabilità limitata furono i numerosi fallimenti verificatisi intorno alla metà del secolo XIX, con disastrose conseguenze economiche sui soci.

⁷⁰ Ad es. si veda 30 F. Cas. 435, 436 (C.D. Me. 1824) (No. 17,944): "The individual stockholders are not liable for the debts of the banks in their private capacities. The charter [which was silent on the matter of liability] relieves them from personal responsibility and substitutes the capital stock in its stead" (Story J.).

regola di *default*, la limitazione della responsabilità “*to the extent of their respective shares of stock*”; era inoltre prevista la libera circolazione delle azioni, restando delegata all'assemblea societaria la fissazione delle modalità per il trasferimento delle partecipazioni⁷¹.

Sotto la spinta dell'evoluzione industriale e della rapida crescita commerciale, in particolare proprio sotto la pressione delle grandi società manifatturiere, e preoccupati dalla concorrenza dello Stato di New York che attraeva sempre maggiori investimenti, anche gli altri Stati incominciarono ad introdurre, uno dopo l'altro, la regola generalizzata della responsabilità limitata, consentendo alle società di costituirsi solo attraverso il deposito di determinati documenti e la successiva registrazione⁷².

La crisi del 1829 diede un ulteriore impulso a tale regolamentazione, cosicché entro la quarta decade del XIX secolo, in quasi tutti gli Stati, si trovò diffuso il regime della responsabilità limitata, ritenendo che questa fosse la via migliore per favorire la formazione del capitale e incoraggiare l'investimento nelle attività imprenditoriali. Infine nel 1855 il parlamento americano approvò il primo “*Limited Liability Act*”: da quel momento il principio della responsabilità limitata fu lo standard nei codici di

⁷¹ Così si legge in S. B. PRESSER, *Commentary: Thwarting the Killing of the Corporation: Limited Liability, Democracy and Economics*, op. cit., p. 3 “*When, in 1822, the highest New York court interpreted New York’s 1811 general incorporation statute for manufacturing corporations, it made clear that limited liability was the state policy, in order to encourage incorporation for the purposes of economic growth. At the same time, however, the court also made clear what it perceived as the democratic character of general incorporation and of limited liability: The object and intention of the legislature in authorizing the association of individuals for manufacturing purposes was [...] to facilitate the formation of partnerships without the risks ordinarily attending them, and to encourage internal manufactures. There is nothing of an exclusive nature in the statute; but the benefits from associating and becoming incorporated [...] are offered to all who will conform to its requisitions[...]. There are no franchises or privileges which are not common to the whole community[...]. In this respect incorporations under the statute differ from corporations to whom some exclusive [...] privileges are granted. The only advantages of an incorporation under the statute over partnerships [...] consist in a capacity to manage the affairs of the institution by a few [...] agents, and by an exoneration from any responsibility beyond the amount of the individual subscriptions (Slee v. Bloom, 19 Johns. 366, 474 (N.Y. 1822))*”.

⁷² New Jersey, New Hampshire e Pennsylvania adottarono un *Limited Liability Statute* nel 1816, il Connecticut seguì nel 1818 il Maine nel 1823, il Massachusetts nel 1830.

quasi tutti gli Stati⁷³.

Le *business corporations* americane affondano le loro radici nell'accelerato, e relativamente recente, progresso economico dell'ottocento. Agli inizi dell'Ottocento l'America si trovava in una situazione di indubbio svantaggio rispetto all'Europa e, in particolare, rispetto all'Inghilterra, culla della rivoluzione industriale. Tuttavia, nell'arco di pochi decenni, gli Stati Uniti, forti di una fase economica di instancabile sviluppo (soprattutto nel settore manifatturiero e terziario) e culturalmente arricchiti dall'attenta osservazione delle esperienze straniere, riuscirono ad ottenere – quando non addirittura ad anticipare, in tempi più recenti – la stessa maturità giuridica dei paesi Europei. L'elaborazione del diritto societario americano è peraltro fortemente ispirato a principi di uguaglianza e della libera iniziativa economica. Nel contesto americano, più che altrove, l'adozione del principio della responsabilità limitata ha avuto anche e principalmente una funzione democratica: la crescita economica della nazione si basò non sull'iniziativa azzardata di pochi ricchi, ma per l'esteso concorso anche di piccoli imprenditori, favorendo così una crescita economica basata su principi di democrazia sostanziale e libera concorrenza. Si riteneva, infatti, che senza il principio di responsabilità limitata solo persone molto ricche avrebbero potuto permettersi di intraprendere attività commerciali⁷⁴.

⁷³ Da notare, infatti, che la California invece adottò la regola generale della responsabilità limitata nelle società di capitali solo nel 1930.

⁷⁴ Si riteneva, infatti, che senza il principio di responsabilità limitata solo persone molto ricche avrebbero potuto permettersi di intraprendere attività commerciali. Si veda in proposito ancora S. B. PRESSER *Commentary*, op. cit., p. 3: "*The popular democratic justification for limited liability is rarely observed by Modern Scholars. Nevertheless, it appears that the nineteenth –century legislators in states such as New York, who mandated limited liability for corporation shareholders, the imposition of limited liability was perceived as a means of encouraging the small-scale entrepreneur, and of keeping entry into business markets competitive and democratic. Without limitation of individual shareholders liability, it was believed only the very wealthiest men, industrial titans, such as New York's John Jacob Astor, could possess the privilege of investing in corporation. Without the contribution of investors of moderate means, it was felt, the kind of economic progress states like New York needed would not be achieved*". Nello stesso senso si è espresso anche R. E. SEAVOY, *The Origins of The American Business Corporation, 1784-1855*, p. 70, 1982: tale autore sostiene che la politica legislativa dello stato di New York che ha generalizzato il principio della responsabilità limitata nelle *corporations* e incentivato la costituzione di società da parte di soggetti di modeste capacità finanziarie "*facilitated the growth of a viable urban democracy by allowing a wide participation in businesses that could most advantageously be organized as corporations*". Inoltre, secondo l'Autore "*More importantly,.. helped*

1.4. LA NASCITA DEI GRUPPI

1.4.1. L'evoluzione storica

Lo statuto imprenditoriale, fondato sul binomio personalità giuridica e responsabilità limitata, così consolidatosi nei paesi di *civil law* e di *common law* quasi in contemporanea, è divenuto, tra il XIX e il XX secolo, un motore della crescita economica sempre più importante e ha consentito di stimolare gli investimenti, creando realtà imprenditoriali sempre più articolate e favorendo lo sviluppo dimensionale e territoriale delle imprese.

Verso la fine del XIX secolo si affermò, soprattutto nell'economia americana, il fenomeno della grande impresa, vera e propria "*istituzione fondamentale del capitalismo contemporaneo*"⁷⁵. Motore dello sviluppo e generatore di ricchezza nei settori caratteristici della c.d. "seconda rivoluzione industriale".

Agli inizi del XX secolo, il sempre maggiore accesso al finanziamento, lo sviluppo delle iniziative imprenditoriali in settori industriali particolari, quali quello energetico e dell'industria "pesante", e la nuova dimensione internazionale delle attività commerciali, avevano favorito l'ampliamento dimensionale delle industrie. In tale contesto il modello organizzativo non poteva più essere fondato sul binomio investitore-gestore: era necessaria una struttura organizzativa-imprenditoriale ben

equalize the opportunities to get rich. The passage of general incorporation laws for business corporations was the economic aspect of the political and social forces that democratized the United States during the Age of Jackson, 1825-1855." pp. 255 e ss.

⁷⁵ Si veda F. AMATORI, *La grande impresa moderna: una lettura tradizionale e i suoi critici*, in *Annali di Storia di Impresa*, n. 14/2003, p. 177 secondo il quale: "In effetti non è agevole comprendere le caratteristiche di un'economia avanzata – i suoi ritmi di sviluppo complessivi, gli eventuali divari fra le diverse componenti, la posizione relativa nella competizione internazionale – senza tener conto delle peculiarità storiche della grande azienda in ciascun caso nazionale, in particolare del modo in cui essa ha saputo strutturarsi per rispondere alle sfide poste nell'innovazione tecnologica e dall'allargamento del mercato". A.D. CHANDLER, *The visible hand: the managerial revolution in American business*, Cambridge, 1977, *passim*.

più articolata, in cui un ruolo sempre più decisivo veniva assunto dal *management*, deputato a gestire imprese di enormi dimensioni e di natura internazionale. Tali “mega-corporations” erano, in un primo momento, caratterizzate da una struttura accentrata e verticale e, successivamente, da una struttura multi divisionale⁷⁶.

Nel periodo che va dal 1929 al 1960, la grande depressione, la seconda guerra mondiale, insieme alle prime leggi *antitrust* approvate negli Stati Uniti, rallentarono, almeno in parte, l'evoluzione della grande impresa industriale. Nel contempo, i settori tipici della seconda rivoluzione industriale iniziavano a perdere importanza a fronte della crescita del settore dei servizi, della crescita del mercato dei capitali e dell'evoluzione delle istituzioni a sostegno degli scambi, con conseguente accesso massiccio al credito bancario ed al mercato borsistico. La

⁷⁶ A. COLLI, *Corporate Governance e assetti proprietari*, Venezia, 2006, p. 21; e a p. 26 ove l'autore osserva che “Lo sconvolgimento negli assetti proprietari e nei sistemi di governo delle imprese è, storicamente, l'esito dell'affermarsi della seconda rivoluzione industriale; allo stesso tempo si tratta di un fenomeno “strutturale”, ovvero insito nei sistemi industriali moderni, in cui le grandi imprese continuano a essere protagonisti importanti dello sviluppo e della crescita economica.” Si veda anche, in proposito, M. EROGLU, *Multinational Enterprises and Tort Liabilities*, Edward Elgar ed., UK, 2008, p. 45, che osserva: “The constant impact on the structure and organization of business become obvious from the last quarter of the 19th century and this led to the growth of large companies, which gradually increased their market shares at home and abroad and later stood at the centre of considerable merger, acquisition and other strategically motivated movements”. Si veda A. TEICHOVA, *Multinationals in Perspective* in TEICHOVA, ALICE, LEVY-LEBOYER, MAURICE and NUSSBAUM, HELGA, *Multinational Enterprise in Historical Perspective*, Cambridge, 1986, p. 365. Come accennato la grande impresa si caratterizza, almeno in una prima fase, da economie di scala e da un forte grado di integrazione verticale, sia nella struttura societaria sia nei modelli organizzativi (c.d. “U-form”). Si passerà poi ad un modello multidivisionale (M-form), caratterizzato da una segregazione della grande impresa in divisioni, aree geografiche o linee di prodotto, con conseguente dicotomia dei centri decisionali ed operativi. Si veda in proposito, L. CANNARI – C. GOLA, *La diffusione dei gruppi industriali in Italia*, in *I gruppi di società, atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18- novembre 1995*, Milano, 1996, vol. II, p. 821 “la presenza di costi transnazionali, associata a sistemi di produzione sempre più complessi e specializzati, nonché contesti istituzionali e normativi differenti, ha spinto le imprese a modificare i propri modelli organizzativi. In molti sistemi industriali si è affermato il modello multidivisionale, che secondo autorevoli pareri (Williamson 1985), rappresenta una soluzione organizzativa tendenzialmente volta a minimizzare i costi transnazionali, bilanciando in modo opportuno le esigenze di coordinamento e di decentramento delle scelte imprenditoriali” l'autore persegue poi “tuttavia, come sottolineato da Milgrom-Roberts (1994) la teoria di Williamson trascura un elemento importante per la spiegazione dei limiti di una struttura organizzativa. Se fosse possibile, attraverso un decentramento opportuno [...] abbattere completamente i costi transnazionali, non vi sarebbe alcun limite alla dimensione organizzativa efficiente. In realtà il limite alla crescita di una struttura organizzativa e quindi alla dimensione dell'impresa, è posto da un particolare costo transnazionale che aumenta al crescere della struttura organizzativa. Questo costo (detto influence cost) è una forma di opportunismo post-contrattuale (moral hazard) che viene praticato dai managers periferici delle imprese”.

gestione centralizzata di imprese verticalmente integrate lasciva così spazio alle forze della specializzazione.

Nei sistemi giuridici di inizio novecento, acquisito il principio della responsabilità limitata quale tratto caratteristico della società di capitali⁷⁷, pienamente sfruttato nella crescita della grande impresa, il passo successivo fu quello di riconoscere la possibilità per le società di capitali di avere partecipazioni in altre società di capitali⁷⁸.

Nei sistemi di *civil law* la possibilità per una società di possedere partecipazioni di un'altra società fino a detenerne il controllo è stata liberamente riconosciuta senza il bisogno di alcuna norma di legge in tal senso permissiva. Su queste basi i gruppi si sono sviluppati nel corso del 900, e quando la legge è intervenuta, è stato solo per prendere atto di un già diffuso fenomeno⁷⁹.

Nei sistemi di *common law*, invece, essendo la capacità delle persone giuridiche limitata ai *powers* attribuiti nell'atto costitutivo, l'evoluzione verso la *limited*

⁷⁷ Si veda il paragrafo 943 della Relazione al codice civile italiano del 1942 in materia di S.p.A. ove si precisa che la società anonima esprimeva l'archetipo del modello corporativo-capitalistico a cui si riconosce un carattere tendenzialmente inderogabile "a garanzia non solo del risparmio [...] investito [...], ma anche [...] dei terzi creditori e soprattutto del superiore interesse dell'economia nazionale" al corretto funzionamento dell'impresa ed al massimo sviluppo dell'attività imprenditoriale. Sul punto G. VISENTINI, *La teoria della personalità giuridica ed i problemi della società per azioni*, op. cit. p. 98 e ss.

⁷⁸ P. BLUMBERG, KURT. A STRASSER, NICHOLAS. L. GEORGAKOPOULOS ERIC. J. GOUVIN, *Blumberg on corporate Groups*, op. cit., si veda anche M. EROGLU, *Multinational Enterprises and Tort Liabilities*, Edward Elgar ed., UK, 2008, p. 4: "Companies were considered basic institutional forms to convince people to invest and to create a cumulative capital to make the necessary investment required for large-scale economic activities. For this reason shareholders were granted immunity of liability to convince them to invest their capital. This immunity later was also given to corporate shareholders, which altered the area of corporate law fundamentally and irrevocably". Inoltre, a p. 5, si evidenzia che: "While economic activity in the 19th century was growing at domestic and international levels, there was a need for better-organized institutions. This gap was filled by allowing corporations to have shares in other corporations. The result was the emergence of corporate groups in domestic business, while MNEs [Multinational Enterprises] took their place in the international business world. Accordingly the organization grew gradually while changing its structure over time to adopt better and more competitive business environments".

⁷⁹ Così in Italia con il R.D. 13 novembre 1931 n. 1434 seguito dall'art. 2361 del codice civile del 1942, si ammetteva che una società potesse, senza dover modificare il proprio oggetto sociale, assumere partecipazioni in altre società aventi il medesimo oggetto.

liability of corporate shareholders necessitava di specifici atti autorizzativi⁸⁰. Generalmente, la nascita dei gruppi di società si fa risalire alla fine del 1880, più precisamente al 1888, quando lo stato del New Jersey, per primo, introdusse nella sua legislazione la possibilità che una *corporation* detenesse *stock* in un'altra *corporation*.

Passo successivo fu quello di estendere il privilegio della responsabilità limitata anche alle società con unico azionista⁸¹.

La costituzione delle imprese in forma di gruppi ha favorito, da un lato, il contenimento del rischio imprenditoriale e, dall'altro lato, l'incremento degli investimenti e l'ampliamento delle imprese, operanti su territori sempre più vasti⁸².

Aperte le porte della responsabilità limitata, assicurata anche ai c.d. *corporate shareholders*, la diffusione dei gruppi societari è stata inarrestabile e almeno altrettanto significativa di quanto lo fu quella della società per azioni, che ne è stata la formula basilare. I gruppi sono sorprendentemente cresciuti in dimensioni, fino a divenire dei colossi multinazionali, e l'organizzazione imprenditoriale dei gruppi composti da numerose, anzi numerosissime, società controllate è oggi un fatto assodato della moderna economia. La liberalizzazione e il conseguente incremento degli investimenti, correlati alla deregolamentazione del commercio internazionale,

⁸⁰ Occorre segnalare in proposito che i sistemi di *common law* non sono basati, come invece quelli di *civil law* sul principio della capacità generale delle persone giuridiche. Nei sistemi di *common law* la società può agire solo nell'ambito dei *powers* che le sono attribuiti nell'atto di costituzione, e la capacità giuridica e la capacità di agire di una *corporation* sono quindi limitate a quei negozi giuridici che essa può intraprendere sulla base dell'atto costitutivo.

⁸¹ Almeno così fu nei sistemi di *common law* tra la fine del 1800 e l'inizio del 1900, mentre occorre attendere molto di più per vedere tale istituto compiutamente riconosciuto in tutta Europa. Un passo importante in tal senso fu costituito dalla dodicesima direttiva in materia societaria 89/667 CEE, in esecuzione della quale, in Italia, fu ammessa la possibilità di S.r.l. con unico socio, con D. Lgs. n.88/1993. Ma, come noto, per vedere invece ammettere il modello di S.p.A. con un unico socio occorrerà attendere sino al 2003 la riforma del diritto societario.

⁸² Si veda R. GRANTHAM, C. RICKETT, *Corporate Personality in the 20th Century*, Oxford, 1998.

hanno ulteriormente favorito il processo di sviluppo e crescita dei gruppi che, ormai, campeggiano tra i principali *competitors* in un mercato divenuto globale⁸³.

Ma non solo, il gruppo è anche divenuto la struttura di base anche per le imprese di medie dimensioni⁸⁴.

Recenti indagini, prevalentemente economiche, hanno, infatti, evidenziato come i gruppi di società si presentano in tipologia differenziata, sotto un profilo strutturale, dimensionale e funzionale (vi sono gruppi piramidali, paritetici, a stella, gruppi integrati e conglomerati, multinazionali, familiari, etc.).

1.4.2. Dati e problemi

BLUMBERG, nell'introduzione della sua enciclopedica opera sull'argomento, inizia il suo discorso con queste parole "*multinational corporations of enormous size dominate the world's economy*"⁸⁵. Anche in Italia, G. ROSSI, ha osservato che, secondo una recente statistica (illustrata nel sito internet www.globalpolicy.org), all'inizio di questo secolo, tra le cento maggiori economie mondiali comparivano cinquantuno gruppi societari multinazionali, e solo quarantanove Stati⁸⁶.

⁸³ P. GOODERMAN, PAUL N., ULSET S., *Is the Governance of Transnational Really Beyond the M-form? A critical Review of Barlett and Ghoshal's New Organisational Model in Taggart H., Berry, M. and McDermott, M. Multinationals in a New Era*, London, 2001, p. 354; M. EROGLU, *Multinational Enterprises*, op. cit., p. 47.

⁸⁴ R. KRAAKMAN, *La persistenza della corporate form*, in *Annali di storia dell'impresa*, 14/2003, p. 146; M. EROGLU, *Multinational enterprises*, op. cit., p. 37 e ss.

⁸⁵ Lo stesso Autore fa appunto notare che una recente comparazione (1999) tra i "*total revenues*" delle *multinational corporations* e il "*gross domestic product*" (GDP) dei rispettivi paesi dimostra che le vendite delle prime 200 società multinazionali del mondo sono pari al 27.5% del GDP mondiale. Secondo uno studio delle Nazioni Unite, elaborato agli inizi degli anni Novanta, un terzo del valore delle esportazioni mondiali era rappresentato da scambi intra-gruppo tra società controllate o collegate.

⁸⁶ Si veda in proposito G. ROSSI, *Dalla Compagnia delle Indie al Serbanes-Oxley Act*, op. cit.. In tale contesto l'Autore precisa che "*In base agli stessi calcoli, Wal-Mart, la dodicesima società al mondo in termini di dimensioni, supera centosessantuno Stati; la Daimler Chrysler è maggiore della Norvegia, General Motors della Danimarca, mentre l'economia del Sud Africa è inferiore a quella della Ford. Non solo le corporations rappresentano gli attori economici più importanti, rivaleggiando per dimensioni e potere con gli stessi Stati ai cui ordinamenti sono formalmente assoggettate, ma esse riflettono ed*

Qualche dato può dare un'idea del fenomeno.

Negli anni 70, secondo un'indagine della rivista americana "Fortune" le prime 100 imprese statunitensi, organizzate in gruppi, producevano oltre un terzo del prodotto lordo dell'economia americana, pesavano per un terzo della capitalizzazione in borsa e per oltre due terzi sul totale delle esportazioni nazionali.

Con riferimento ai dati relativi agli investimenti internazionali, sulla base del rapporto dell'UNCTAD del 2006, l'ammontare complessivo degli investimenti internazionali effettuati dalle imprese multinazionali ammontava a circa \$9 trilioni di dollari statunitensi. E solo 5 tra le prime 100 imprese multinazionali per dimensioni di investimenti internazionali, fanno parte dei paesi in via di sviluppo⁸⁷.

Per uno sguardo ancor più aggiornato del fenomeno si può citare, a titolo puramente esemplificativo, il *World Investment Report* del 2008 che contiene una lista dei primi 100 gruppi multinazionali del mondo, compresi quelli delle economie in via di sviluppo. Vi si legge che le grandi imprese multinazionali (c.d. "*transnational corporations*", abbreviate "TNCs") svolgono un ruolo predominante nell'economia mondiale, tanto nelle economie avanzate quanto in quelle in via di sviluppo⁸⁸.

amplificano la concentrazione della ricchezza e la divisione del mondo tra ricchi e poveri: il 93 per cento delle prime duecento società al mondo appartiene a soli sette Paesi". L'Autore precisa inoltre, che, se si sommano tra loro i prodotti interni lordi di tutti gli Stati del mondo (centonovantuno al momento del conteggio), escludendo solo i maggiori nove (Stati Uniti, Giappone, Germania, Francia, Italia, Regno Unito, Cina, Brasile e Canada), il risultato è una cifra inferiore al valore aggregato delle vendite annuali delle prime duecento società del mondo.

⁸⁷ Lo studio evidenzia una significativa flessione del fenomeno negli ultimi anni. Secondo P. MONTALENTI, *I gruppi piramidali tra libertà d'iniziativa economica e asimmetrie del mercato*, op. cit. p. 333 "*In conclusione i dati dimostrano che il mercato – e non dunque un intervento regolatore esterno – ha ridotto significativamente il fenomeno [...] Tutte queste considerazioni, confortate da dati precisi dimostrano che in Europea nessuno Stato ha regolamentato negativamente le piramidi societarie, che il mercato ha operato la selezione tra gli strumenti di consolidamento del controllo e che il ricorso al modello piramidale è fortemente diminuito anche senza alcun intervento correttivo o sanzionatorio*".

⁸⁸ Si veda K. VANDERKERKOVE, *Piercing the Corporate Veil*, Alpen, 2007, p. 11: "*Today, multinational corporate groups operate by way of sometimes hundreds of subsidiaries organized under the laws of many different states, collectively conducting a single enterprise under the control of the parent corporation. The corporate group is the dominant form of enterprise organization in the largest worldwide markets.*"

In media le prime 100 TNCs hanno società affiliate o controllate in ben 41 paesi stranieri, e in buona sostanza sono rimaste le stesse fin dal 1993: da allora vi sono stati solo 10 nuovi ingressi e questi riguardano società non provenienti dalle aree economiche principali, riconducibili alle realtà dell'UE, USA e Giappone. Delle prime 100 società multinazionali, 72 provengono da USA, Francia, Germania, Inghilterra, e Giappone; al primo posto si trova, da numerosi anni la General Electric. Si rileva inoltre una notevole sproporzione tra gli "assets" delle prime 10 TNCs e quelli di tutte le altre⁸⁹.

Una recente indagine promossa dall'Unione Europea in materia di gruppi societari piramidali illustra che il ricorso alle piramidi societarie è diffuso nel 75% degli ordinamenti europei e l'Italia, incredibile a dirsi, non è al primo posto⁹⁰.

Per quanto attiene al fenomeno dei gruppi nel mercato italiano⁹¹, in base ai dati dell'Istat, diffusi nel dicembre 2009, relativi e alla struttura e alla dimensione dei gruppi di imprese presenti in Italia nel 2007, al vertice dei gruppi italiano si individuano prevalentemente persone fisiche, società di persone, unità non residenti (*branches*) e istituzioni sia pubbliche sia private. Nel 2007 i gruppi di imprese in Italia erano oltre 74 mila; comprendevano più di 176 mila imprese attive residenti e

⁸⁹ Le prime dieci TNCs detengono quasi il 32% degli "assets" di tutte le 100; le prime 100 TNCs, negli ultimi 3 anni, hanno "accounted for 10%, 16% and 12%, respectively, of the estimated foreign assets, sales and employment of all TNCs in the world". Lo studio si può trovare sul sito web www.unctad.org.

⁹⁰ Si veda SHEARMAN & STERLING, *Proportionality between Ownership and Control in EU listed Companies*, May 18, 2007. L'Italia si colloca in una posizione sostanzialmente intermedia pari a circa il 45% nel 2005 rispetto al 56% nel 1993; inoltre mentre nel 1990 il grado di separazione tra proprietà e controllo era pari a 2,7 nel 2001 l'indice si è ridotto a 1,8. Lo studio evidenzia una significativa flessione del fenomeno negli ultimi anni. Secondo P. MONTALENTI, *I gruppi piramidali tra libertà d'iniziativa economica e asimmetrie del mercato*, op. cit., p. 333 "In conclusione i dati dimostrano che il mercato – e non dunque un intervento regolatore esterno – ha ridotto significativamente il fenomeno [...] Tutte queste considerazioni, confortate da dati precisi dimostrano che in Europea nessuno Stato ha regolamentato negativamente le piramidi societarie, che il mercato ha operato la selezione tra gli strumenti di consolidamento del controllo e che il ricorso al modello piramidale è fortemente diminuito anche senza alcun intervento correttivo o sanzionatorio".

⁹¹ Sul punto si veda F. BARCA, *Il gruppo nei modelli di proprietà delle imprese: profili teorici, verifiche empiriche e spunti per una riforma*, in BALZARINI P., CARCANO G., MUCCIARELLI G., *I gruppi di società*, Milano, 1996, p. 94. I dati ivi riportati, risalenti agli novanta, individuano una eccedenza di piccole imprese, operanti nel settore industriale, e una scarsa presenza di gruppi costituiti da oltre 10.000 addetti.

occupavano oltre 5,7 milioni di addetti. Ancora, pare utile menzionare che i gruppi coinvolgevano il 21,5 per cento delle società di capitali con un peso sull'occupazione del 56,4 per cento. Ma non solo, da tali emergeva che in Italia i gruppi societari, erano ancora in crescita⁹².

Le ragioni di tanta fortuna del fenomeno dei gruppi sono state analiticamente indagate dagli economisti: tra le motivazioni prevalenti vi è la ripartizione del rischio e la limitazione della responsabilità, l'espansione del dominio finanziario attraverso l'effetto moltiplicatore della partecipazione iniziale (il c.d. effetto telescopio che consente di mantenere il controllo con un minimo fattore di rischio⁹³), il decentramento produttivo, l'autonomia gestionale, il coordinamento tra strategia, formulata dalla holding e attività produttive svolte dalle società controllate, la razionalizzazione del rapporto tra politica finanziaria (di gruppo) e le politiche attuative (delle controllate), le convenienze ambientali, legali, amministrative e fiscali, e molto altro ancora⁹⁴.

⁹² I dati sono disponibili sul sito www.istat.it. La popolazione presa in considerazione per la ricostruzione dei gruppi è composta da tutte le società di capitale, a prescindere dal settore di attività economica, quotate e non su mercati regolamentati. Sono state considerate come unità di analisi soltanto le imprese appartenenti a gruppi e incluse nel campo di osservazione dell'Archivio statistico delle imprese attive ("Asia") I gruppi nel 2007 sono circa il 5 per cento in più rispetto al 2006 e gli addetti coinvolti il 2,6 per cento in più. I gruppi di maggiori dimensioni, in cui sono attivi oltre 5.000 addetti, risultavano 111 nel 2007 pari allo 0,1% dei gruppi complessivamente censiti. Per quanto attiene, invece ai gruppi classificati in base al numero di imprese attive nei gruppi, oltre il 44% è costituito da solo 2 imprese e il 18,5% da 3 o 4 imprese, mentre i gruppi costituiti da almeno 10 imprese rappresentano solo l'1,1% del totale.

⁹³ S veda R. KRAAKMAN, *La persistenza della corporate form*, in *Annali di Storia di Impresa*, n. 14/2003, p. 145: "In una struttura a piramide l'azionista controllante detiene una partecipazione di controllo in una holding che a sua volta controlla una società operativa (piramide a doppio livello) oppure in una seconda holding (piramide a tre livelli). Con ogni holding successiva l'azionista di controllo mantiene diritti di controllo nella controllata, cedendo in contropartita diritti al cash flow dell'impresa operativa. Chi controlla una piramide a tre livelli, ad esempio, è necessario che possieda solamente il 12,5% del capitale azionario della compagnia operativa; per una piramide a quattro livelli è necessario soltanto il 6,25%".

⁹⁴ J. M. LANDERS, *A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions* in *Bankruptcy*, 42, U. Chi. L. Rev. 589, 617, 1975; Secondo D. W. LEEBRON, la ragione più importante per la costituzione di società è l'isolamento degli assets della società "for purposes of secured borrowing", egli infatti ritiene che "Where the parent corporation guarantees a loan to a subsidiary, the function is identical to the provision of security for the loan; but this method creates greater flexibility than the property-bound secured transactions concepts would otherwise allow. Without such a guarantee, the

Quel che è certo è che la segregazione patrimoniale, nelle singole società facenti parte del gruppo consente di ampliare il fenomeno della limitazione di responsabilità. Attraverso la struttura dei gruppi il potere della controllante viene quindi amplificato “a catena” dal vertice sino all’ultima società operativa⁹⁵, e l’azionista di controllo può così beneficiare “più intensamente” del principio di responsabilità limitata⁹⁶.

Orbene, tale utilizzo del meccanismo della responsabilità può avere, ed ha spesso avuto, conseguenze distorsive, a discapito degli azionisti di minoranza ed i creditori delle controllate. La separazione tra proprietà e controllo (come accade nelle grandi *corporations* americane gestite dai *managers*), così come la separazione tra capitale di rischio e gestione dell’impresa (come avviene nei gruppi piramidali più diffusi in Europa), creano rilevanti problemi. Coloro che gestiscono le società subiscono infatti in maniera solo irrisoria le conseguenze negative derivanti dagli eventuali insuccessi dell’attività di impresa.

I dati statistici sopra mostrati evidenziano inoltre come la struttura dei gruppi ha consentito e continua ad attuare una forte concentrazione del potere economico. Concentrazione cui sia gli Stati Uniti sia la Comunità Europea, hanno tentato, in gran

loan serves as nonrecourse secured debt of the parent corporation” in *Limited Liability, Tort Victims, and Creditors*, 91 *Colum. L. Rev.* 1565, November 1991, p. 16.

⁹⁵ C. DEMATTE’, *Modelli di crescita delle imprese a leverage multiplo*, in *Economia & Management*, 1995, n. 6, p. 5 e ss.; F. GIACCARI, *Le aggregazioni aziendali*, Bari, 2003, pp. 107-115.

⁹⁶ Si veda R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, 2° ed., in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. GALGANO, XXIX, Padova, 2004, p. 183 e ss.; si veda M.M. WINKLER, *Imprese multinazionali e ordinamento internazionale nell’era della globalizzazione*, Milano, 2008, p. 15: “Tuttavia non era tanto – o non era solo – la protezione dei terzi che stava a cuore ai legislatori che, per primi, intervennero per disciplinare il fenomeno del controllo nei gruppi di società. Essi si trovarono ad avere a che fare con mastodontici accumuli di ricchezza senza precedenti, che le tradizionali norme in materia di società monadi parevano inadeguate a contrastare. In questo modo si spiega storicamente l’adozione del 1890 dello Sherman Act, la prima legge antitrust degli Stati Uniti, il cui scopo precipuo era combattere l’eccezionale accumulo di ricchezza finanziaria realizzato da John D. Rockefeller con l’ausilio di una costante attività di lobbying che coinvolgeva numerosi consulenti legali”.

parte invano, ad opporsi⁹⁷. La *shareholder democracy* è ormai una formula vuota e, come diceva anni or sono ENRICO CUCCIA, “le azioni si pesano e non si contano”.

⁹⁷ Sia gli Stati Uniti sia la Comunità Europea si sono preoccupati degli effetti distorsivi creati dal meccanismo dei gruppi piramidali e dei numerosi altri strumenti giuridici che consentivano di separare il rischio dell'impresa dalla proprietà del capitale di rischio. Le autorità governative erano infatti fortemente preoccupate dal crescente fenomeno della separazione tra proprietà di rischio e controllo della società, attuata con una varia serie di strumenti (strutture piramidali, azioni privilegiate senza diritto di voto, sindacati di voto). Si riteneva, infatti, che la mancanza di proporzionalità tra rischio economico e controllo delle società portasse ad una distruzione di valore delle società ed aumentasse i costi di *agency*, riducendo l'efficienza del *market for corporate control* (concetti tutti su cui torneremo nel prossimo capitolo). Per quanto riguarda gli Stati Uniti tra il 1900 e il 1925 le società quotate mostrarono crescente tendenza a limitare diritti di voto di certe categorie di azioni e i gruppi piramidali erano in continua crescita. Nel 1925 alcune delle principali “*corporations*” emisero azioni ordinarie senza diritto di voto. Nel 1926 il NYSE non approvò l'emissione di azioni ordinarie senza diritto di voto. Nel 1986 gli altri mercati (*i.e.* Nasdaq) non seguirono tale linea facendo concorrenza al NYSE che in seguito adottò una proposta che permetteva strutture azionarie a due categorie di azioni alle società quotate. La SEC quindi impose la regola “*One Share – One Vote*” (1S-1V) ma nel 1990 il *District Of Columbia Court of Appeal* annullò il provvedimento della SEC. Infine nel 1930 Roosevelt introdusse la regola della doppia tassazione di dividendi tra società. Era un sistema per attuare il principio 1S-1V; scopo espresso di tale riforma era quello di provocare lo smantellamento dei gruppi piramidali. La riforma ebbe grande successo in U.S.A., tanto che gruppi piramidali praticamente scomparvero dal mercato americano. Per quanto riguarda l'Unione Europea il problema fu posto dall' *High Level Group of Company Law Experts* che nel 2002, su incarico della Commissione Europea, pubblicò un importante documento che conteneva suggerimenti per un quadro normativo moderno per il diritto delle società in Europa. Tra tali principi campeggia *The proportionality principle*. Secondo l'*High Level Group* la proporzionalità tra il rischio economico e il controllo era più efficiente: “*I titolari dei diritti ai profitti residui della società ovviamente sono quelli meglio legittimati a decidere degli affari della società in quanto essi stessi sopporteranno gli effetti finali delle loro decisioni*”. A seguito delle proposte dell'*High Level Group* la Commissione, nel 2003, pubblicò il c.d. *plan to move forward*. Ai sensi di tale piano, elemento essenziale della politica legislativa della Comunità Europea avrebbe dovuto essere il rafforzamento dei diritti degli azionisti, raggiungibile, *inter alia*, tramite la realizzazione di una piena democrazia degli azionisti (“*La Commissione ritiene che, a medio e lungo termine, vi siano validi argomenti a favore della realizzazione di un'effettiva democrazia degli azionisti nell'UE. Lo studio comparativo dei codici sul governo societario applicabili nell'UE ha evidenziato che tali codici tendono a fare proprio il principio “una azione/un voto”, sebbene molti di essi privilegino a questo proposito una certa flessibilità*”). Nel 2006 la Commissione conferiva l'incarico di uno studio che doveva esaminare i meccanismi di deviazione dal principio di proporzionalità (“*Control Enhancing Mechanisms*” – CEMs) adottati nelle società quotate nell'UE. Lo studio prendeva in esame una serie di meccanismi che consentono all'azionista di incrementare e mantenere il proprio controllo in maniera non proporzionale rispetto all'investimento effettuato. Tra tali meccanismi comparivano ovviamente anche le strutture piramidali (altri sono le azioni a voto multiplo, le azioni privilegiate, i tetti all'esercizio del diritto di voto, le partecipazioni incrociate, i patti parasociali). Nel 2007 i soggetti incaricati completavano il Rapporto sul principio di proporzionalità nell'UE, da cui emergeva che nessuno dei paesi esaminati adottava un sistema proporzionalistico puro. L'Italia campeggiava tra i paesi dove venivano maggiormente utilizzati tali meccanismi di deviazione dal principio democratico (insieme a Francia, al primo posto, Svezia, Ungheria e Spagna). Di tutte le società analizzate il 56% non utilizza alcun CEMs (di cui il 48% erano grandi società e il 72% società di recente quotazione). Tra i meccanismi più utilizzati per garantire il controllo societario in maniera meno che proporzionale rispetto al capitale investito erano menzionate le strutture piramidali, spesso utilizzate, soprattutto in Italia, in maniera combinata ai patti parasociali. Lo studio esaminava anche la letteratura di *law and*

Non solo, i gruppi multinazionali travalicano le frontiere delle legislazioni nazionali, operando per tramite delle società controllate dislocate in tutto il mondo, creando problemi di giurisdizione, e rappresentano un sistema di scambio parallelo, che si pone ormai al di fuori o al di sopra sia del mercato, sia della legge⁹⁸.

Di fronte a tanti e tali problemi e ad una moltitudine così differenziata di situazioni fattuali, l'identificazione giuridica del fenomeno dei gruppi societari è stata particolarmente ardua. L'applicazione ferma della responsabilità limitata nell'ambito delle società di capitali inserite in gruppi multinazionali ha subito seri attacchi. Si è diffusa l'opinione che la responsabilità limitata nel contesto dei gruppi fosse un "historical accident"⁹⁹, in ragione di un'estensione ai gruppi societari dell'applicazione

economics esistente in materia di deviazioni dal principio *One Share One Vote* e relativa influenza sulle dinamiche dell'allocatione del controllo e sugli *agency problems* tra azionisti e *insiders*. A conclusione di tale studio gli esperti dichiararono che nessun evidenza empirica dimostrava che l'utilizzo di tali meccanismi portasse ad una diminuzione o alla distruzione del *firm value*, mentre la scelta di imporre il principio 1S-1V avrebbe implicato considerevoli problemi di attuazione a fronte di benefici incerti. Il progetto dell'imposizione a livello legislativo della democrazia azionaria è quindi stato abbandonato. Su tali problematiche si veda in particolare G. FERRARINI, "Un'azione-un voto": un principio europeo? in *Riv. Soc.* 2006, p. 24 e ss.

⁹⁸ Uno dei problemi essenziali, creato dal fenomeno dei gruppi societari, è quello della legge e della giurisdizione applicabili. Come correttamente osservato da P. BLUMBERG in P. BLUMBERG, K.A. STRASSER, N. L. GEORGAKOPOULOS e E. Jr. GOUVIN, *Blumberg on corporate groups*, op. cit., "the multinational enterprises of our time dominate the world economy... Thus, the structure of the modern large enterprise presents a major jurisprudential problem for our venerable corporation law, which was fashioned centuries ago, for a very different society" (op. cit., pp.1-3). Senza soffermarsi su tale problematica, basti in questa sede segnalare che, ovviamente, i grandi gruppi multinazionali, che oggi dominano l'economia mondiale, praticamente operano a livello economico in diversi paesi e ciò nell'ambito di un sistema giuridico ancora basato su legislazioni nazionali. In tale situazione vi è, da un lato, l'interesse dei paesi in cui le varie società controllate operano ad applicare a tali attività la propria legge e la propria giurisdizione, dall'altro lato, vi è l'interesse del paese in cui ha sede la società madre ad applicare la propria legge e la propria giurisdizione anche in via extraterritoriale, così da poter raggiungere tutte le varie diramazione dell'attività economica. E ancora nel 2002, P. DE GRAUWE e P. CAMERMAN, in un parere apparso su www.ssrn.com, *How Big Are The Big Multinational Companies?*, affermavano "Multinational corporations are increasingly seen as excessively big and powerful, and as having dramatically increased in size and power. This perception has led to the view that the big corporations are threatening democratic institutions of the nation-states and that they pervert the cultural and social fabric of countries" p. 1.

⁹⁹ P. BLUMBERG, K.A. STRASSER, N. L. GEORGAKOPOULOS e E. Jr. GOUVIN, *Blumberg on corporate groups*, op. cit., p. 56 e ss. Si veda altresì per analoghe considerazioni, J. E. ANTUNES, *Liability of Corporate Groups. Autonomy and Control in Parent-subsidiary Relationship in US, German and EU law. An International and Comparative Perspective*, Boston, MA Kluwer, 1994, p. 130 e ss.; A.F. LOWENFELD, *National jurisdiction and multinational enterprise, in International Litigation and the Quest for Reasobneless*, Hague Academy of International law, *Collected Courses*, 1994, I Tome 245,

del principio, storicamente generato in un contesto semplificato dei rapporti socio – società.

In tale contesto il riconoscimento, in particolare in ambito del dibattito giuridico, del fenomeno dei gruppi è quindi avvenuto soprattutto in fase di esame patologico degli effetti del principio della responsabilità limitata, quando si è posta l'esigenza di una mitigazione o rielaborazione di tale principio, a fronte di situazioni di evidente "abuso" ove la rigida applicazione della responsabilità limitata avrebbe portato a palesi iniquità¹⁰⁰: si è così andata diffondendo la figura dell' "*abuso della personalità giuridica*".

Per abuso della personalità giuridica si suole qualificare quel fenomeno dell'utilizzazione anomala della struttura societaria da parte dell'imprenditore, il quale costituisce una società o un gruppo di società con l'obiettivo di interporre fra sé ed i creditori uno schermo, quello della personalità giuridica, il quale garantisce il beneficio della responsabilità limitata per le obbligazioni sociali. Ma come noto, il problema dell'abuso della persona giuridica, che rientra nel più ampio genere dell'abuso del diritto¹⁰¹ ha sollevato numerose questioni, ad oggi ancora controverse¹⁰².

Dordrecht 1995, p. 128; P. MUCHLINSKI. *The Company law review and multinational corporate groups*, in J. de LACY (ed.), *The Reform of United Kingdom Company Law*, London, 2002, p. 266.

¹⁰¹ La dottrina ha sin da subito evidenziato la criticità di tali percorsi giuridico-argomentativi per situazioni connotate dall'assenza di criteri e di tipologie ben definite ed in un contesto così complesso quale il fenomeno dei gruppi. Si veda N. ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica*, Padova, 2002, *passim*.

¹⁰² Problematiche che sono state approfondite tipicamente negli ordinamenti giuridici di *civil law*. Mentre è diffusa, ma non uniformemente condivisa (A. GAMBARO, *Abuso del Diritto, II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur. Treccani*, p. 7 "Quando si dice che l'esperienza di *common law* è impermeabile alla teoria dell'abuso, si vuol dire quindi che in quella tradizione non si è disposti a dare rilevanza all'*animus nocendi*. Quale sia la reale importanza di detto criterio nell'ambito della *civil law* si è già detto. D'altro lato l'irrilevanza dell'intenzione di nuocere, pur proclamata in alcune celebri opinioni di giudici di *common law* si attenua quando la malizia dell'agente si riflette nel giudizio sul nesso di causalità"), l'opinione per cui negli ordinamenti di *common law* non sia dato rinvenire una autonoma elaborazione concettuale delle teorie dell'abuso del diritto o della frode alla legge, W. BUCKLAND – A.D. Mc NAIR, *Roman Law & Common Law, A comparison in Outline*, II éd., (a cura di LAWSON), Cambridge, 1952, p. 99-100: "*our English common law seems to take the same view as*

Se, infatti, il concetto di “abuso” da un lato costituisce uno strumento giuridico duttile per i giudici al fine di “*introdurre un correttivo “extra ordinem” nella trama del diritto puramente legale*”¹⁰³, dall’altro rischia di incrinare il principio di certezza del diritto e la coerenza dell’ordinamento¹⁰⁴ oltre ad inserire elementi suscettibili di valutazione extra-giuridica (di carattere squisitamente “morale” o comunque politico-sociale non cristallizzati in norme positive)¹⁰⁵.

Sulla base di tali principi, e spesso facendo appunto ricorso alle categorie generali del diritto, la dottrina e la giurisprudenza, sia nei sistemi di *civil law* sia in quelli di *common law*, seppur con modalità diverse come si vedrà nel proseguo (capitolo 3), hanno tentato di reagire agli effetti discorsivi dell’adozione indiscriminata

the Roman. There is no general principle of abuse of rights”; O’SULLIVAN, *Abuse of Rights, in Current Legal Problems*, 1955, p. 61; G. SCHWARZENBERGER, *Uses and Abuses of the Abuses of Rights in International Law*, in *Grotius Society*, vol. 42, 1956, p. 150 e ss. Anche la giurisprudenza Britannica ha tradizionalmente affermato il principio per cui atti di esercizio di un diritto non divengono illeciti in ragione dei motivi che li ispirano, anche qualora si tratti di motivi riprovevoli, impropri o emulative. Si veda punto ad es. *Mayor of Bradford v. Pickels* [1895] A.C. (Law Reports, Appeal Cases), p. 587 ove Lord Halsbury afferma “*if it was a lawful act, however will the motive might be, he had a right to do it*”; *Allen v. Flood* [1898] A.C. p. 1. Analoghe considerazioni sono state fatte in relazione alla frode alla legge (per cui si veda J.J. FAWCETT, *Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law, Cambridge Law Journal*, 1990, p. 50 e ss.) e alla buona fede in relazione alla quale si è affermata l’inesistenza, in diritto inglese di una nozione generale di buona fede.

¹⁰³ G. PINO, *L’abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l’uso)*, in *Eguaglianza, Ragionevolezza e Logica Giuridica*, a cura di G. MANIACI, Milano, 2006, p. 118, secondo il quale tale strumento sarebbe attribuito ai giuristi “*in forza di una delega che viene attribuita all’interprete dal legislatore oppure, a seconda dei casi, che l’interprete si auto-attribuisce*”. Si veda. altresì R. SACCO, *L’abuso del diritto* in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001 p. 321; S. PATTI, *Abuso del diritto, Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile*, vol. I, Torino, 1987, p. 8 dove si riconduce la problematica dell’abuso del dal contrasto tra una visione “letterale” ed una visione “costruttiva” del codice civile.

¹⁰⁴ Si veda R. VON JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, 1954, *passim*; G.L. PELLIZZI, *Exceptio doli*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1960 secondo il quale l’*exceptio doli* sarebbe un “*cavallo di Troia dentro la sicurezza del sistema*”; P. TORRENTE, *Eccezione di dolo*, in *Enc. Giur.*, 1965; P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, p. 205 e ss., nonché *L’abuso del diritto*, Mulino, Bologna, 1998.

¹⁰⁵ M. ROTONDI, *L’abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1923, p. 105 e ss., il quale nega che l’abuso del diritto sia una categoria giuridica “*per la contraddizione che nol consente*” e lo considera come un fenomeno sociale pag. 116, che assume rilievo in una zona- definita come “*l’anticamera del diritto*” p. 133 – che non appartiene ancora alla realtà giuridica positiva. In sostanza l’Autore pur riconoscendo che l’abuso è un dato insopprimibile della realtà sociale nega che esso abbia dignità giuridica, considerando questo concetto privo di fondamento logico e di giustificazione normativa.

del principio di responsabilità limitata, a fronte di una legislazione spesso inesistente e comunque, ove invece regole generali sono state adottate, incompleta¹⁰⁶.

Senza approfondire in questa sede ulteriormente il tema, con particolare riferimento alle soluzioni normative, dottrinali e giurisprudenziali adottate, che costituirà oggetto dei prossimi capitoli, giova sin d'ora anticipare, che, almeno in ambito europeo, al di là delle legislazioni nazionali, diversamente avanzate nei vari paesi, si è verificato intorno ai primi anni 80 un primo tentativo di intervento comunitario con il progetto della IX Direttiva, da più parti osteggiato¹⁰⁷ ed infine fallito. La Comunità Europea, abbandonato quindi il progetto di una legislazione unitaria sul fenomeno dei gruppi societari, è poi intervenuta sul problema dei gruppi attraverso normative di settore.

1.5. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

In conclusione si è visto come il principio di responsabilità limitata ed il concetto di persona giuridica sono rimasti a lungo indipendenti, per poi fondersi nelle società di capitali all'epoca delle codificazioni, e come ciò sia avvenuto con modalità differenti nei paesi di *civil law* e di *common law*.

Ovunque la nascita delle società di capitali, dotate di autonomia soggettiva e patrimoniale, è stata al tempo stesso spinta dalla rivoluzione industriale e movente del successivo sviluppo economico. Ma non solo la nascita di tali forme giuridiche è

¹⁰⁶ Si veda. G.L. PELLIZZI, *Soggettività*, op. cit., p. 81 che alle teorie riduzioniste attribuisce il merito di aver "svincolato la trattazione di tali problemi dalla concezione generale che in tema di persona giuridica si accolga: ciascuno di essi dev'essere affrontato esclusivamente (o almeno principalmente) sulla base delle singole norme che alla sua soluzione concorrono, piuttosto che sulla base di un'automatica diluizione da un precostituito concetto di persona giuridica". Si veda G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, vol. 2, cit. p. 45, nota 82 : "l'operatore del diritto dev'essere estremamente cauto dal dedurre dalla personalità delle società principi e precetti che non trovano fondamento nei dati normativi e nel sistema, nonché nel risolvere i problemi di disciplina, eventualmente lasciati insoluti dal legislatore, servendosi solo della formula magica "personalità giuridica""

¹⁰⁷ In argomento si veda A. PAVONE LA ROSA, *Osservazioni sulla proposta di IX Direttiva sui gruppi di società*, in *Giur. Comm.*, 1986, I, p. 831 e ss; A. GAMBINO, *I Gruppi in Italia alla Luce del Progetto di Nona Direttiva*, *ivi*, 1987, p. 5 e ss.

stata anche sorretta da ragioni di politica economica, nella speranza che potesse consentire una crescita democratica.

Tuttavia, allorquando dalle singole e indipendenti società di capitali, formate da persone fisiche, si è passati, tramite un'estensione del principio di responsabilità limitata, alla larga diffusione dei gruppi di società, che oggi dominano l'economia, sono sorti i problemi. Un fenomeno così vasto e travolgente ha, infatti, creato un forte scompiglio, e ciò soprattutto nel mondo del diritto. I gruppi rappresentano oggi un'importante sfida giuridica, poiché fuoriescono dai tradizionali schemi normativi del diritto societario, ponendosi oltre la visione atomistica del principio dell'autonomia patrimoniale delle persone giuridiche. Ci si chiede, in sostanza, se la stretta applicazione del principio della responsabilità limitata sia ormai anacronistica nella misura in cui impone di ignorare la realtà economica dei gruppi.

L'applicazione ferma della responsabilità limitata nell'ambito delle società di capitali inserite in gruppi multinazionali ha così subito seri attacchi, e da molte parti se ne invoca l'abolizione¹⁰⁸. Ma l'abolizione di tale principio mette fortemente in crisi

¹⁰⁸ Si veda M. EROGLU, *Multinational Enterprises and Tort Liabilities*, op. cit., p. 14: "In legal theory there is the idea of groups as made up of lots of formally separate entities. However, the economic business structure of MNEs reflects a different and more single enterprise structure for MNEs. In short the idea of separate corporate personality was not developed with either one-man companies or groups of companies in mind. Therefore this point reveals a wider problem which goes to the heart of company law theory of corporate personality." Secondo l'autore, inoltre, tale aspetto "... seems to imply a much more fundamental legal reform, involving the questioning of the whole idea of a separate corporate personality as it applies to groups". Si veda F. BARCA, *Il gruppo nei modelli di proprietà delle imprese: profili teorici, verifiche empiriche e spunti per una riforma*, op. cit., p. 85. Si vedano anche, in materia P. HALPERN, M. TREBILCOCK e S.M. TURNBULL, *An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law*, 30 *Un. Toronto L.J.* 117 (1980): "The merits of the doctrine of limited liability in corporation law have been the subject of passionate disagreement amongst otherwise level-headed commentators ever since its general availability under English companies legislation enacted it in the middle of the last century. The Times of London in an editorial, 25 May 1824, declared: "Nothing can be so unjust as far a few persons abounding in wealth to offer a portion of their excess for the information of a company, to play with that excess - to lend the importance of their whole name and credit to the society, and then should the funds prove insufficient to answer all demands, to retire into the security of their unhazarded fortune, and leave the bait to be devoured by the poor deceived fish". A different position was taken by the Economist, 1 July 1854: The question [of limited liability] has for a long time interested the public, and like many other questions much talked about but hung up for decision, its importance has been greatly diminished by the lapse of time. It has now been shown by experience that, right as the decision of the House of Commons may be in principle, in practice most of the good or evil anticipated from it has been discounted, and the alteration in the law, whenever effected, will be followed by far less beneficial or mischievous results

il concetto stesso di persona giuridica. Infatti se è pur vero che i due principi sono sorti e si sono sviluppati in maniera indipendente, è altresì vero che i due principi sono ormai così profondamente fusi nelle moderne società di capitali che è difficile pensare all'uno senza l'altro.

Si configura quindi un'esigenza dialettica di composizione di esigenze contrapposte: da un lato l'esigenza di garantire uno spazio per politiche finanziarie, industriali e commerciali unitarie, e dall'altro lato l'esigenza di prevenire e reprimere le politiche pregiudizievoli per le società etero-dirette, i creditori e gli azionisti di minoranza¹⁰⁹.

Ma il problema in realtà, oggi, non è più solo quello di risolvere l'annosa questione dei gruppi. Le strutture dell'impresa sono, infatti, in continua evoluzione e, negli ultimi anni, l'aumento della diversificazione dei mercati, l'ampliamento delle linee di prodotto e di investimento, la crescita interna ed esterna, la riduzione dei costi di transazione dovuti alle moderne tecnologie e forse infine anche alcune scelte di politica legislativa, hanno favorito l'evoluzione di nuove strutture organizzative d'impresa, quali *networks* o *joint ventures*. Tali nuove forme sono connotate da una tendenziale pluralità di centri decisionali, e da una grande fluidità delle strutture e dell'attività d'impresa¹¹⁰, e potrebbero rappresentare un problema ancor più serio dei

than its advocates hope and its opponents dread, The people, by quietly adapting their practices to the law, in general manage to wrest or work the law to their practices, and changes in the law, when made, are frequently more nominal than real. At present the law, as Mr. Collier's resolution states, is that even ostensible partner who shares the profits of a trading concern renders himself liable in the whole of his property to the whole of its debts; but in practice, as is the case with mutual assurance companies, all the partners contract with each other, and the company contracts with every person it deals with, that all claims shall be confined to the subscribed fund of the company. Every person with whom it deals entering voluntarily into the contract, the principle of limited liability is, by common consent, fully carried out, whatever he may say to the contrary".

¹⁰⁹ Si veda P. MONTALENTI, *L'informazione nei gruppi societari*, in AA.VV. *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Atti del Convegno di Venezia 10-11 novembre 2006, Milano, 2007, p. 303 e ss.

¹¹⁰ M. EROGLU, *Multinational Enterprises and Tort Liabilities*, cit. p. 53 "The main characteristics of horizontally structured MNEs are these: first the enterprise consists of many centres as a result of shifting geographically and functionally the power of control from parent to subsidiary level. Secondly, subsidiaries are granted global or regional responsibilities for a particular function, or product line, or event whole business divisions. Such multi-centredness as opposed to the view of having one centre

gruppi dal punto di vista della tutela degli *outside stakeholders*. A ciò si aggiunga, da ultimo, la crisi dei mercati finanziari, i cui risultati e le cui conseguenze, in termini di strutture aziendali e di politiche legislative non si possono ancora valutare¹¹¹.

Ma, proprio perché il tema della responsabilità limitata nell'ambito delle iniziative imprenditoriali è un argomento sostanzialmente economico, sembra opportuno valutarne anche la portata e gli effetti da quella prospettiva, svincolando l'analisi da quelle impostazioni giuridiche e logico-formali che finiscono con l'offuscare una prospettiva maggiormente concreta di comprensione del problema¹¹². E del resto, da un punto di vista più generale, poiché la regola relativa alla responsabilità limitata è indubbiamente uno dei pilastri su cui è costruita la vita economica dei moderni mercati globali, è di fondamentale importanza valutare l'impatto che un ripensamento di tale principio potrebbe avere sui meccanismi del mercato e della realtà economica. Una tale valutazione, tuttavia, come si vedrà nel capitolo che segue, non è stata portata a termine in maniera soddisfacente dagli economisti.

and the boundary is a major element in the new model. Thirdly, the importance of culture control is stressed as a communication and decision-making mechanism. Fourthly, the continuous flow of information across organizational and national boundaries is emphasized". Si veda anche, sull'argomento R. LANGLOIS, *Vanishing hand: i mutamenti nelle dinamiche del capitalismo industriale*, in *Annali di Storia dell'Impresa*, 14/2003, p. 91.

¹¹¹ Si vedano in proposito, di recente, e fra i tanti, G. ROSSI, *Crisi del capitalismo e nuove regole*, in *Riv. Soc.*, 2009, pp. 929 e ss. e R.A. POSNER, *A failure of Capitalism: The Crisis of '80 and the Descent into Depression*, Harvard University Press, Cambridge, 2009, xii.

¹¹² Così E. COURIR, *Limiti alla responsabilità imprenditoriale e rischi dei terzi*, op. cit., p. 6.

CAPITOLO II.

IL PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ LIMITATA E I GRUPPI DI SOCIETÀ' IN UNA PROSPETTIVA DI ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

2.1. INTRODUZIONE

Come è emerso dal capitolo che precede, il principio dell'autonomia patrimoniale perfetta delle persone giuridiche è stato al tempo stesso causa ed effetto di una lunga evoluzione storico-economica. Ma non solo, come già accennato, esso trova altresì le proprie basi, secondo le teorie di analisi economica, sviluppate prevalentemente negli Stati Uniti, in ragioni di efficienza economica e convenienza in un'ottica di politica del diritto. Anche se, gli stessi studiosi dell'analisi economica non hanno mancato di evidenziare, insieme ai pregi, i limiti, le inefficienze e le ingiustizie sociali provocate dal sistema della responsabilità limitata, soprattutto se applicato nel contesto dei gruppi a tutela dei c.d. "*corporate shareholders*" e nei confronti dei c.d. *tort creditors*.

Nel presente capitolo verranno esaminati, in particolare, i benefici e i costi economici dell'applicazione e della disapplicazione del principio di responsabilità limitata, per valutare, sulla base degli studi di *law and economics*, quale regola della responsabilità sia più efficiente, avendo riguardo anche ed in particolare al fenomeno dei gruppi societari¹¹³.

In particolare negli Stati Uniti, già a partire dai primi anni 60' del secolo scorso si è sviluppato un vivace dibattito sulla materia, diviso tra sostenitori e detrattori del principio di responsabilità limitata. Gli uni affermavano che tale principio non solo è economicamente più efficiente, ma è addirittura essenziale nell'ambito dei moderni

¹¹³ Si vedano R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 1986, 379-382 e THOMPSON, *Unpacking Limited Liability: Direct and Vicarious Liability for Torts of the Enterprise*, 47 in *Vand. L. Rev.*, 1 (1994).

mercati finanziari; gli altri invece erano convinti che una regola siffatta, soprattutto nell'ambito del fenomeno dei gruppi societari e nei confronti dei *tort creditors*, sia iniqua ed infine anche sostanzialmente più costosa¹¹⁴.

Prima di approfondire l'esame del principio di responsabilità limitata nelle società di capitali e nei gruppi secondo le regole dell'analisi economica, preme

¹¹⁴ A titolo puramente esemplificativo si citano di seguito alcuni dei maggiori artefici di tale vivace dibattito culturale. (i) Tra i "sostenitori" della regola della responsabilità limitata vi sono H. MANNE, *Our Two Corporation Systems: Law and Economics*, 53 VA. L. REV. 259, 1967, R. POSNER, *The Rights of Creditors of Affiliated Corporations*, 43 University of Chicago Law Review, 499, 1976; P. HALPERN, M. TREBILCOCK & S. TURNBULL, *An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law*, 30 U. Toronto L.J. 117, 118 1980, i quali tuttavia invocano anche il principio di responsabilità illimitata per le piccole società ad azionariato ristretto, e suggeriscono che i *managers* delle public corporation dovrebbero essere ritenuti personalmente responsabili nei confronti dei c.d. *involuntary creditors*, F. H. EASTERBROOK & D.R. FISCHER, *Limited Liability and the Corporation*, 52 U. CHI. L. REV. 89, 1985 (i quali poi hanno scritto un successivo articolo nel 1993 in replica a quello di Hansmann e Kraakman, EASTERBROOK F. H. & FISCHER D. R., *Contract and Fiduciary Duty*, 36 J. L. & Econ. 425, 1993); WOODWARD, *Limited Liability in the Theory of the Firm*, 141 J. Institutional & Theoretical Econ. 601, 1985; M. CAREY, *Piercing the Veil When Corporate Subsidiaries Commit Torts* (non datato), J.A. GRUNDFEST, *The Limited Future of Unlimited Liability: A Capital Market Perspective*, 102 Yale L.J. 387 Nov. 1992; S. B. PRESSER, *Commentary: Thwarting the Killing of the Corporation: Limited Liability, Democracy, and Economics*, 87NW. U. L. Rev. 148, fall 1992, ed ancora S.B. PRESSER, *Symposium: The First Century: Celebrating 100 Years of Legal Scholarship: essay: the Bogalusa Explosion, "Single Business Enterprise," "Alter Ego," and Other Errors: academics, economics, democracy, and shareholder limited liability: back toward a unitary "abuse" theory of piercing the corporate veil*, 100 NW. U.L. Rev. 405, 2006, S. M. BAINBRIDGE, *Abolishing Veil Piercing*, Harvard Law School, August 2, 2000 in SSRN. (ii) Tra coloro che invece avanzano, a vari livelli critiche nei confronti del principio di responsabilità limitata si possono citare, NOTE, *Should Shareholders Be Personally Liable for the Torts of Their Corporations?*, 76 YALE L.J. 1190, 1967 (che invoca il principio della responsabilità illimitata per le *closely-held corporations*); STONE, *The Place of Enterprise Liability in the Control of Corporate Conduct*, 90 YALE L.J. 1, 74, 1980 (che invoca l'abolizione del principio della responsabilità limitata *for criminal penalties, punitive damage awards, and "perhaps even civil liabilities arising under federal statutes whose policies do not appear fully discharged by compensation"*); P. BLUMBERG, *The Law of Corporate Groups: Substantive law*, 681-92, 1987 (il quale in qualche modo suggerisce l'abolizione del principio della responsabilità limitata in relazione ai gruppi societari, ma che poi, nella successiva opera del 2004, BLUMBERG, *on Corporate Groups*, op. cit. sembra in parte modificare le proprie teorie e limitarsi ad auspicare che i giudici adoperino con maggiore generosità la teoria del piercing the corporate veil in relazione al fenomeno dei gruppi); DENT, *Limited Liability in Environmental Law*, 26 WAKE FOREST L. REV. 151, 178, 1991 (che propone "a *reasonable prudence*" test for imposing limited liability on controlling shareholders"); M. ADAMS, *Ownership, Control and Limited Liability* (undated) (on file with authors) (che invoca "veil-piercing to controlling shareholders for corporations shown to have been established with negative net expected social value"); D. LEEBRON, *Limited Liability, Tort Victims, and Creditors* (undated), (Center for Law & Economic Studies, Columbia University School of Law, Working Paper No. 48) (che invoca l'abolizione del principio di responsabilità limitata tra la società madre e le controllate), H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, in *Yale Law Journal*, May, 1991; L. E. RIBSTEIN, *Limited liability, unlimited*, George Mason University, Law and Economics Working Paper; May 21, 1998, in www.ssrn.com.

tuttavia formulare alcune considerazioni di carattere generale, in merito a tale disciplina, di recente tanto criticata.

L'analisi economica del diritto¹¹⁵, almeno nelle intenzioni dei suoi studiosi, è volta a analizzare i fondamenti logico-economici delle regole giuridiche per valutarne gli effetti. L'analisi economica, in sostanza, considera il diritto come un insieme di incentivi, rivolti ai consociati, ad adottare un determinato comportamento positivo o negativo. In questa prospettiva, i precetti giuridici introducono un sistema di prezzi "impliciti" per i comportamenti degli individui che sono quindi esaminati in termini di convenienza ed efficienza¹¹⁶. In linea generale, pertanto, scopo dell'analisi

¹¹⁵ Le origini dell'analisi economica si rinvergono in importanti studi sviluppatasi principalmente negli Stati Uniti nel secolo scorso. Un primo significativo filone è dato dai contributi di analisi sulla legislazione anti-monopolistica e sulle sue conseguenze (si veda in proposito, E.S. MASON, *Economic Concentration and the Monopoly Problem*, Harvard, 1957; J.S. BAIN, *Industrial Organization*, Wiley and Sons, New York, 1959). Un contributo di fondamentale importanza è quello di Coase cui è convenzionalmente legato lo sviluppo dell'analisi economica del diritto nell'epoca contemporanea e che ha particolare rilevanza nel contesto del diritto commerciale. E' con tale Autore che si sviluppa la concezione dell'impresa quale "*nexus of contracts*", come un centro di un fascio di relazioni contrattuali esplicite o implicite tra diversi soggetti partecipanti all'attività di impresa, che riduce i "costi di transazione" R. COASE, *The Nature of the Firm*, 4 *Economica*, 386, 1937; ID., *The Firm, The Market and The Law*, Chicago, 1990; R. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, vol. 3, p. 1, saggio la cui traduzione italiana si legge in R. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995, p. 199 e ss.; PARISI, *Teorema di Coase*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez., civ., XIX, Torino, 1999, p. 296; F. DENOZZA, *Norme efficienti, L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, p. 31 e ss. Osserva L.A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, op. cit. p. 16 "Il movimento di analisi economica del diritto trova le proprie origini nel lavoro di Richard Coase sul problema del costo sociale, del 1960. [...] L'analisi di Coase presenta le caratteristiche proprie dell'AED: nella sua prospettiva, gli attori non subiscono passivamente le norme ma reagiscono strategicamente alle stesse (vendendo o acquisto titoli); l'analisi normativa viene effettuata prendendo in considerazione una combinazione di istituti giuridici diversi."

¹¹⁶ Il termine di efficienza non deve essere inteso in senso propriamente monetario o produttivo. I concetti di costo e beneficio richiedono una considerazione in senso lato con riferimento ai soggetti agenti nel rapporto giuridico - economico oggetto di indagine e, in generale, con riferimento al vantaggio o al nocimento che può essere procurato all'intera collettività. Si veda G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, Milano, 1996; S. ROMANO, *Metapolitics and Corporate Law Reform*, 36, *Stan. L. Rev.*, 923, p. 1013 (1984). Una regola è efficiente quando fa raggiungere un certo obiettivo sociale ad un prezzo più basso di quanto lo consentano le possibili alternative. La *law and economics* insegna a considerare i costi sociali di ciascuna regola e di qualsiasi scelta istituzionale; insegna a vedere chi sopporta questi costi e quindi chi sono i vincenti ed i perdenti di ciascuna scelta pubblica. Così viene spiegata l'analisi economica del diritto nell'introduzione di R. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI e T. ULEN, *Il Mercato delle regole, vol. I, I fondamenti*, Bologna, nuova edizione, 2006. Per quanto riguarda in particolare l'analisi economica della responsabilità civile in tale testo si legge che "*l'analisi economica del diritto è interessata a incentivi per un comportamento efficiente, da questo punto di vista la responsabilità ha la funzione di indurre i decisori a considerare i danni che i loro atti o le loro omissioni possono cagionare ad altri. Tali danni sono nel gergo degli*

economica è quello di aiutare a comprendere come le norme debbano essere redatte ed interpretate per conseguire determinati obiettivi e come i soggetti destinatari reagiscano agli incentivi e disincentivi introdotti da quelle norme¹¹⁷.

Nel contesto del diritto dell'impresa, concepita dagli economisti quale “*nexus of contracts*”¹¹⁸, gli studiosi di *law & economics* hanno affrontato il tema dell'efficienza dei rapporti che intercorrono tra le varie categorie dei soggetti coinvolti nell'attività d'impresa, come, ad esempio, tra azionisti e *managers*, tra azionisti e creditori, tra i

economisti costi esterni. Perciò lo scopo della responsabilità civile è quello di internalizzare i costi” p. 202. Si veda F. DENOZZA, *Analisi economica e diritto delle società per azioni*, in AA.VV. *Analisi economica del diritto privato*, Milano 1998, p. 320, “*Nella prospettiva dell'analisi economica del diritto l'efficienza della disciplina di un certo rapporto può essere garantita in due modi. Il primo consiste nell'affidare agli stessi soggetti interessati la scelta del regolamento del loro rapporto che essi ritengono preferibile. Se tutti i soggetti interessati si accordano sul contenuto delle regole che devono disciplinare i loro rapporti si può in genere supporre che l'applicazione di queste regole massimizzerà il benessere complessivo [...] Il secondo sistema per garantire la scelta di regole efficienti (sistema cui è inevitabile il ricorso là dove esistono ineliminabili costi di transazione e/o esternalità) è quello di ricostruire i potenziali effetti delle diverse regole ipotizzabili tentando di valutarne l'impatto sul benessere di ciascuno dei soggetti coinvolti. La regola che massimizza il benessere congiunto è quella più efficiente ed è altresì quella che il decisore deve preferire a tutte le altre*”.

¹¹⁷ Il giudizio sull'adeguatezza dei vincoli giuridici non è rappresentato in base ad astratti criteri di giustizia bensì in termini di efficienza (ed efficacia) che le norme possiedono in relazione agli obiettivi per il cui raggiungimento sono previste. Sulla base di questo approccio si tratta, pertanto, di valutare ciascuna regola in base alla capacità di determinare gli effetti che intende conseguire, agli strumenti utilizzati per il raggiungimento di quegli effetti e agli oneri che a tal fine sono posti in capo ai soggetti privati e ai poteri pubblici.

¹¹⁸ Tale teoria, come detto nella nota che precede è da ricondurre al RONALD COASE,. Si tratta di un punto di vista che supera il concetto tradizionale di persona giuridica, esaminato da un punto di vista formale, e che scende in profondità verso una valutazione sostanziale del fenomeno societario, realizzata attraverso l'individuazione di suoi elementi essenziali. La teoria contrattuale della società, elaborata da R. COASE, è stata sostenuta e sviluppata da altri studiosi. Si vedano BAYSINGER e BUTLER, *Antitakeover Amendments, Managerial Enrichment, and the Contractual Theory of the Corporation*, 71 *Va. L. Rev.*, 1257, 1985;; D. HADDOCK, J.R. MACEY e McCHESNEY, *Property Rights in Assets and Resistance to Tender Offers*, 73, *Va. L. Rev.*, 701, 1987;; J. KLEIN, *The Modern Business Organization: Bargaining Under Constraints*, 1991 *Yale L. J.* 1251;. Importanti contributi sono stati elaborati anche dagli economisti. Si veda, tra i tantissimi, A. ALCHIAN e H. DEMETS, *Production, Informational Costs, and Economic Organization*, 62, *Am. Econ. Rev.*, 777, 1992; S.N. CHEUNG, *The Contractual Nature of the Firm*, *J.L. & Econ.*, 1, 1983 ; E.F. FAMA e M.C. JENSEN, *Separation of Ownership and Control*, 26, *J.L. & Econ.* 301, 1983; M.C. JENSEN e W.H. MECKLING, *theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 *J. Fin. Econ.* 305, 1976; H. MANNE, *Mergers and the Market for Corporate Control*, 73 *J. Pol. Econ.* 110, 1965; Id., *Our Two Corporation System: Law & Economics*, 53, *Va. L. Rev.* 259, 1967; WILLIAMSON, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 *J.L. & Econ.* 233, 1979.

soci stessi, elaborando, per ciascun rapporto, modelli che consentano di incentivare comportamenti efficienti¹¹⁹.

Tuttavia, l'analisi economica del diritto, se ha l'indubbio vantaggio di aggiungere concretezza e praticità alle discussioni dottrinarie sull'argomento, non è andata esente da critiche, che ne hanno evidenziato limiti ed errori¹²⁰.

In primo luogo, si è sostenuto che l'analisi condotta dagli studiosi di *law & economics* sarebbe condizionata (se non inficiata) alla base da un forte orientamento politico. In particolare è stato fortemente criticato il parametro dei valori su cui tale teoria appare fondata; si dice in proposito che l'analisi economica tende a individuare la massimizzazione del benessere esclusivamente in termini di efficienza, e in particolare per quanto riguarda il diritto dell'impresa in termini di massimizzazione dello *shareholders value*, dando scarsa attenzione ai parametri della distribuzione della ricchezza e della giustizia¹²¹, nonché agli interessi dei c.d. *outside stakeholders*.

¹¹⁹ Si veda F. DENOZZA, *Analisi economica e diritto delle società per azioni*, op. cit., p. 318: "A un livello generalissimo l'analisi economica del diritto ha sicuramente il pregio di far emergere i conflitti di interessi sottostanti a molti problemi di politica e di interpretazione del diritto[...] Con riferimento alla società per azioni non c'è dubbio [...] che l'inquadramento di tutti i problemi nella teoria della rete di contratti aiuta a cogliere i reali conflitti di interessi su cui la disciplina incide con un'efficacia molto superiore a quella propria delle tesi tradizionali, con la loro impronta organicista, in cui un po' tutto si confonde con i loro continui riferimenti a nozioni irrimediabilmente vaghe, come quelle di interesse sociale, interesse di gruppo, ecc..".

¹²⁰ Si veda R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Oxford, 1978, trad. it., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, p. 90 per la quale la tradizione giuridica occidentale ha generato "principi che generano diritti e non politiche del diritto che definiscono scopi"; Si veda L.A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 19 e ss.; R. COTTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, op. cit., p. 17-18: "L'approccio romanista classico è, infatti, un approccio eminentemente ermeneutico: il diritto è incorporato in testi legislativi – i codici – ed il compito del giurista è interpretare questi testi, scoprendo il significato delle scelte collettive e legislative di cui tali testi sono la risultante. [...] Al contrario, l'approccio di L&E guarda in avanti: guarda alle conseguenze delle regole ammesse e seleziona in base alla desiderabilità di tali conseguenze. Le scelte del giudice e dell'avvocato non sono negate: sono ammesse esplicitamente, ma sono indirizzate in base a criteri di efficienza."; si vedano anche F. BUONOCORE, *Impresa, società per azioni e mercato: contiguità fra economia e diritto e analisi economica del diritto*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, p. 3; R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Digesto, Disc. Priv.*, Sez. civ., vol. I, Torino, 1987, p. 309 ss.

¹²¹ Tali obiezioni sono state recepite dagli studiosi di *law & economics*. Si veda G. CALABRESI, *An Exchange about Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin*, in 8 *Hofstra L. Rev.*, 1980, p. 553: "le critiche all'analisi economica del diritto colgono nel segno quando affermano che, senza una base

Si è evidenziato ancora, sotto l'aspetto metodologico, che le teorie di analisi economica tendono a forzare la realtà, per creare modelli formali miranti a ridurre la complessità degli assunti in regole di comportamento, senza tuttavia tenere in debita considerazione alcuni elementi distorsivi¹²². In proposito, ad esempio, si è evidenziato come le teorie ed i modelli di comportamento sviluppati dagli studiosi di *law & economics* siano erroneamente basate sull'assunto che i soggetti che operano nel mondo economico agiscono in maniera razionale, mentre il comportamento umano è spesso influenzato da fattori non razionali e imprevedibili.

Si è altresì sostenuto, che alla prova dei fatti, le rappresentazioni della realtà e, soprattutto le raccomandazioni degli economisti, peraltro spesso indeterminate¹²³, sono risultate erranee. La *law & economics* in sostanza avrebbe fallito nelle sue capacità di rappresentare la realtà e soprattutto nelle sue capacità predittive. E del

*in valori distributivi, la massimizzazione del benessere è un concetto privo di significato". Si veda altresì R. POSNER, *Law and Economics is Moral*, in 24 *Val. L. Rev.*, 1990, p. 163 e ss.; G. CALABRESI, *First Party, Third Party and Product Liability Systems: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them?*, in 69 *Iowa L. Rev.*, 1984, p. 833 ss.; A. GAMBARO, *L'analisi economica del diritto nel contesto della tradizione giuridica occidentale*, op. cit., p. 453 e ss.; R. COOTER, *Le migliori leggi giuste: I valori fondamentali dell'analisi economica del diritto private*, in *Analisi economica del diritto private*, op. cit., p. 464 : "quando l'efficienza paretiana si accoppia con teorie ideali, la situazione iniziale rispetto alla quale si misurano i miglioramenti paretiani è data dalla teoria sociale prescelta. Pertanto, poiché l'analisi paretiana costituisce il cuore dell'analisi economica del diritto, anche quest'ultima può essere considerata neutra, almeno in linea di principio, rispetto a qualsivoglia ideale distributivo."*

¹²² Quali l'irrazionalità degli investitori. Gli studiosi dibattono vigorosamente su come elaborare un modello di razionalità limitata contrapposta alla razionalità piena ed assoluta assunta come postulato dall'economia tradizionale.

¹²³ Si veda S. SHAVELL, *Analisi economica del diritto*, ed. it. A cura di Alberto Baccini e Andrea Fineschi, Giappichelli, Torino, 2007, p. 109 : "*Possono essere identificate tre fonti di indeterminazione, e ciascuna, per differenti ragioni, non sembra una critica valida all'analisi economica del diritto. Primo si potrebbe essere incapaci di prevedere gli effetti di una scelta di politica del diritto. La risposta a questo punto è che, sebbene sia spesso vero, questo non costituisce di per sé un demerito dell'analisi economica del diritto. Costituirebbe una critica fondata solamente se ci fossero metodi migliori di predizione di quelli usati dall'analisi economica. Secondo, si dice alle volte che l'analisi economica è indeterminata a causa della sua malleabilità – cioè che la lista delle variabili che un analista può considerare è lunga, e la scelta è lasciata all'analista. E' vero che un analista può considerare molte differenti variabili. Ma si deve ritenere che la scelta di cosa considerare nell'analisi deve essere prioritariamente governata da criteri di praticità e convenienza, e non dall'arbitrio. Terzo, si dice spesso che l'analisi economica è indeterminata perché non c'è un metodo oggettivo per pesare gli interessi in competizione degli individui. E' vero che non c'è un metodo oggettivo per bilanciare gli interessi degli individui. Ma c'è molto da dire circa la scelta della politica, da una misura di benessere sociale e questa critica non riconosce ciò*".

resto la recente crisi dei mercati finanziari è da più parti invocata come la riprova del fallimento di tale disciplina, e ciò non solo perché gli economisti non avrebbero saputo prevedere la crisi, ma anche perché si ritiene che i modelli da loro proposti ne siano stati, almeno in parte, la causa.

Senza ulteriormente approfondire, in questa sede, il tema delle critiche all'analisi economica del diritto, giova segnalare che almeno dal punto di vista del giurista di *civil law* che si appresta alla materia della *law & economics* le difficoltà e le problematiche maggiori nascono in realtà dal differente substrato fattuale e giuridico su cui tali modelli son costruiti¹²⁴. Il parametro principale di riferimento dei giuristi dell'analisi economica è, infatti, costituito dal sistema economico finanziario americano, basato sulle grandi *public corporations*, con azionariato diffuso e forte divisione tra proprietà e controllo che, seppur rilevante nella vita economica, non è certo l'unica forma sotto cui sono esercitate le attività imprenditoriali¹²⁵. Ed inoltre il sistema giuridico statunitense, nel cui ambito si sono sviluppate tali teorie, è un

¹²⁴ Come gli studi di analisi economica comparata hanno mostrato, il giudizio circa la bontà (*rectius*: efficienza) di una ricetta (*rectius*: modello) giuseconomica non può infatti prescindere da una analisi del *background* istituzionale in cui essa si colloca, l'insegnamento proviene soprattutto da U. MATTEI, *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, 1997 ma si veda anche di R. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI e T. ULEN, op. cit. In proposito C. MARCHETTI ha segnalato come “*i benefici e i costi di una certa regola, infatti, ben difficilmente sono solo ed elusivamente pregi e difetti intrinseci della medesima, potendo al contrario la loro entità variare a seconda dello spazio e del tempo. Inoltre, come una recente letteratura sottolinea, un ruolo di primaria importanza nella determinazione dell'efficienza di una norma è quello svolto dalle, per così dire, istituzioni culturali e sociali proprie del sistema in cui la norma medesima si colloca. Si può ad esempio osservare come la necessità di una regolamentazione particolarmente severa del conflitto di interessi sia meno stringente in sistemi nei quali la scoperta del perfezionamento da parte di amministratori o manager di operazioni conflittuali innesca solitamente una forte reazione da parte della stampa specializzata. La riprovazione sociale che da reazioni di tal genere deriva, infatti, costituisce un primo e naturale deterrente al compimento di operazioni in conflitto di interessi, non foss'altro per il pregiudizio che da ciò può derivare agli autori della condotta illecita nel relativo mercato del lavoro*” in *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni: i modelli di definizione di un problema in un'analisi economica comparata*, in *Giur. Comm.*, 2004, p 1229. Sul punto si veda anche BLACK, *Legal and Institutional Preconditions for Strong Securities Markets*, 48 *UCLA L. Rev.*, 781, 812-813, 2001. Più in generale, sulla interrelazione tra norme e contesto sociale si vedano EISENBERG, *Corporate Law and Social Norms*, 99 *Colum. L. Rev.* 1253, 1999 e BLAIR & A. STOUT, *Trust, Trust-Worthiness, and the Behavioral Foundations of Corporate Law*, 149 *U. Pa. L. Rev.*, 2001.

¹²⁵ Mentre l'estensione del principio di responsabilità limitata alle *closely-held corporations* è parsa fondata precipuamente su scelte di politica economica (l'incentivazione delle attività imprenditoriali) che spiegherebbero semmai l'effetto e non la causa di una scelta normativa.

sistema giuridico molto diverso da quello dei paesi di *civil law*, caratterizzato da una diversa concezione della persona giuridica, dalla dottrina del *piercing the corporate veil*, dalle *class actions*¹²⁶, dai *punitive damages*, dall'assenza di capitale sociale minimo.

È, tuttavia, pur vero che le società di capitali appaiono dotate di una “*comune struttura giuridica ...in ogni ordinamento*”¹²⁷, che il diritto societario assolve in tutto il mondo la medesima funzione, che c'è una sostanziale uniformità tipologica delle società di capitali nei paesi ad economie sviluppate: in sostanza che gli ordinamenti societari sono molto più uniformi di quanto non si pensi¹²⁸.

Resta quindi di estremo interesse ripercorrere, alcuni passaggi del dibattito gius-economico americano sviluppatosi in relazione al principio di responsabilità limitata nelle società di capitali.

2.2. LE RAGIONI A SOSTEGNO DEL PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ LIMITATA

La prima e fondamentale ragione a sostegno del principio di responsabilità limitata, quale regola necessaria dei moderni mercati di capitali, si basa sull'assunto che detto principio costituisce un incentivo ad intraprendere attività imprenditoriali rischiose ma socialmente desiderabili.

¹²⁶ In merito è noto che è appena entrata in vigore in Italia la *class action*, introdotta con dopo una svariata serie di proroghe, all'art. 140-bis del Codice del Consumo (D. Lgs n.206/2005), sollecitata dal Libro Verde pubblicato dalla Commissione Europea il 27 novembre del 2008 sulla tutela collettiva dei consumatori. Senza approfondire in questa sede il tema, già foriero in Italia di vivaci dibattiti, ci si limita a rilevare che la *class action* all'italiana è cosa completamente diversa da quella americana, Non solo per le modalità di configurazione delle classi, ma anche per la scelta di adottare il sistema dell'*opt-in*, che costituisce quindi un vincolo solo per chi ha agito o aderito all'iniziativa.

¹²⁷ Così V.D.A. SKEEL JR, *Corporate Anatomy Lessons*, 113 *Yale Law Journal* 1519, 2004.

¹²⁸ Particolarmente interessante in proposito appare il volume, di recente tradotto in italiano da L. ENRIQUES, R. KRAAKMAN, P. DAVIES, H. HANSMANN, G. HERTIG, K. J. HOPT, H. KANDA & E. B. ROCK, *Diritto societario comparato*, Bologna, 2006. Nell'incipit di tale testo gli autori osservano come “*l'anatomia delle società di capitali ovunque ci si trovi*” in quanto le società di capitali presentano “*cinque caratteristiche fondamentali (personalità giuridica, responsabilità limitata, trasferibilità delle azioni, amministrazione, di tipo collegiale, separata dalla proprietà e proprietà in capo agli investitori)*” p. VII, e IX.

La responsabilità limitata costituirebbe così un'importante garanzia per la crescita delle grandi imprese industriali, che svolgono appunto attività imprenditoriali socialmente utili, ove in assenza del principio di responsabilità limitata gli investitori sarebbero esposti a ingenti rischi, e ciò sarebbe di ostacolo alla crescita economica, che crea benessere per l'intera collettività¹²⁹.

Questa teoria discende, come logica conseguenza, da uno dei postulati dell'analisi economica del diritto, secondo cui gli investitori sono soggetti "*risk adverse*"¹³⁰. In sostanza, in assenza del principio di responsabilità limitata gli investitori, e più in generale tutti i soggetti che operano nel mercato, potrebbero essere indotti ad un "*overdeterrence*" non economicamente efficiente e non desiderabile¹³¹.

Inoltre, la responsabilità limitata è regola efficiente in quanto consente il trasferimento del rischio d'impresa dagli azionisti ai creditori, i quali risultano essere migliori "*risk bearers*".

È questo il pensiero fondamentale di RICHARD POSNER, secondo il quale il trasferimento del rischio dagli investitori ai creditori è essenziale ai fini di un efficiente funzionamento del mercato dei capitali. Secondo POSNER, che i creditori siano migliori *risk bearers* degli investitori, risulterebbe da due ordini di ragioni:

¹²⁹ Con la crescita della dimensione dell'impresa, infatti, crescono anche le responsabilità potenzialmente derivanti dalla gestione ed esercizio della stessa. L'incremento dimensionale si correla ad un innalzamento del livello di rischio che l'insieme delle obbligazioni assunte nell'esercizio dell'impresa raggiunga dimensioni tali da travolgere l'attività imprenditoriale e l'imprenditore. Sotto tale profilo, quindi, la forma societaria cui si correla il beneficio della responsabilità limitata consentirebbe di perseguire la crescita dell'impresa senza rischi di particolari tracolli. In tale impostazione si vedono le derivazioni della teoria della "mano invisibile" di ADAM SMITH, , *Indagine sulla natura e sulle cause della ricchezza delle nazioni*, 1776.

¹³⁰ Una persona è avversa al rischio se considera l'utilità di una prospettiva certa di reddito monetario maggiore dell'utilità attesa di una prospettiva incerta con uguale valore monetario. Ebbene gli economisti assumono che la maggior parte delle persone fisiche sia avversa al rischio mentre assumono di frequente che le organizzazioni commerciali sono neutrali al rischio.

¹³¹ Si veda in proposito S. SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, 1987, p. 209, il quale osserva come "*imposing full damages on a risk-averse injurer may lead to overdeterrence*". In merito a tale teoria occorre sin'dora osservare che allo stesso modo può essere sostenuto, ed è stato sostenuto, che il principio di responsabilità costituisce anche un incentivo ad intraprendere attività rischiose che tuttavia non sono socialmente desiderabili (ma sul punto si tornerà nel proseguo).

(a) i creditori dell'impresa hanno possibilità di accesso a migliori e maggiori informazioni sulla società rispetto agli azionisti investitori (con particolare riferimento ai *passive shareholders*);

(b) i creditori sono meno *risk adverse* degli azionisti, e in alcune situazioni sono addirittura *risk neutral* o *risk preferring*, poiché essi sono in grado di coprirsi dal rischio di mancata soddisfazione del proprio credito mediante l'applicazione di interessi in misura coerente¹³².

Se i creditori sono quindi più abili degli investitori nella valutazione dei rischi (e più abili particolarmente dei c.d. *passive shareholders*), il valore della società può essere massimizzato facendo sopportare ai creditori una sostanziale porzione del rischio d'impresa¹³³.

Inoltre, nei limiti in cui tale principio è vero, la responsabilità limitata è regola efficiente perché elimina la necessità che gli operatori del mercato raggiungano lo

¹³² Si veda R. POSNER, *The Rights of Creditors of Affiliated Corporations*, op. cit.. Il presupposto che i creditori siano migliori *risk barers*, secondo POSNER, è di per sé reso evidente dalla "*prevalence of risk shifting from shareholders to creditors is evidence in many cases creditors can bear the risk more cheaply*", p. 499 e ss.. La minore avversione al rischio economico del finanziatore esterno all'impresa societaria si spiega, secondo POSNER, per due motivi. Il primo è che il finanziatore è, solitamente, nella posizione di poter più facilmente acquisire le informazioni necessarie per stimare l'entità del rischio che egli si appresta ad assumere. Il secondo motivo è che il finanziatore esterno è ampiamente compensato per il trasferimento e l'assunzione del rischio medesimo con il più elevato tasso di interesse che la società di capitali, beneficiando del regime di limitazione di responsabilità, può permettersi di corrispondere. Tali due motivi di minore avversione al rischio si intrecciano tra loro. Per poter determinare l'ammontare della maggiorazione del tasso di interesse esigibile ai fini della concessione del prestito, chi finanzia la società deve poter esprimere un'accurata stima del rischio in cui potenzialmente incorre e deve quindi avere la possibilità di disporre di tutte le informazioni riguardanti lo stato patrimoniale e la situazione finanziaria della società che risultano utili a questo fine. Appare evidente che il pensiero di POSNER è calibrato esclusivamente avendo riguardo da un lato, quali azionisti, agli azionisti delle *public corporation* con moltitudini di azionisti "passivi" e dall'altro, quali creditori, ai grandi finanziatori. Tali discorsi non possono certo applicarsi agli azionisti di controllo, tipici del sistema italiano anche nell'ambito delle società quotate, né ai piccoli creditori o ai creditori c.d. involontari.

¹³³ Si veda R. POSNER, *The Rights of Creditors of Affiliated Corporations*, op. cit.. Tale Autore sostiene che "*since voluntary creditors are easily able to investigate the capitalization and other measures for reducing risk undertaken by those to whom they lend, they can adjust their rates of interest accordingly, and thus protect themselves against any increased risk they assume because of the rule of limited liability. It ought to be improper, he explained, absent misrepresentation or other fraudulent conduct on the part of shareholders to pierce the corporate veil for contract creditors*" op. cit 5.

stesso risultato per mezzo di costose negoziazioni¹³⁴. Si riducono, in tal modo, i “costi transattivi”, secondo la terminologia di COASE.

Invero, una delle funzioni del diritto contrattuale, secondo la ricostruzione effettuata dall’analisi economica del diritto, è proprio quella di consentire, mediante l’adozione di una serie di condizioni standardizzate, una riduzione dei *transaction costs* che verrebbero sostenuti dalle parti nel tentativo di raggiungere le medesime condizioni contrattuali¹³⁵. La contrattazione, in tale ottica, è necessariamente efficiente se abbate i costi transattivi, a prescindere dalla conformazione dei diritti posta in essere dall’ordinamento giuridico. Nello specifico, quindi, l’adozione della regola della responsabilità limitata consentirebbe di risparmiare quei costi negoziali legati alla necessità di una specifica contrattazione per giungere allo stesso effetto¹³⁶.

In proposito ESTERBROOK e FISCHER, prendendo criticamente le mosse dal pensiero di POSNER¹³⁷, hanno sostenuto che il principio di responsabilità limitata

¹³⁴ La teoria si basa ovviamente sul modello contrattualistico dell’impresa e sul pensiero di R. Coase del “costo delle transazioni”, si veda in proposito R. COASE, *The Problem of Social Cost*, op. cit.. In sostanza secondo tale teoria quando i costi transattivi (siano essi esogeni al sistema giuridico, quali costi di ricerca, costi di negoziazione e costi di esecuzione o endogeni allo stesso) sono a zero, la negoziazione privata conduce ad un efficiente uso delle risorse, indipendentemente dalla conformazione dei diritti posta in essere dall’ordinamento giuridico; invece, quando i costi di transazione sono alti a sufficienza da impedire la negoziazione, l’uso efficiente delle risorse dipende dall’allocazione dei diritti operata dall’ordinamento giuridico. In sostanza i teorici del contrattualismo ritengono che le “*default rules*” dovrebbero essere quelle regole che la maggior parte dei soggetti adotterebbe comunque se potessero contrattare in assenza dei costi di transazione (i c.d. *majoritarian default*) così S. M. BAINBRIDGE osserva che “*so long as the default rules are properly chosen, however, the majoritarian default reduces transaction costs because most parties will be spared the need to reach a private agreement on the issue in question*” op. cit. pp 7 e ss.

¹³⁵ Si veda R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 1986, 79 e ss.

¹³⁶ L’ordinamento in sostanza aggiunge una clausola contrattuale standard a tutti gli accordi conclusi dalla società con i propri creditori; una clausola per cui questi ultimi potranno far valere il proprio credito soltanto sui beni della società senza aggredire il patrimonio dei singoli soci, con conseguente eliminazione per questi ultimi, della necessità di intraprendere una ulteriore negoziazione per ottenere un beneficio che è già previsto dall’ordinamento.

¹³⁷ Essi in particolare affermano che in realtà i creditori sarebbero addirittura più avversi al rischio degli azionisti “*Creditors are generally more risk averse than stockholders; why else do creditors arrange for the equity claimants to bear the most risk? Creditors accept a lower rate of return on investment precisely because the stockholders are wiped out first. The variance of stockholders’ returns is greater; they take the most risk and reap the gains if the firms do well*” p. 2, così come, tali autori

consente, piuttosto che lo spostamento del rischio d'impresa da investitori a creditori, l'equa suddivisione di tale rischio tra *debt* e *equity investors*¹³⁸. Una suddivisione che, ancora una volta, in assenza di un'apposita norma sarebbe ricreata contrattualmente (tramite assicurazioni ed altri rimedi limitativi del rischio) con costi tuttavia maggiori.

Un ulteriore importante argomento a sostegno della responsabilità limitata si basa sulla teoria della diversificazione degli investimenti. In sostanza la responsabilità limitata, facilitando la diversificazione degli investimenti, consente la riduzione del rischio per gli investitori, con conseguente aumento degli investimenti, che a sua volta condurrebbe ad una riduzione del costo del denaro. Ma procediamo con ordine.

La "questione della diversificazione" dei portafogli d'investimenti, quale mezzo di efficiente allocazione degli investimenti stessi, trova la sua fonte nella teoria delle probabilità e dei giochi di PASCAL e FERMAT¹³⁹. La sua applicazione agli

sostengono altresì che il fatto che i creditori abbiano maggiori informazioni, oltre a non essere sempre vero, certo non è di per sé una ragione sufficiente a giustificare il principio della responsabilità limitata.

¹³⁸ In proposito ESTERBROOK e FISCHER, op. cit., affermano "*Limited liability does not eliminate the risk of business failure. Someone must bear that loss. Limited liability is an arrangement under which the loss largely lies where it falls. Loss is swallowed rather than shifted. Each investor has a guaranteed maximum on the loss he will bear. In a firm with debt, that guaranteed maximum is combined with a preference for the debtholder. The shareholder is wiped out first. To this extent risk is "shifted" from debt investor to equity investor. In a regime of unlimited liability still more risk would be shifted. Because someone must bear the entire risk of business failure under any rule, some have argued that the importance of limited liability has been exaggerated. The benefit to stockholders from limited liability, the argument runs, is exactly offset by the detriment to creditors. Stockholders are more secure and so demand a lower rate of return under limited liability, but creditors demand a higher rate; the opposite is true under unlimited liability. The firm's cost of capital, the argument continues, is the same under either rule. [...] The validity of this argument depends on whether the risk that the value of the firm will be less than the value of the creditors' claims can be borne equally well by creditors and stockholders. Several factors are pertinent to this question: the extent of common interests, relative monitoring costs, relative information and coordination costs, and attitudes toward risk*" p. 5.

¹³⁹ Dalla teoria dei giochi non sappiamo che non collegate scommesse si cumulano. Dato un importo per giocare d'azzardo, puntare l'intera somma su una sola giocata espone l'investitore alle estreme conseguenze (la vincita o la perdita). dividendo lo stesso importo su diverse giocate riduce l'incertezza in quanto la frazione della vincita (o perdita) del gioco tenderà ad avvicinarsi alle probabilità di vincita (o perdita).

investimenti azionari trae origine dalle teorie sul portafoglio di MARKOWITZ, che gli valsero il premio nobel nel 1990¹⁴⁰.

Peraltro già HENRY MANNE, in uno scritto del 1967, aveva sottolineato l'importanza della diversificazione dei portafogli d'investimenti e l'essenzialità a tal fine del principio di responsabilità limitata¹⁴¹. L'Autore sosteneva che senza quella prerogativa le *public corporations* non potrebbero esistere poiché, in un regime di responsabilità illimitata, ciascun azionista rischierebbe gran parte del suo patrimonio. Ciò scoraggerebbe gli investitori, soprattutto quelli con patrimoni più consistenti, dall'investire piccole somme in diverse società, per investire invece maggiori importi su un minor numero di imprese, da poter monitorare da vicino¹⁴². Al contrario, la responsabilità limitata consente di portare avanti numerosi progetti di investimento, senza esporre gli investitori alla rovina nel caso di fallimento di un progetto e senza disincentivare gli investimenti, in quanto eventuali fallimenti di un progetto potrebbero facilmente essere controbilanciati da altri progetti che sono invece andati bene.

Su tali premesse, altri autori hanno sostenuto che la responsabilità limitata oltre a consentire la diversificazione degli investimenti per la minimizzazione dei rischi¹⁴³, comporterebbe, quale ulteriore beneficio, la riduzione del costo del denaro.

¹⁴⁰ "Diversification" è la suddivisione del capitale dell'investitore tra le azioni di numerose, diverse e non correlate corporations, che diventano il portafoglio dell'investitore. Si veda H. MARKOWITZ, *Portfolio Selection: Efficient Diversification of Investments*, 2nd ed, 1991.

¹⁴¹ H. MANNE, *Our Two Corporation Systems: Law and Economics*, 53 VA. L. REV. 259, 1967.

¹⁴² È infatti immediatamente intuitivo che senza il principio di responsabilità limitata investire in diverse società anziché ridurre il rischio di perdita lo aumenta "*Rather than investing being analogous to many small gambles, unlimited liability restores to each investment the possibility of being a huge disaster*" BLUMBERG, p. 5-16, op. cit. E ancora E F. FAMA, *Agency Problems and the Theory of the Firm*, 88 J. POL. ECON. 288, 1980 "*Those who invest capital can bear additional risk, because each investor is free to participate in many ventures. The holder of a diversified portfolio of investments is more willing to bear the risk that a small fraction of his investments will not pan out*".

¹⁴³ ESTERBROOK e FISCHER in particolare affermano "*as Henry Manne emphasized, limited liability allows more efficient diversification. Investors can minimize risk by owning a diversified portfolio of assets. Firms can raise capital at lower costs because investors need not bear the special risk associated with non diversified holdings. This is true, though, only under a rule of limited liability or some good substitute. Diversification would increase rather than reduce risk under a rule of unlimited liability. If any one firm went bankrupt, an investor could lose his entire wealth. The rational strategy under unlimited liability, therefore, would be to minimize the number of securities held. As a result,*

Infatti, quando gli investitori possono ridurre facilmente i propri rischi, essi sentono pure il desiderio di aumentarne l'affronto con la conseguenza che investiranno di più e in diverse imprese, restando soddisfatti pur con un ritorno inferiore. Si renderanno quindi disponibili maggiori capitali a minor costo ed i *managers* avranno maggiori e migliori possibilità di gestione dell'impresa¹⁴⁴.

Un ulteriore aspetto positivo del principio di responsabilità limitata è stato individuato nel fatto che l'adozione di tale principio consentirebbe di ridurre i costi di monitoraggio sia dei *managers* sia degli altri azionisti.

La questione dei costi di monitoraggio, prevalentemente quelli dei *managers*, è parte delle teorie relative ai costi (c.d. *agency costs*) derivanti dalla specializzazione del lavoro¹⁴⁵ e dalla divisione tra proprietà e controllo, quale modalità organizzativa propria delle società di capitali, in particolare delle *public corporations*¹⁴⁶. Secondo i sostenitori della responsabilità limitata tale regola

investors would be forced to bear risk that could have been avoided by diversification, and the cost to firms of raising capital would rise" op cit., p. 5.

¹⁴⁴ In tal senso ESTERBROOK e FISCHER osservano "In sum policies that let shareholders diversify and, effectively, reduce their aversion to risks lead to willingness to invest and willingness to take desired risks. The willingness to invest means more capital for corporations, and means that corporations need not offer as great future benefits to raise new funds (i.e. they face a lower cost of capital). The willingness to take risks means that corporate managers do not shun profitable projects for safer, but less rewarding, alternatives" op cit., p. 5.

¹⁴⁵ La teoria degli *agency costs* può essere fatta risalire a JENSEN & MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure*, op. cit.. In estrema sintesi, secondo le teorie di analisi economica, un problema di *agency* sorge ogniqualvolta il benessere di una parte detta "*principal*" dipende dagli atti posti in essere da un'altra parte, detta "*agent*". Il problema sta nel motivare l'*agent* ad agire nell'interesse del *principal* piuttosto che soltanto nel proprio. Nel contesto del dritto societario, i problemi di *agency* si rinvengono nei conflitti di interesse non solo tra azionisti e managers ma anche tra azionisti di minoranza e azionisti di maggioranza e azionisti o società ed altri *stakeholder*, quali creditori e dipendenti. Sulla questione degli *agency costs* la letteratura è infinta, si vedano in particolare *Agency Theory, Information and Incentives*, BAMBERG & SPREEMAN eds. 1987, e più di recente E. POSNER, *Agency Models in Law and Economics*, in *Chicago Lectures in Law and Economics* 225 (E. POSNER ed 2000) Secondo HENRY HANSMANN e REINER KRAAKMAN, scopo del diritto societario è quello di contenere i conflitti di interesse tra i vari *stakeholders* della società, op. cit.

¹⁴⁶ Così E. F. FAMA nota come "when the technology of production requires firms to combine both the specialized skills of multiple agents and large amounts of capital. The publicly held corporation facilitates the division of labor" "The distinct functions of managerial skills and the provision of capital (and the bearing of risk) may be separated and assigned to different people -- workers who lack

ridurrebbe i costi derivanti dalla specializzazione del lavoro, pur non eliminandoli, siccome in buona parte connaturati al sistema. Appare intuitivamente evidente che quanto più i soci sono costretti a sopportare il rischio d'impresa derivante dalle decisioni dei *managers*, tanto più essi saranno incentivati a monitorarne da vicino l'attività. Ma oltre una certa misura il meccanismo del monitoraggio diviene inefficiente¹⁴⁷, senza considerare che, in aggiunta, spesso gli investitori non hanno la capacità di controllare appropriatamente i *managers*¹⁴⁸.

Con la limitazione della responsabilità, la necessità di monitorare la gestione della società sarebbe invece significativamente ridotta¹⁴⁹.

La responsabilità limitata, riducendo l'incentivo a monitorare i *managers*, ridurrebbe anche i costi di gestione della società¹⁵⁰, consentendo una più efficiente suddivisione del lavoro e creando incentivi più allineati tra soci e *management*¹⁵¹.

capital, and owners of funds who lack specialized production skills" op. cit; FAMA & JENSEN, *Separation of Ownership and Control*, op.cit..

¹⁴⁷ Correttamente BLUMBERG osserva come "*Monitoring generally speaking is unavoidable. Agents who are not supervised will have reduced incentive for loyalty and for fulfilling their obligations. A single principal has the full incentive to monitor agents. If every shareholder did monitor, however, the result would be repetitive and wasteful*" op. cit p. 5-14 L'attività di monitoraggio dell'azionista è un'attività costosa e non molto efficace. Ciò in quanto l'attività di monitoraggio per il singolo azionista è molto costosa mentre i benefici che ne derivano, in termini di ipotetico maggior valore della società, si ripartiscono invece su tutti gli azionisti e toccano solo pro quota il soggetto che si è accollato l'intero costo di monitoraggio. In sostanza chi si impegna in un attività di monitoraggio internalizza per l'intero il costo di sorveglianza, mentre i benefici di tale attività rappresentano un esternalità positiva che si ripercuote su tutti gli azionisti. Pertanto ad ogni singolo azionista conviene aspettare che qualcun altro si impegni (creando così il fenomeno del c.d. "*free riding*") e poiché tutti hanno interesse a che qualcun altro si impegni nessuno fa niente. Una chiara definizione di Free Riding è data nel testo, Il mercato delle regole, op. cit. ivi si legge "*per comprendere tale concetto, si immagini un tram senza conducente: per metterlo in moto è sufficiente inserire il denaro in n congegno elettrico. I viaggiatori (riders) si accorgeranno che è sufficiente che qualcuno paghi affinché un tram si muova, granted in tal modo una corsa gratuita (free ride) a tutti gli altri*" p. 121.

¹⁴⁸ Inoltre i "*passive shareholders*" generalmente non hanno le capacità di monitorare, ciò anche a causa di alcune caratteristiche tipiche dei mercati finanziari, quali l'asimmetria informativa. In sostanza il gestore dell'impresa, ovvero i *managers*, godono rispetto agli azionisti di una serie di privilegi informativi, essendo al corrente di conoscenze sullo stato di dell'impresa e sulle sue prospettive che sono ad altri ignote (ridde information) e gli azionisti non sono in grado di conoscere e, dunque di sindacare, le azioni ed i comportamenti dei *managers*.

¹⁴⁹ Inoltre responsabilità limitata e la correlata riduzione dei costi di monitoraggio, consentono al socio a diluire il rischio dell'investimento e di scegliere quindi una strategia di inattività, rispetto all'effettiva conduzione dell'attività societaria. Si tratta del tema della passività degli azionisti nelle grandi imprese con azionariato diffuso.

Si è anche sostenuto che la responsabilità limitata eliminerebbe i costi relativi al monitoraggio degli altri azionisti.

È una teoria che trova le sue radici nel pensiero di HALPERN, TREBILCOCK, e TURNBULL, i quali, già all'inizio degli anni 80', sostenevano che "*limited liability is necessary for the existence of an organized securities market*", in quanto, in un regime di responsabilità illimitata, le azioni di una società non avrebbero tutte uguale valore, variando questo secondo la consistenza del patrimonio degli azionisti che detengono le azioni¹⁵² e rendendo così impossibile "*to conduct an organized liquid market*".

Il principio di responsabilità limitata in buona sostanza renderebbe i mercati finanziari possibili ("*limited liability makes markets possible*").

¹⁵⁰ Così ESTERBROOK e FISCHER "*The regime of unlimited shareholder liability would force the shareholders to monitor closely the activities of their corporations in order to escape liability, and that the high cost of this monitoring would itself discourage investment*" op. cit. p. 4. Tale argomento verrà in parte criticato da PRESSER, il quale afferma che "*this is not a strong argument because it seems quite possible that shareholders might meet the costs of monitoring under a regime of unlimited liability letting monitoring function be carried out by brokers or by management itself, as in part they already do under the rule of limited liability in precisely the manner they do today*", pp.4-5.

¹⁵¹ Si veda in proposito M. CAREY, il quale ha osservato come il principio di responsabilità limitata riduce anche i conflitti di interesse tra managers e azionisti.

¹⁵² Gli autori da ultimo citati osservano in proposito "*The greater a particular investor's wealth in relation to that of other investors in the same firm, the higher the probability that the investor's personal wealth would be reached in the event of corporate default. The greater the anticipated cost of this additional capital contribution, the less this investor would be willing to pay for shares*" op. cit., p. 4.

La teoria è stata poi ripresa da EASTERBROOK e FISCHER¹⁵³, i quali, partendo dall'assunto che in un regime di responsabilità illimitata il valore delle azioni dipende almeno in parte dal soggetto che le detiene, ritengono che ciò costituirebbe un incentivo a monitorare la distribuzione delle azioni e il patrimonio dei loro detentori. In tale contesto ciascun socio sarebbe costretto a monitorare la consistenza del patrimonio degli altri azionisti, in particolare in relazione alla consistenza del proprio. Ciò in quanto in un sistema di responsabilità illimitata i creditori orienterebbero le proprie pretese innanzitutto nei confronti degli azionisti più ricchi¹⁵⁴.

Al contrario l'opposto principio di responsabilità limitata renderebbe irrilevante chi siano i proprietari delle azioni eliminando quindi costi del relativo monitoraggio. Il monitoraggio degli altri azionisti inoltre non migliora in alcun modo la gestione dell'impresa ed è perciò sempre e per definizione inefficiente.

Infine, ad ulteriore conseguenza delle tesi sopra citate, si è argomentato che il principio di responsabilità limitata creerebbe incentivi per una migliore efficienza dei

¹⁵³ Secondo EASTERBROOK e FISCHER, la tesi da ultimo citata non sarebbe di per sé sufficiente a giustificare la regola della responsabilità limitata. Secondo tali autori ciò "in one sense it merely restates the question. Why is it important for the residual claimants of one kind of firm (publicly held corporations) to have access to organized securities markets while residual claimants of other firms (partnerships, close corporations, cooperatives, and so forth) do not? A related point is that organized securities markets provide benefits that cannot be completely appropriated by the participants. Unless investors in a firm can capture private benefits exceeding the private costs, they will not incur these costs. An understanding of why some firms but not others incur the costs of participation in an organized securities market sheds much light on the rationale of limited liability. Finally, why could markets with unlimited liability not be organized in ways that would prevent wealth from making a difference? Firms could obtain insurance for the investors, or the actual investments could be made by clearing houses or other intermediaries with constant wealth. Investors in futures markets regularly put at risk more than their initial investments, but guarantees issued by brokers and clearing houses permit the operation of liquid markets. An explanation of limited liability must establish why we do not see risk shifting or guarantees of this sort among investors in corporations" op. cit pp., 12-13.

¹⁵⁴ In altri termini in caso di insolvenza di una società a responsabilità illimitata i creditori indirizzerebbero le proprie pretese innanzitutto verso i soci più ricchi e solo successivamente anche nei confronti dei soci meno ricchi e così via fino al completo esaurimento del passivo sociale o delle risorse dei soci. In questo senso maggiore è il patrimonio del socio, maggiore è il rischio di vederlo aggredito dai creditori sociali, soprattutto in caso di insolvenza. La possibilità di ciascun azionista di essere sottoposto a responsabilità personale dipende dal benessere e della ricchezza degli altri azionisti. Se gli altri sono benestanti la responsabilità verrà suddivisa, se invece le azioni vengono vendute ad azionisti poveri i restanti azionisti benestanti dovranno sopportare maggiori responsabilità.

mercati finanziari. Nell'ambito specifico delle teorie del *market for corporate control*¹⁵⁵, si è affermato che la responsabilità limitata induce a disciplinare la categoria dei *managers*, incentivando anch'essi ad agire in maniera efficiente. In sostanza, il principio di responsabilità limitata, rendendo le azioni fungibili e facili da trasferire (ed essendo irrilevante la loro intestazione), ridurrebbe i costi di trasferimento delle azioni¹⁵⁶ ed agevolerebbe le transazioni che hanno ad oggetto il

¹⁵⁵ Volendo sintetizzare schematicamente i tratti più significativi di un dibattito peraltro tuttora aperto e in evoluzione, si deve anzitutto premettere che può oggi considerarsi minoritario il filone dottrinale, che si ricollega al pensiero di H. MANNE (H. G. MANNE, *Mergers, And The Market For Corporate Control*, in *The Journal of Political Economy*, 1965, p. 110 e ss.), secondo cui l'OPA ostile costituirebbe lo strumento elettivo di ottimale allocazione delle risorse e di sostituzione del management inefficiente da parte del management più dotato di capacità imprenditoriali. Il modello teorico tradizionale del mercato del controllo, fortemente legato alle teorie neoclassiche dell'impresa, si fondava sul postulato secondo cui *takeovers* e *mergers* rappresentavano il risultato di una libera dinamica concorrenziale: gli aggressori, individuata una società gestita in modo sub ottimale, ne acquisiscono il controllo corrispondendo agli azionisti un prezzo equivalente al valore reale dell'impresa e rimpiazzando il management con amministratori in grado di sfruttare appieno le potenzialità produttive della società acquisita. Il mito neoliberalista dell'automatica formazione dell'equilibrio tra l'interesse degli azionisti alla piena remunerazione dell'investimento in capitali di rischio e l'interesse del sistema delle imprese all'efficienza ottimale si è sgretolato di fronte alla dinamica concreta del mercato azionario. Il primo luogo perché se è vero che le tendenze conservatrici del management verso l'espansione dell'impresa a scapito della massimizzazione del profitto possono arrecare un pregiudizio all'azionista e allo sfruttamento ottimale delle risorse dell'impresa stessa, è anche vero, per converso, che una gestione "*short-term stock price oriented*" può rivelarsi inefficiente, sotto il profilo di un'efficace conduzione dell'impresa su cicli di medio-lungo periodo. In secondo luogo, e soprattutto, perché l'obiettivo del ricambio manageriale si è rilevato spesso assente dalle strategie dei raiders. Con frequenza ed intensità crescenti il fenomeno delle acquisizioni societarie si caratterizza come forma istituzionalizzata di speculazione finanziaria. Il rider si è non di rado connotato come soggetto specializzato nell'acquisizione ostile al mero fine di realizzare un profitto differenziale, di regola attraverso la rivendita della società acquisita o di alcune società, quando oggetto della società sia stato un gruppo. Sul punto si vedano anche J. LORIE & M. HAMILTON, *The Stock Market: Theories and Evidence* (1973); D.R. FISCHER, *Use of Modern Finance Theory in Securities Fraud Cases Involving Actively Traded Securities*, 38, in *Bus. Law.* 1, 1982; R. J. GILSON & R. KRAAKMAN, *The Mechanisms of Market Efficiency*, 70 *Va. L. Rev.* 549, 1984. Di recente l'importanza e l'efficienza del "*market for corporate control*" sono state fortemente criticate. Inoltre alcune indagini empiriche hanno di recente ancor più minato la teoria del *market for corporate control*; da tali indagini, condotte su di una serie di *mergers*, risulterebbe infatti che di tutte le società acquirenti, solo in quelle sotto il diretto controllo di un individuo si sono verificati incrementi di valore in occasione di acquisizioni (HU, *Risk, Time and Fiduciary Principles in Corporate Investment*, 38, *UCLA L. Rev.* 277, 318-331, 1990. Tale evidenza contraddice l'argomento in favore della responsabilità limitata per i suoi effetti desiderabili sul management e l'argomento che il timore di una *takeover* ostile possa disciplinare il management. Ma in realtà tale evidenze empiriche mettono anche in dubbio la validità di una regola basata sulla responsabilità proporzionale dei soci (la pro rata liability).

¹⁵⁶ Si vedano in proposito ESTERBROOK e FISCHER, op. cit. "*Limited liability reduces the costs of purchasing shares. Under a rule of limited liability, the value of shares is determined by the present value of the income stream generated by a firm's assets. The identity and wealth of other investors is*

trasferimento del controllo, creando al contempo un incentivo, per i *managers*, ad agire in maniera efficiente così da evitare scalate ostili¹⁵⁷.

Si è anche rilevato che la regola della responsabilità limitata sarebbe idonea a promuovere una più razionale valutazione dell'impresa da parte del mercato. Infatti, rendendo le azioni fungibili ed omogenee, la loro valutazione rifletterebbe un unico e solo prezzo, basato sulle informazioni oggettivamente disponibili sulla società, sulle sue attuali *performances* e su quelle ragionevolmente prevedibili, anziché desumibili dal benessere personale e dal patrimonio dei soci. In questo modo la responsabilità limitata supporterebbe quindi l'efficienza informativa dei mercati consentendo, al contempo, alle società di usufruire di un capitale a minor costo¹⁵⁸.

irrelevant. Shares are fungible; they trade at one price in liquid markets. Under a rule of unlimited liability, as Halpern, Trebilcock, and Turnbull emphasized, shares would not be fungible. Their value would be a function of the present value of future cash flows and of the wealth of shareholders. The lack of fungibility would impede their acquisition. An acquiror who wanted to purchase a control bloc of shares under a rule of unlimited liability might have to negotiate separately with individual shareholders, paying different prices to each. Worse, the acquiror in corporate control transactions typically is much wealthier than the investors from which it acquires the shares. The anticipated cost of additional capital contributions would be higher to the new holder than the old ones. This may be quite important to a buyer considering the acquisition of a firm in financial trouble, for there would be a decent chance of being required to contribute to satisfy debts if the plan for revitalization of the firm should go awry. Limited liability allows a person to buy a large bloc without taking any risk of being surcharged, and thus it facilitates beneficial control transactions" p. 4.

¹⁵⁷ Tale teoria è stata avanzata da ESTERBROOK e FISCHER, op. cit., i quali hanno affermato "by promoting free transfer of shares, limited liability gives managers incentives to act efficiently.... So long as shares are tied to votes, poorly run firms will attract new investors who can assemble large blocs at a discount and install new managerial teams. This potential for displacement gives existing managers incentives to operate efficiently in order to keep share prices high" ed ancora gli stessi autori hanno precisato "A rule that facilitates transfers of control also induces managers to work more effectively to stave off such transfers, and so it reduces the costs of specialization whether or not a firm is acquired" op. cit. pp. 4-5. La stessa teoria è stata poi ripresa da BLUMBERG "given fungibility of shares, speculators stand to gain by selling at prices above their value and buying at prices below it. This ensures that their price is correct, which further the optimal allocation of capital and maximizes its productivity. Again given the fungibility of shares, hostile acquirers stand to gain by acquiring control of mismanaged corporations and increasing their productivity. Incumbent managers who feel this threat know that reduction of their diligence would threaten their tenure. Thus, limited liability enables the market for corporate control, which disciplines management. This disciplining effect counterbalances the first point (that limited liability reduces the incentive to monitor management)" op. cit., pp. 5.15

¹⁵⁸ Sempre i già più volte citati ESTERBROOK e FISCHER osservano "limited liability makes it possible for market prices to impound additional information about the value of firms. With unlimited liability, shares would not be homogeneous commodities, so they would no longer have one market price. Investors would therefore be required to expend greater resources analyzing the prospects of

Infine la responsabilità limitata avrebbe l'ulteriore vantaggio di facilitare "optimal investment decisions". Secondo tale teoria quando gli investitori hanno un portafoglio diversificato, i *managers* massimizzano il benessere degli investitori investendo in ciascun progetto con un "positive net value"¹⁵⁹.

In estrema sintesi, sulla base delle teorie sopra indicate, si è affermato che il principio di responsabilità limitata era e rimane essenziale al fine di raccogliere le ingenti quantità di denaro che occorrono alle società industriali per consolidarsi e svilupparsi ed è uno dei fondamenti imprescindibili dei moderni sistemi economici e dei mercati finanziari.

Quale nota conclusiva di questo paragrafo giova segnalare che le teorie sopra riportate si fondano essenzialmente sull'alternativa responsabilità limitata – responsabilità illimitata e solidale dei soci. Esse non prendono invece in esame l'opzione della c.d. *pro rata liability* che, come si vedrà nel paragrafo che segue, è l'opzione suggerita da HENRY HANSMAAN e REINER KRAAKMAN, che campeggiano tra i principali detrattori del principio di responsabilità limitata.

the firm in order to know whether "the price is right." When all can trade on the same terms, though, investors trade until the price of shares reflects the available information about a firm's prospects. Most investors need not expend resources on search; they can accept the market price as given and purchase at a "fair" price op. cit., pp. 4-5. Come correttamente osservato da un'altra e più recente studiosa dell'argomento, R. HUSS, "in order to accept that limited liability supports market efficiency, it is necessary to accept the theory known as the Efficient Capital Market Hypothesis (ECMH), which holds in varying degrees that securities prices reflect all available information. The weak version of ECMH holds that past price information is not predictive of future price movements. The semi-strong version of ECMH provides that all publicly available information is quickly reflected in the market price of the security. Under the strong version of the ECMH, all information, even non-public information, is reflected in the market price of securities" in *Revamping Veil Piercing for all Limited Liabilities Entities: Forcing the Common Law Doctrine into the Statutory Age*, 70 in *U. Cin. L. Rev.*, 95, 2001-2002, p. 105 nota 5. Sull'argomento si veda anche W. A. KLEIN & J. C. COFFEE Jr., *Business Organization and Finance, Legal and Economic Principle*, 395, 2000.

¹⁵⁹ ESTERBROOK e FISCHER in proposito affermano "When investors hold diversified portfolios, managers maximize investors' welfare by investing in any project with a positive net present value. They can accept high-variance ventures (such as the development of new products) without exposing the investors to ruin. Each investor can hedge against the failure of one project by holding stock in other firms. In a world of unlimited liability, though, managers would behave differently. They would reject as "too risky" some projects with positive net present values. Investors would want them to do this because it would be the best way to reduce risks. By definition this would be a social loss, because projects with a positive net present value are beneficial uses of capital" op. cit., pp. 4-5.

2.3. LE CRITICHE E LE CONTRO-CRITICHE AL PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ LIMITATA

In contrapposizione ai convinti sostenitori del principio della responsabilità limitata, c'è invece chi, decisamente contrario, ne invoca a gran voce l'abolizione, sostenendo che un tale principio darebbe adito a inaccettabili situazioni di ingiustizia sostanziale, con dura protezione dei soggetti che smodatamente svolgono l'attività d'impresa e con vasto squilibrio della pubblica economia.

Le principali critiche muovono dal dato di fondo per cui la regola della responsabilità limitata, anziché ridurre i costi legati all'attività d'impresa, consentirebbe solamente di non farli ricadere, se non in minima parte, sui soci, trasferendo la maggior parte di tali costi ai terzi, ed incentivando le inefficienze del mercato¹⁶⁰.

In sostanza, poiché la responsabilità limitata consente ai soci di non rispondere direttamente con il proprio patrimonio delle perdite e dei danni derivanti dall'attività d'impresa, creerebbe un incentivo ad esternalizzare¹⁶¹ i rischi dell'impresa e favorirebbe il c.d. *moral hazard*, cioè la spinta ad intraprendere attività di alto rischio, non socialmente desiderabili, senza adeguate misure di sicurezza e cautela,

¹⁶⁰ Tale ragionamento impone una precisazione. I creditori, contemplati nel coinvolgimento derivante dall'efficiente applicazione della *limited liability rule*, sarebbero solo i creditori volontari. Questi ultimi accettano volontariamente di sottoporsi ad una ripartizione del rischio ogni qualvolta non richiedano garanzie personali dei soci o qualche altra forma di assetto negoziale che consenta di escludere i rischi di insolvenza della società. Quando ciò avviene, il creditore riceve una qualche contropartita per l'assunzione del rischio sotto forma di rendimento più elevato del credito concesso rispetto ad una situazione priva di rischio. Ciò impone quanto meno una equivalenza tra il valore dei benefici che la responsabilità limitata comporta per i soci rispetto ed il costo sopportato dai creditori. Solo i creditori maggiormente disposti a sopportare o tollerare questi rischi rilevano quindi ai fini di tale impostazione. Ove ciò non si verifichi occorrono ragioni ulteriori che mettano i creditori in posizione tale da far sì che l'allocatione dei rischi su di loro consenta di massimizzare il benessere collettivo.

¹⁶¹ Esternalità negative, nel linguaggio giuseconomico, come già sopra accennato, si hanno quando i costi e le conseguenze (negative) di un scambio o di un attività, ricadono su soggetti terzi diversi da quelli direttamente coinvolti nello scambio o nell'attività. Le esternalità negative sono considerate dei fallimenti del mercato in quanto colui che genera l'esternalità non deve pagare il danno provocato ad altri ed in tal modo è indotto a esercitare un autocontrollo troppo scarso. Egli percepisce in maniera scorretta il costo dello scarto d lavorazione come uguale a, quando invece vi è un costo reale implicato. Vi è quindi una differenza, negativa, tra costo marginale privato e costo marginale pubblico.

ed i cui costi vanno a ricadere sulla società nel suo complesso, ed in particolare sui c.d. creditori involontari. Al contrario, in un diverso sistema, come quello della responsabilità *pro rata* o solidale dei soci, questi sarebbero sollecitati a monitorare i *managers*¹⁶² e ad internalizzare i costi delle attività a rischio.

Particolarmente critiche e numerose sono state le voci sollevate contro l'applicazione del principio della responsabilità limitata su punto dei danni da illecito¹⁶³ ovvero dei "*mass torts*". Questione, oggi di estrema importanza poiché le invenzioni tecnologiche e l'evoluzione industriale hanno prodotto una situazione così allargata e sensibile da estendere ad intere collettività i danni derivanti dall'attività di impresa, che spesso sono tanto ingenti che neppure le gigantesche multinazionali sono più in grado di riparare.

Dal punto di vista dell'analisi economica i danni da illecito sono considerati una diseconomia esterna dell'attività rischiosa, in relazione alla quale il risarcimento del danno, che include anche i c.d. *punitive damages*, costituisce un incentivo a mantenere *standards* di diligenza più elevati, con conseguente riduzione del costo complessivo dei *torts*¹⁶⁴. Gli studi in materia di danno e responsabilità civile hanno

¹⁶² Per quanto riguarda il monitoraggio dei *managers* occorre tuttavia tener conto delle osservazioni già svolte in merito al fatto che tale attività non è affatto semplice e spesso estremamente costosa (come già sopra segnalato).

¹⁶³ I creditori involontari sono, in sostanza, tutti quei soggetti danneggiati da incidenti causati nel processo produttivo di un'attività imprenditoriale o dagli stessi prodotti messi in commercio dalla società. La validità, anche nei confronti di questi soggetti, dell'esclusione che il loro credito, in caso di insolvenza della società danneggiante, possa essere soddisfatto mediante l'aggressione dei beni personali dei soci, agli può sembrare un'ingiustificata autorizzazione concessa alle attività imprenditoriali di esternalizzare dei costi propri di quelle attività.

¹⁶⁴ Il profilo è stato in particolare approfondito nel contesto della responsabilità civile. In questa prospettiva, il danno cagionato a terzi rappresenta una diseconomia esterna dell'attività rischiosa. In contrasto con l'approccio tradizionale della responsabilità civile il cui scopo è essenzialmente quello di compensare le vittime per i danni sofferti, l'analisi economica è interessata ad indurre i decisori a considerare i danni che i loro atti, o le loro omissioni, possono cagionare ad altri. Tali danni sono qualificati come "costi esterni", o esternalità negative, come sopra definite. Lo scopo della responsabilità civile è quindi quello di internalizzare gli incidenti. Se gli incentivi sono ottimali, vittime e danneggianti potenziali mantengono un livello di precauzione che minimizza il costo sociale degli incidenti. Se quindi la giustizia correttiva si volge a ristabilire la distribuzione di benessere che preesisteva alla lesione, l'efficienza si indirizza a disincentivare quegli atti che cagionano un danno superiore all'utile. Si veda G. CALABRESI, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven, 1970, p. 26-31, secondo il quale le regole della responsabilità civile dovrebbero tendere a

evidenziato come le regole della responsabilità civile dovrebbero tendere a minimizzare i costi sociali degli incidenti, superando la tradizionale impostazione puramente risarcitoria, ispirata dalla sola esigenza di ripartire i costi e che indurrebbe, in una prospettiva di analisi economica, a “lasciare i danni là dove cadono”¹⁶⁵. In tale contesto se gli incentivi sono ottimali, vittime e danneggiati potenziali mantengono un livello di precauzione che minimizza il costo sociale degli incidenti.

minimizzare i costi sociali degli incidenti, ovvero la somma dei costi preventivi, del danno e dei costi transattivi. Si vedano anche G. CALABRESI, *Does the Fault System Optimally Control Primary Accident Costs?*, in 33 *Law Contemp. Probl.* 429 (1968); ID. *The Decision for Accidents: An Approach to Non-fault Allocation of Costs*, in *Harv. L. Rev.*, p. 713 (1965); ID. *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in 70 *Yale L. J.* p. 499 (1961); G. CALABRESI-J.T. HIRSCHOFF, *Toward a Test For Strict Liability in Torts; an Essay for Harry Kalven*, in 43 *Univ. of Chicago L. Rev.* 69 (1975). Questo orientamento continua negli studi di S. SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, 1987. Nel nostro ordinamento si veda P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1961. Nel contesto dei mercati per promuovere condizioni di mercato perfetto, tra l'altro, occorre ridurre i fenomeni di economia o diseconomia esterna, ovvero le ipotesi in cui il saldo tra costi e benefici privati di una determinata attività diverge dal medesimo saldo che tale attività produce per la collettività. Si vedano, in material, *inter alia*, anche J.P. BROWN, *Toward an Economic Theory of Liability*, 2 *J. Legal Stud.*, 323, 1973; W. LANDES e R.A. POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, 1987;; S. SHAVELL, *An Economic Analysis of Accident Law*, op. cit.; COOTEN and ULEN, *Law and Economics*, Harper Collins Pub., 1988; G. CALABRESI, *The Cost of Accidents*, op.cit; P.G. MONATERI, *Responsabilità civile*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, XVII.

¹⁶⁵ L'espressione è di HOLMES, *The Common Law* (Howe ed.) 1963, p. 76. Nell'analisi economica infatti, la sola esigenza di risarcire i danneggiati non è di per sé una giustificazione della responsabilità perché il risarcimento non reintegra la situazione preesistente ma può solo trasferire i suoi costi da chi ha subito il danno all'autore dello stesso. La scelta dell'ordinamento se trasferire tali costi o “lasciarli là dove cadono” si giustifica, quindi, in funzione di una particolare utilità sociale che giustifica i costi amministrativi di tale trasferimento. Tale impostazione si riflette anche nella teoria dei criteri di imputazione della responsabilità in quanto la desiderabilità sociale di una determinata attività è valutata in funzione della sua utilità, e dei costi correlati ai rischi che ne conseguono. Si veda C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006, p. 278 e ss. secondo il quale l'esigenza di ampliare gli scopi della responsabilità civile, da mera funzione risarcitoria dell'illecito a una più generale ripartizione dei costi dei torti della collettività, è già intuita dalla dottrina tedesca all'inizio del secolo scorso e, in particolare, da K. BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, I, Leipzig, 1916, p. 468. In tale prospettiva se l'autonomia patrimoniale fa ricadere sui terzi una parte del rischio derivante dall'attività, la limitazione della responsabilità separa i soggetti che hanno il potere di controllare le condizioni generali del rischio dell'attività da chi ne sopporta i suoi effetti. La ripartizione del rischio permesso, in ultima analisi, si inquadra nel contesto in cui opera la responsabilità limitata imponendone una revisione. Si vedano J.C. ALEXANDER, *Unlimited shareholder liability through a procedural lens*, in 106 *Harv. L. Rev.* 387, (1992); N. MENDELSON, *A Control-Based Approach to Shareholder Liability for Corporate Torts*, in 102, *Col. L. Rev.* 1203 (2002); C. AMATUCCI, *Fatto illecito della società e responsabilità “proporzionata” dei soci*, Milano, 2002; R. WEIGMANN, *La responsabilità limitata delle società di capitali di fronte ai fatti illeciti*, in AA. VV. *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano 1994, p. 1233.

Ebbene, dall'applicazione di tali principi al diritto dell'impresa e dei mercati, è sorta l'esigenza di una revisione del principio di responsabilità limitata delle società di capitali, almeno nei confronti dei c.d. creditori involontari.

In relazione ai c.d. *tort creditors*, o creditori involontari, si è anche osservato che essi, a differenza dei creditori volontari, non sono certo migliori *risk bearers* rispetto agli azionisti, in quanto non hanno alcuna possibilità di negoziare in anticipo una accettabile distribuzione dei rischi di impresa. Mancherebbe quindi, in relazione ai creditori involontari, uno dei fondamenti teorici del principio di responsabilità limitata¹⁶⁶.

Infine, in adesione a quei principi di equità e di giustizia distributiva di cui si parlava nell'introduzione del presente capitolo, è stata altresì da più parti sollecitata una più equa distribuzione delle perdite nella collettività.

Tra i maggiori e più autorevoli critici del sistema della responsabilità limitata nell'ambito del c.d. *tort system* emergono certamente HENRY HANSMANN e REINIER KRAAKMAN, i quali in un provocatorio articolo dei primi anni 90', hanno sostenuto che il sistema della responsabilità limitata in tale contesto sarebbe antietico e inefficiente, e propongono quindi di sostituirlo con il principio della responsabilità proporzionale dei soci: in tal caso i creditori rimasti insoddisfatti dal patrimonio sociale potrebbero rivalersi sui soci per il credito residuo, in misura proporzionale alla partecipazione di ciascun socio nella società¹⁶⁷.

¹⁶⁶ La *limited liability* mancherebbe di fondamento teorico perché sarebbe fatta valere nei confronti di soggetti, i creditori involontari, di cui non potrebbe presumersi il consenso neppure implicito di accettare tale regola, mancherebbe altresì di fondamento economico perché finisce con avere l'effetto di autorizzare ed anzi incentivare la proiezione da parte dell'imprenditore di esternalità negative sull'intera collettività.

¹⁶⁷ Si tratta dell'articolo sul Yale Law Journal, op. cit. si veda nota 2 che precede. In tale articolo HANSMANN E KRAAKMAN, osservano come "*limited liability in tort has been the prevailing rule for corporations in the United States, as elsewhere, for more than a century. This rule is generally acknowledged to create incentives for excessive risk-taking by permitting corporations to avoid the full costs of their activities. Nevertheless, these incentives are conventionally assumed to be the price of securing efficient capital financing for corporations. ...We argue, contrary to the prevailing view, that limited liability in tort cannot be rationalized for either closely-held or publicly-traded corporations on the strength of the conventional arguments offered on its behalf. In fact, there may be no persuasive*

Inoltre, secondo i citati Autori il sistema della *pro rata liability*, pur comportando alcune diseconomie, sarebbe comunque più appropriato e meno “costoso” dell’attuale sistema della responsabilità limitata e spingerebbe i soci ad internalizzare i costi derivanti dalle attività a rischio e ad aumentare i livelli di sicurezza e diligenza, mettendo anche a disposizione dei creditori involontari un più ampio patrimonio su cui rivalersi.

Per giungere a tale conclusione HANSMANN e KRAAKMAN hanno preso in esame separatamente varie tipologie societarie: imprese con un unico socio, *risk neutral* o *risk adverse*¹⁶⁸, con un patrimonio superiore¹⁶⁹ oppure inferiore¹⁷⁰ a quello

reasons to prefer limited liability over a regime of unlimited pro rata shareholder liability for corporate torts” op. cit., p. 1.

¹⁶⁸ Nel caso di soggetti *risk adverse*, ipotesi che secondo la dottrina tradizionale dell’analisi economica è tipica degli azionisti e managers di società, HANSMANN E KRAAKMAN sono costretti ad ammettere che “*the inefficiency generated by limited liability is potentially less severe where the shareholder is risk adverse than where she is risk neutral... It follows that, if full liability for damages were the only remedy under tort law, situations would arise in which limited liability would be comparatively efficient because unlimited liability would impose far too much risk upon the shareholder*” op. cit p. 2. Tuttavia essi, oltre a precisare che in tali occasioni i problemi derivanti dal principio della responsabilità *pro rata* possono essere agevolmente superati tramite idonee assicurazioni, disponibili nella maggior parte dei casi e dei campi, precisano altresì che “*in fact liability for the full amount of damages is not the only possible remedy; more flexible damage rules are also possible. And, by combining unlimited liability with a flexible damage rule, a lawmaker can always achieve a result that is at least as efficient as that which can be achieved under limited liability. But this argument for limited liability is subject to at least three objections. First, any such risk-sharing advantages of limited liability must be offset against the incentives limited liability creates for opportunistically doing business through small thinly capitalized corporations. Second, [...], it appears well within the competence of the courts to adjust tort damages according to the nature of the corporate defendant, and this approach is far superior to limited liability as a means of allocating risk between corporate shareholders and tort victims. Third, [...], liability insurance is widely available for small businesses, and this vitiates an argument for limited liability based on shareholder risk aversion. Undoubtedly, some small corporations that are viable under limited liability would cease to be so under unlimited liability, since they could not buy adequate insurance and their shareholders would be unwilling to expose personal assets to the risks of a tort judgment. But there is no reason to assume that such small firms should exist -- that is, that they have positive net social value. In fact, an important advantage of unlimited liability is precisely that it would force such firms -- which are effectively being subsidized by their tort victims -- out of business. When liability insurance is available, as it is for most businesses, the argument for unlimited liability is further strengthened*” op. cit p. 6.

¹⁶⁹ In proposito essi osservano come “*Under these circumstances, it is easy to see that a rule of limited shareholder liability for corporate torts creates incentives for several forms of inefficient behavior. The most familiar inefficiency created by limited liability is the incentive it provides for the shareholder to direct the corporation to spend too little on precautions to avoid accidents. In contrast, a rule of unlimited liability induces the socially efficient level of expenditure on precautions by making the shareholder personally liable for any tort damages that the corporation cannot pay. Further, limited*

del danno causato, società con azionariato ristretto¹⁷¹ e infine *public corporations*¹⁷². E per ciascuna di queste tipologie societarie i due studiosi si sono impegnati a dimostrare come e perché la regola della “*pro rata liability*” sarebbe la più efficiente.

liability encourages overinvestment in hazardous industries. Since limited liability permits cost externalization, a corporation engaged in highly risky activities can have positive value for its shareholder, and thus can be an attractive investment, even when its net present value to society as a whole is negative. Finally, limited liability may induce the shareholder either to overinvest or to underinvest in her individual firm -- that is, to pick either too large or too small a scale for the firm” op. cit., pp. 3-4 e ss.

¹⁷⁰ In tale contesto essi osservano come “*A shareholder who lacks sufficient personal assets to cover a potential tort judgment can obviously escape the full costs of her firm's behavior, even under a rule of unlimited liability, simply by entering personal bankruptcy. [...] Thus, the shareholder in our hypothetical firm may still face incentives to misinvest under an unlimited liability regime*” op. cit., p. 3-4.

¹⁷¹ In relazione alle società ad azionariato ristretto HANSMANN E KRAAKMANN osservano come “*There are no important differences between sole-owner and jointly-held firms when all of the shareholders in the jointly-held firm have identical assets, risk preferences, and information*”; riconoscendo tuttavia come tale situazione sia più un'utopia sistematica, affrontano anche l'ipotesi in cui “*If a firm's shareholders differ among themselves in these respects*” ed in tal caso riconoscono che il principio di responsabilità *pro rata* potrebbe creare maggiori inefficienze, infatti “*under unlimited liability, shareholders with substantial personal assets may be more conservative than their less wealthy fellow shareholders in evaluating an investment that brings a risk of very large tort damages. Conversely, however, very wealthy shareholders may be less risk averse than fellow shareholders with more modest personal assets in evaluating projects that bring a substantial risk of a relatively small tort loss -- a loss that would be enough to bankrupt the less wealthy shareholders but not the more prosperous ones*”. In una tale situazione “*if multiple shareholders could bargain and monitor risk costlessly, they could easily adjust the firm's investments and distributions in a manner that accords efficiently with their disparate stakes and preferences. In order to make and enforce such agreements, however, the shareholders will generally have to expend resources on negotiating with each other and on monitoring not only the risks incurred by the firm but also each other's assets*”. “*This raises the question of whether these additional costs that unlimited liability imposes on the heterogeneous shareholders of a jointly-held firm are a sufficient basis for preferring limited liability over unlimited liability, at least for a jointly-held firm. We believe they are not for several reasons. First, insurance is an obvious solution for the negotiating and governance problems of multiple shareholders, as it is for many other problems that might otherwise be associated with unlimited liability. Second, even when insurance is unavailable, the absolute costs of drafting and enforcing a suitable bargain among a handful of shareholders may not be large. After all, general partners routinely solve an even more difficult problem by entering into partnership agreements that, explicitly or implicitly, either reflect or ignore heterogeneous valuations of personal liability, not only for torts but for contract debts as well. Finally, if a promoter can neither purchase insurance nor recruit investors without it, the proposed venture may very well not be socially efficient in the first instance*” p. 2 e ss.

¹⁷² In relazione alle *public corporation* Hansmann e Kraakaman rilevano come “*Limited liability gives the managers of publicly-traded corporations an incentive to assume too much risk, just as it does the shareholders of closely-held firms. However, the public corporation adds several novel elements to the comparison of liability regimes. In addition to a new class of hired managers, these include: (1) large numbers of passive shareholders; (2) a market for freely-trading stock; (3) substantial assets; and (4) potential tort liability that may not only exceed the firm's assets but that may not be fully insurable at*

Con particolare riferimento *public corporations*, HANSAMANN e KRAAKMAN illustrano come e perché anche con un regime di *proportional liability* i mercati finanziari potrebbero sussistere e per di più funzionare egregiamente. In proposito essi riconoscono che un regime di *pro rata liability* porterebbe ad aumentare il *cost of equity*¹⁷³, poiché i prezzi delle azioni incorporerebbero i c.d. *tort costs* creati dalla società¹⁷⁴, ma tale circostanza costituirebbe un incentivo per i *managers* a non esternalizzare i rischi della società, ad aumentare i livelli di sicurezza, ad agire con maggiore diligenza e a coprire i rischi corsi dalla società nello svolgimento delle proprie attività con adeguata patrimonializzazione della società stessa e con coperture assicurative¹⁷⁵. Infatti, mantenendo bassi i *tort costs* il prezzo delle azioni sarebbe più alto e la società di conseguenza meno contendibile.

any premium. The traditional view is that these elements -- and especially the need to maintain an efficient market for shares -- make unlimited liability even less appropriate for public firms than for closely-held firms" p. 7 e ss.

¹⁷³ HANSAMANN & KRAAKMAN, op. cit. "There is no doubt that unlimited liability, as we have described it, would increase the cost of equity" p.10.

¹⁷⁴ I *tort costs* sarebbero in particolare costituiti dalla probabilità che i soci siano chiamati a rispondere con il proprio patrimonio dei danni sociali, tenuto conto dei rischi che comporta l'attività condotta dalla società, l'adeguatezza del suo patrimonio e delle eventuali coperture assicurative.

¹⁷⁵ HANSAMANN & KRAAKMAN, affermano "Given that unlimited liability is feasible for public firms, we must still ask whether it can significantly improve their incentives to take care. One answer is that a variety of market mechanisms press corporate managers to be responsive to shareholder welfare as this is reflected in share prices. If shareholders faced full liability for potential tort losses, share prices would incorporate available information about the full extent of these possible losses. Managers, in turn, would then have as much incentive to consider the full expected social costs of corporate torts as they now have to weigh all other costs to the firm that shareholders presently bear as a matter of course. Moreover, shareholders who faced contingent liability would presumably demand -- and managers as well as outside analysts would presumably supply -- far more information about the riskiness of corporate policies, precisely because this information would have greater importance in valuing shares. This additional information, especially when it came from market sources outside the firm, would further enhance management's incentive to consider the tort risks associated with its policies. Another answer is that even if corporate managers did not respond fully to shareholder liability costs, imposing unlimited liability on shareholders would still improve deterrence. If corporate managers undertake inefficiently risky projects and do not pass the full costs through to the shareholders, the return paid to shareholders will exceed the social return on investment in the industry and too many risky firms will be formed" op. cit. pp. 11 e ss.

Tutto ciò, secondo l'impostazione dei citati Autori, consentirebbe lo sviluppo di attività imprenditoriali socialmente preferibili, in quanto fonte di minori esternalità negative¹⁷⁶.

HANSMANN e KRAAKMAN concludono affermando che molti dei benefici attribuiti alla responsabilità limitata si avrebbero anche in ipotesi di responsabilità *pro rata*: così per esempio nel regime *pro rata* non sussisterebbe la necessità di monitoraggio degli altri azionisti¹⁷⁷ e rimarrebbero i benefici della diversificazione.

L'articolo di HANSMANN e KRAAKMAN, appena descritto nei suoi contenuti essenziali, ha sollevato un acceso dibattito e numerose sono state sia le voci di sostegno¹⁷⁸ sia le critiche.

Ad esempio, in senso critico, è stato osservato che, in ogni caso, la "*pro rata liability*", oltre a produrre nuovi costi, comporterebbe comunque una maggiore

¹⁷⁶ All'esito dell'articolo in questione, pur riconoscendo che sussistono ancora dubbi e incertezze essi concludono affermando "*At a minimum, however, we conclude that the burden is now on the proponents of limited liability to justify the prevailing rule*" p. 24.

¹⁷⁷ Nello stesso senso si è espresso anche S. PRESSER, nuovamente critico sul punto, osserva che "*the need to monitor other shareholders evaporates under a probable regime of proportional shareholder liability. Under such a regime the only important factor to evaluate, for each individual investor, is the liability that the corporation will fail, which can be evaluated without considering the balance sheets of individual investors*" op. cit. p. 7 e ancora "*in such a case indeed the amount of wealth of other individual shareholders would be irrelevant*" op. cit p. 7.

¹⁷⁸ Tra i sostenitori si possono in particolare citare RIBSTEIN, EUGENE FAMA, e LEEBRON, il quale ha dichiarato "*After all, equity prices are supposed to reflect a rational assessment of the likely returns from holding a security. If investors suddenly confront the possibility that stock ownership might create a liability, it seems reasonable to expect that they will demand additional returns to compensate for the new risk. By this logic, prices will have to decline to provide this increased return, which is precisely the effect that proponents of proportionate liability desire. Indeed, the vast event study literature would seem to support the conclusion that adoption of proportionate liability would result in the decline of certain stock prices*" E F. FAMA, *Efficient Capital Markets: II*, 46 J. Fin. 1575, 1599-1602, 1992, 16. Tra i numerosi sostenitori merita una menzione anche RONALD M. GREEN, *Shareholders as Stakeholders: Changing Metaphors of Corporate Governance*, 50 Wash. & Lee L. Rev. 1409, 1414-15 and 1419-20 (1993). Quest'ultimo, pur partendo da un assunto dogmatico completamente diversa giunge alle medesime conclusioni. Egli afferma che la regola della responsabilità limitata è un privilegio conferito alle imprese dalla società e che, in considerazione delle esternalità create, la società ha ben il diritto di pretendere dalle imprese un comportamento commerciale socialmente responsabile ("*socially responsibility corporate behavior*").

avversione al rischio e quindi un disincentivo agli investimenti¹⁷⁹. L'introduzione di una responsabilità *pro rata* costituirebbe comunque un ostacolo alle scalate ostili, rendendo così inoperante il meccanismo del *market for corporate control*. Infatti in tal caso gli azionisti, anche se responsabili solo per la frazione di danno che corrisponde alla quota di partecipazione nella società, esporrebbero comunque il loro patrimonio personale a rischio di perdite, perdite anche estremamente significative nell'ipotesi dell'azionista di controllo.

Contro le teorie dei citati Autori si è inoltre rilevato che, se è pur vero, dal punto di vista sociale e come principio generale, che gli azionisti dovrebbero internalizzare i rischi derivanti dall'attività imprenditoriale, tuttavia, almeno nel contesto delle *public corporations*, i costi derivanti dall'abolizione del principio della responsabilità limitata superano i benefici, e la responsabilità limitata resta dunque la regola più efficiente.

Tra i protagonisti del dibattito suscitato dall'articolo di HANSMAAN e KRAAKMAN, giova ricordare, tra gli altri, MICHAEL CAREY¹⁸⁰.

Questo Autore ha svolto un'interessante riflessione partendo dall'analisi del c.d. *judgment proof problems*, ovvero dei problemi che emergono nel caso di un soggetto che non abbia un patrimonio sufficiente a risarcire i danni causati dalla propria impresa¹⁸¹. CAREY osserva come i soggetti c.d. *judgment proof*, siano essi

¹⁷⁹ Si veda in proposito BLUMBERG "the impetus against holding large blocks can even be seen as creating a incentive for conglomeration. Small companies would be more attractive to investors if several merged into one, the same liability of one member of the conglomerate would be spread among greater number of shareholders than would be possible in companies remained independent". Ed in proposito è interessante segnalare uno studio del 2002, condotto da THOMSEN & ROSE, (*Foundation Ownership and Financial Performance: Do Companies Need Owners?* Disponibile sul sito della conferenza dell'European Association of Law and Economics in Atene <http://eale2002.phs.uoa.gr/node.php?n=program>) che ha diviso le società tra *privately controlled*, *foundation controlled* e *dispersely owned*, e ha mostrato quindi come le società controllate da fondazioni *outperform* quelle *publicly held*.

¹⁸⁰ M. CAREY, *Piercing the Veil When Corporate Subsidiaries Commit Torts*, op. cit..

¹⁸¹ In sostanza un soggetto si definisce "judgment proof" quando non ha un patrimonio sufficiente a soddisfare i propri debiti ed in particolare i danni derivanti da azioni giudiziali. Si veda in proposito M. CAREY, op. cit. p. 20: "When a party does not have enough assets to satisfy the liabilities it incurs as a result of a lawsuit it is considered "judgment proof". One consequence of this is that those who suffer

individui o imprese, e indipendentemente dal regime della responsabilità adottato, non avrebbero comunque incentivi a mantenere un livello ottimale di *safety*; infatti i soggetti *judgment proof*, non essendo in pratica soggetti ad alcuna responsabilità, sono indotti ad adottare il livello di *care* più basso possibile¹⁸².

Perciò, qualora si adottassero sistemi di responsabilità diversi dalla responsabilità limitata, o qualora venissero comunque aumentate le ipotesi di violazione di tale principio (ad esempio accedendo più frequentemente alla teoria del c.d. *piercing the corporate veil*), le società sottocapitalizzate e le società di minori dimensioni avrebbero un vantaggio competitivo rispetto alle grandi aziende. Le società sottocapitalizzate non sarebbero, di fatto, esposte al rischio di pagare i danni causati nella gestione delle proprie attività. Ciò porterebbe le società di grandi dimensioni ad abbandonare i mercati di maggiore rischio, che sarebbero così lasciati in mano a società indipendenti più piccole.

Queste incongruenze non migliorerebbero certo la situazione dei creditori involontari, i quali si troverebbero anzi in una situazione ancor peggiore di quella attuale, essendo costretti a recuperare il proprio credito da società con un capitale minore. Non solo, ciò porterebbe anche a perdite di produttività e ad inefficienze dovute alla riduzione delle economie di scala¹⁸³.

harm may never be compensated for their loss. Another is that there may be insufficient incentive for such person or business to take the optimal level of safety precautions"; per un'analisi dettagliata dei problemi derivanti dai soggetti c.d. *judgment proof*, si veda S. SHAVELL, *The Judgment Proof Problem*, *International Review of Law and Economics*, 1986, pp. 45-58.

¹⁸² Per valutare il livello di "care" adeguato, negli Stati Uniti si fa generalmente riferimento al test ideato dal giudice Learned Hand detto BLP nel caso *United States v. Carroll Towing Co* (159 F 2d 169 - 2nd Cir. 1947) secondo cui "*failure to take a certain safety measure should be regarded as negligent if the cost of the measure, B, is less than the magnitude of the resulting damage, L, multiplied by P, the probability of the accident that would have been prevented*".

¹⁸³ Quindi secondo M. CAREY "*Courts should pierce the corporate veil of a subsidiary if and only if the expected costs of the additional liability are outweighed by the economies of scale that can make operating a subsidiary more efficient than contracting with smaller independent company*". Egli, sulla base di un modello matematico sviluppato nel paper in questione, sostiene che vi sono due conseguenze della teoria del *piercing the corporate veil*: "*First, when the amount of money that can be saved by judgment proofing is more than the amount lost in production efficiency, high risk activities will be carried out by small independent firms. Second, when the economies of scale are greater than the benefits of undercapitalization, large firms will be willing to accept the additional legal*

In proposito CAREY cita alcuni studi empirici che parrebbero dimostrare come nei settori di mercato a più alto rischio le piccole società controllano una maggior quota di mercato¹⁸⁴.

Le riflessioni di CAREY sono state ulteriormente sviluppate da GRUNDFEST¹⁸⁵ il quale ha efficacemente criticato uno degli snodi principali dell'impostazione di HANSMANN e KRAAKMAN, ovvero l'assunto secondo cui i prezzi delle azioni muterebbero a seguito dell'introduzione di un regime di responsabilità *pro rata*, incorporando i *tort costs*.

Secondo GRUNDFEST, una tale impostazione non tiene in debita considerazione la reazione degli odierni mercati finanziari, caratterizzati da un'elevata fluidità, che risponderrebbero alla nuova disciplina della responsabilità generando strategicamente una vasta clientela di investitori *judgment proof*. Gli investitori *judgment proof* si specializzerebbero nel detenere azioni di società ad alto rischio; mentre gli investitori con patrimoni consistenti si specializzerebbero nel detenere azioni di società a basso rischio¹⁸⁶. L'Autore prosegue osservando che è

liability and will increase safety expenditures". Quindi egli prosegue "Given the effects of piercing the veil in the previous sections, we can envisage a new legal standard that maximizes the deterrence value of tort law while attempting to minimize the negative impact that liability can have on economic efficiency. The legal standard would involve two steps. The first step is to begin with the presumption that the veil will be pierced when subsidiaries are unable to satisfy tort claims. This is based on the existing economic consensus that the case for limited liability is weakest under these circumstances. However, the second step of the new legal standard, would allow firms to rebut this presumption by showing that imposing liability would put them at a competitive disadvantage relative to smaller independent firms. While this rule introduces some complexities that do not currently arise in veil piercing disputes, the factors necessary for the balancing test are not unlike those required in other corporate cases" p. 8.

¹⁸⁴ Si veda in proposito J.B. BARNEY; F. L. EDWARDS, A. H. REINGLEB, Organizational Responses to Legal Liability: Employee Exposure to Hazardous Materials, Vertical Integration, and Small Firm Precaution, The Academy of Management Journal, Vol. 35. No. 2, June 1992, 328-349.

¹⁸⁵ J.A. GRUNDFEST, *The Limited Future of Unlimited Liability: A Capital Market Perspective*. 102 Yale L.J. 387 Nov. 1992;

¹⁸⁶ Infatti, secondo GRUNDFEST, la tesi dei sostenitori del principio della responsabilità proporzionale non tiene conto della probabile reazione degli investitori "this argument, however implicitly assumes that proportionate liability will not cause the emergence of a "clientele effects" in which large and well-capitalized pool of the factio attachment-proof shareholders specialize in holding the equity of "risky" firms that might generate proportionate liability exposure. Investors who are not de facto attachment-

tuttavia irrealistico pensare ad un mercato che resta insensibile di fronte alla separatezza sistematica tra investitori *judgment proof*, che detengono azioni in società ad alto rischio, e investitori non *judgment proof*, che detengono azioni in società a basso rischio. Ciascuno dei due gruppi avrà interesse a diversificare il proprio portafoglio. Ebbene i mercati, tramite transazioni in *future*, *options* e *swap*, provvederebbero quindi a ribilanciare i portafogli degli investitori, facendo sì che nessun investitore sia di fatto esposto al rischio della responsabilità proporzionale.

Il mercato provvederebbe così a riallocare i rischi e a riequilibrare i prezzi delle azioni, cosicché l'introduzione del principio della responsabilità proporzionale, alla fine, non avrebbe alcun effetto sui prezzi delle azioni¹⁸⁷.

In sostanza i mercati potrebbero facilmente reagire all'introduzione del principio della responsabilità proporzionale e così inibirne i benefici attesi.

L'Autore conclude osservando, quindi, che il principio della responsabilità limitata, pur imperfetto e non esente da problemi, almeno funziona¹⁸⁸.

proof would, in contrast, specialize in holding the shares of "safe" firms that are unlikely to generate such exposure." op. cit p. 4.

¹⁸⁷ Ancora GRUNDFEST, in proposito, afferma "*transactions in the future, options, or swap markets, can then re allocate equity market risk and return without shifting proportionate liability exposure, and thereby leave stock prices unchanged, from prices that would prevail in limited liability world. The net result of this capital market activity would be a series of transactions arbitraging away the price effects of proportionate liability so as to yield the prices that would have prevailed under traditional limited liability. ...Thus, a proportionate liability regime will be able to influence capital market prices only to the extent that transaction costs inhibit arbitrage transactions that synthesize limited liability pricing, The stock price effect of a proportionate liability rule can therefore never be greater than the transaction cost of the cheapest arbitrage that avoids liability generated by the rule*" p. 2. Tuttavia, prosegue GRUNDFEST, nella situazione attuale dei mercati finanziari, altamente liquidi e specializzati, i costi delle transazioni sono comunque molto bassi. Egli osserva, "*Just as capital markets were able to arbitrage away the effects of Japanese insurance regulations through tens of billions of dollars worth of trades on the NYSE, they will be able to do the same for proportionate liability*" op. cit p.. 4, ed ancora "*Capital markets can neutralize the price effects of proportionate liability by combining a simple clientele effect with a series of derivative market transactions*" op. cit p. 4.

¹⁸⁸ In sostanza second GRUNDFEST "*limited liability may well be a necessary consequence of trading in modern capital markets rather than a discretionary rule that can be abandoned by the legal system if some other doctrine seems preferable*". Al contrario il principio della responsabilità proporzionale pur avendo un certo *charme* dal punto di vista teorico, non appare come un'alternativa praticabile, e ciò in quanto "*modern capital markets can readily arbitrage around the price effects of proportionate liability*

Un importante contributo al dibattito è stato recentemente fornito da STEPHEN M. BAINBRIDGE¹⁸⁹, il quale ritiene che HANSMANN e KRAAKMAN, nello sviluppare la loro proposta di una “*pro rata liability towards tort creditors*”, abbiano fortemente sottovalutato, almeno per quanto riguarda le *public corporations*, i costi “aggiuntivi” creati dall’abolizione del principio della responsabilità limitata. In un tale regime di responsabilità i creditori dovrebbero, infatti, instaurare un uguale procedimento in numerose e diverse giurisdizioni, e contro una molteplicità indefinita di soggetti.

Inoltre, proprio alla luce della liquidità degli odierni mercati finanziari e considerato che gli azionisti di una società sono in continuo mutamento, appare estremamente difficile se non impossibile determinare in che tempi e modalità la responsabilità vada allocata tra i vari soggetti¹⁹⁰.

to synthesize limited liability pricing, a shift to proportionate liability will simply impose additional transaction costs on investors and issuers alike. This game is not worth the candle”. Altre potrebbero essere le soluzioni ipotizzabili ai problemi creati dal principio della responsabilità limitata, tra cui in particolare l’introduzione di un capitale sociale minimo, regole di sicurezza “*product safety standards*” e “*gatekeeper liability provisions*” op. cit. p 15.

¹⁸⁹ S. M. BAINBRIDGE, *Abolishing Veil Piercing*, op. cit. p. 15-16.

¹⁹⁰ Così M. BAINBRIDGE, op. cit., sottolinea come “*A related source of administrative costs for both tort creditors and society-at-large arises out of the difficulty of deciding which investors are liable on particular claims. Because the liquidity of capital markets means that the composition of a given firm’s shareholder pool changes constantly, under Hansmann and Kraakman’s unlimited liability regime it becomes essential to define when liability attaches. If liability attaches when the injury occurs, there is no chance for shareholders to avoid liability. Such a rule may be impossible to administer, however, as claimants would have to determine who owned shares at the time of injury, even when the judgment came years later. A rule attaching liability at the time of judgment is easier to administer (although by no means easy), but would lead to mass dumping of the stock when suit was filed and every time the market got spooked by an impending judgment. Attaching liability at the time the claim is filed does not solve the problem either. Where claims are made gradually, or an event becomes public before claims are filed, shareholders still have an opportunity to evade liability. Hansmann and Kraakman propose a claims-made rule attaching liability at the earliest of either (1) when the claims are filed, (2) when corporate management becomes aware “with a high probability” that claims will be filed, or (3) when the corporation is dissolved. While this rule at least partially solves the shareholder exodus problem, it seems cumbersome (and expensive) to apply in practice. The question of when management became aware that the claim would be filed, in particular, could be a fertile ground of litigation. On the other hand, while the tort creditors represented by plaintiffs’ lawyers operating on a contingent fee basis will get adequate legal representation, what mechanism is there for ensuring that small shareholders will be adequately represented with respect to litigating such issues? Many such shareholders may be forced to forego legitimate defenses for lack of funds. All of which makes an unlimited liability regime expensive to enforce and a likely drag on the liquidity of corporate equity*” p. 16.

Peraltro l'Autore muove anche forti critiche all'assunto per cui un maggior monitoraggio da parte degli azionisti comporterebbe una riduzione dei c.d. *mass torts*, ciò che riporta il discorso sulle problematiche inerenti al monitoraggio in precedenza segnalate: l'incapacità dei *passive shareholders* di monitorare adeguatamente i *managers*, l'aumento del *free riding*, la riduzione degli investimenti e la conseguente riduzione della liquidità dei mercati.

Sotto altro profilo, BAINBRIDGE osserva che il principio di responsabilità limitata, quale incentivo all'investimento, fa sì che le imprese siano condotte con una maggiore dose di *equity*, ciò che, di fatto, rende più facile la soddisfazione dei creditori¹⁹¹. Ed in conclusione l'Autore nota che nulla induce a dare per scontato che l'esigenza di protezione degli interessi collettivi dovrebbe indurre i legislatori ad adottare politiche che incentivino l'internalizzazione dei costi derivanti da attività rischiose. Anzi, in numerose situazioni, la società non solo tollera ma addirittura incoraggia ad esternalizzare i rischi dell'attività svolta, anche se illecita (come nel caso degli incidenti automobilistici)¹⁹².

Infine giova segnalare che, alcuni più recenti studi in materia, sembrano avviati a voler dimostrare, in senso apparentemente contro-intuitivo, che le esigenze di carattere sociale invocate dai critici del principio di responsabilità limitata potrebbero essere meglio soddisfatte attraverso l'ulteriore limitazione del principio di responsabilità limitata: ad esempio l'introduzione di tetti massimi alla possibilità di

¹⁹¹ Al contrario, in un mondo in cui le imprese non godono del "beneficio della responsabilità limitata", "*large-scale businesses would be conducted by highly-leveraged firms having a very small amount of equity capital and a very large amount of secured debt. By encouraging equity investment, the limited liability doctrine thus actually makes it easier for all creditors to be compensated*" BAINBRIDGE, op. cit. p. 16.

¹⁹² S. BAINBRIDGE osserva infatti che un "buco" nell'"*Hansmann and Kraakman's argument is the assumption that sound social policy mandates internalization of tort risk. In many instances, society tolerates (even encourages) actors who externalize risks. Consider automobile driving, which produces manifold tort and environmental externalities. We could eliminate those externalities by banning driving. Yet, we do not. To the contrary, we facilitate driving (and, thus, its externalities) by expending public resources on roads and the other infrastructure necessary to support an automobile-based culture. Presumptively, the benefits of driving outweigh the social costs thereof.*" op. cit. p. 90.

risarcimenti dei danni potrebbe indurre ad incrementare le misure di sicurezza e i livelli di diligenza¹⁹³.

Se tali e tanti sono stati i contributi sull'efficienza o inefficienza del principio di responsabilità limitata nelle *public corporations*, soprattutto in materia di *tort creditors*, minori sono invece i contributi in materia di società ad azionariato ristretto (*closely held corporations*). In tale ambito è apparso, infatti, più difficile giustificare il principio della responsabilità limitata: in tal caso gli azionisti sono spesso direttamente coinvolti nella gestione della società e comunque i costi di monitoraggio non sarebbero tanto elevati quanto quelli delle *public corporations*; così come appaiono meno rilevanti i problemi inerenti l'incentivo alla diversificazione dell'investimento.

In realtà alcune delle ragioni a sostegno del principio di responsabilità limitata paiono mantenere una certa rilevanza anche nel contesto delle società ad azionariato ristretto. Il principio di responsabilità limitata consente, infatti, la nascita e la crescita delle piccole e medie imprese, che hanno un ruolo dominante nell'economia moderna¹⁹⁴. In proposito basti ricordare, che secondo una analisi condotta da PRESSER, il principio della responsabilità limitata è stato il vero risultato di una "*populist democratic theory*" ed è stato introdotto proprio per agevolare le piccole medie imprese.

¹⁹³ Si veda in proposito G. DARI-MATTIACCI, *Limiting Limited Liability*, *Amsterdam Center of Law & Economics*, *Working Paper* no. 2005-05, in www.ssrn.com, ove si legge "*commentators often advocate piercing the veil of corporate liability or imposing stringent financial requirements as possible solution to problems caused by limited liability. Without opposing this view, this paper suggest that the reverse policy could also be socially desirable, showing that further limiting a firm's limited liability, by capping the maximum damage award, may improve precaution incentives and, consequently, social welfare*" tramite una serie di formule matematiche tale autore pare giungere alla dimostrazione che "*limited liability caps are limits on the firm's liability exposure set by law. Contrary to the firm's assets, liability caps are independent from the firm's precautionary expenditures and can effectively counter excessive precaution, thereby giving the opportunity to improve social welfare. In a world in which many firms exist with different assets, liability caps come at some costs, as they also lower the level of precaution of some solvent firms. Optimal liability cap policies balance these costs*" pp. 1 e 7.

¹⁹⁴ Si veda in proposito PRIEST il quale osserva come, anche negli Stati Uniti, le piccole medie imprese assorbono 80% della forza lavoro e producono la maggior parte della ricchezza nazionale, si veda in proposito. Ebbene tale argomento, se è vero per gli Stati Uniti è ancor più vero per l'Italia.

2.4. LE CRITICHE E LE CONTRO-CRITICHE AL PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ LIMITATA: (SEGUE)IL PROBLEMA DEI GRUPPI

Le maggiori critiche alla regola della responsabilità limitata sono state avanzate sul punto della sua applicazione ai gruppi di società, oggetto di numerosi studi di analisi economica, in particolare negli Stati Uniti¹⁹⁵.

Sono stati in particolare evidenziati i rischi di tali strutture organizzative dell'impresa, in cui spesso le società dominanti tendono ad isolare le attività più pericolose e dannose entro le società controllate, le uniche effettivamente operative, esposte a responsabilità, sottocapitalizzate e quindi praticamente *judgment proof*. Così, di fatto, le società capogruppo, tramite il principio della responsabilità limitata, possono esse andare esenti da responsabilità, lasciando i creditori, soprattutto quelli involontari, con un "pugno di mosche" in mano¹⁹⁶. Secondo un'affermazione ormai comunemente condivisa, i creditori (siano essi volontari o involontari) e i soci minoritari di un gruppo sono più esposti all'opportunismo e alla negligenza dei soci di controllo e dei *managers*, di quanto non siano creditori e soci di minoranza delle società indipendenti.

¹⁹⁵ Si vedano LECRAW, *Some Evidence on Transfer Pricing by Multinational Corporations*, in *Multinational and Transfer Pricing*, a cura di Rugman e Eden, 1985, p. 223; MASON, MILLER e WEIGEL, *The Economics of International Business*, 1975, p. 382; ROBACK, SIMMONDS, ZWICK, *International Business Multinational Enterprises*, 1977, p. 465-468; GHERTMAN e ALLEN, *An Introduction to the Multinational Enterprises*, 1984, p. 86-88.

¹⁹⁶ Ciò dovrebbe condurre a ritenere che il principio di responsabilità limitata vada superato nelle ipotesi di sottocapitalizzazione. Ma una tale impostazione, oltre che di difficile applicazione in ragione del fatto che non è affatto facile verificare quando una società è effettivamente sottocapitalizzata, già di per sé implicherebbe il superamento in radice del principio di responsabilità, in quanto significherebbe considerare gli investitori non più responsabili solo nel limite dell'iniziale investimento effettuato nella società, ma bensì obbligati a continuare a finanziare la società stessa. A ciò si aggiunga che una regola che imponga la responsabilità illimitata in caso di società sottocapitalizzata probabilmente porterebbe le società ad adottare meccanismi ancora più complessi e difficilmente smascherabili per condurre attività a rischio. Come per esempio dare in *outsourcing* tali attività a *independent contractor* (e in tale caso la società madre potrebbe essere ritenuta responsabile in virtù della *law of agency*) o a piccole società.

Nel contesto dei gruppi societari, da un lato, appare acuito il problema dei conflitti di interesse, ed in generale dei c.d. *agency problems*, dall'altro, risulta più agevole per i controllori sacrificare i c.d. "soggetti deboli", rendendo incerti i confini tra i patrimoni delle varie società e assumendo politiche infragruppo in danno degli *outsiders*.

Anche in situazioni non patologiche, il fenomeno dei gruppi pone particolari problemi di conflitti di interesse. L'interesse di gruppo differisce da quello delle società che ne fanno parte, ricercando la massimizzazione del profitto globale del gruppo (nei casi migliori, o della sola controllante nei casi peggiori), cui sono subordinati, di fatto, gli interessi delle singole unità societarie¹⁹⁷. Ciò comporta politiche finanziarie e gestionali diverse rispetto a quelle che si svilupperebbero al di fuori del contesto di un gruppo¹⁹⁸.

L'obiettivo della massimizzazione del profitto globale comporta infatti il ricorso ad una serie di correttivi all'interno del gruppo: così si assiste ad un processo di riallocazione delle risorse disponibili, al trasferimento tra imprese di risorse finanziarie e umane o all'applicazione nelle transazioni commerciali infragruppo di condizioni non di mercato. Per effetto di tali riallocazioni infragruppo le risorse finanziarie sono trasferite dalle società che le hanno generate alle società del gruppo cui tali investimenti sono destinati.

L'attività delle singole società del gruppo è quindi indirizzata alla realizzazione di un obiettivo che è altro e diverso rispetto a quello della singola società controllata. In applicazione di tali presupposti ben può risultare ragionevole (o anzi

¹⁹⁷ Si vedano LANDERS, *A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy*, 42 U. Chi. L. Rev. 589 (1975); LANDERS, *Another Word on Parents, Subsidiary and Affiliate Questions in Bankruptcy*, 43 U. Chi. L. Rev. 527 (1976).

¹⁹⁸ Non la pensa in questi termini R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, op. cit. p. 381 il quale sostiene che anche all'interno dei gruppi "*each corporation normally will be operated as a separate profit center in order to assure that the profits of the group will be maximized*". Tale impostazione è stata criticata da P. BLUMBERG, *Limited Liability and Corporate Groups*, 11 J. Corp. L. 573, 620 (1986) che rimprovera a POSNER di giungere a tali considerazioni sulla base di "*theoretical considerations alone*".

razionale, seguendo una terminologia che è cara agli economisti) nelle logiche di gruppo danneggiare o sacrificare l'interesse di una singola società per il raggiungimento dell'interesse "superiore" del gruppo. Il che può portare a comportamenti apparentemente irrazionali¹⁹⁹.

Ebbene si ritiene che molti tali comportamenti, c.d. opportunistici, sarebbero resi possibili, o comunque facilitati, proprio dal principio di responsabilità patrimoniale e autonomia patrimoniale che caratterizza le singole società del gruppo.

Peraltro molti dei tradizionali argomenti a sostegno della responsabilità limitata non appaiono propriamente convincenti di fronte al fenomeno dei gruppi societari.

Infatti nulli sarebbero i costi di monitoraggio degli altri azionisti, poiché si tratta di società con un unico socio o comunque ad azionariato ristretto; minori se non addirittura nulli sarebbero anche i costi di monitoraggio dei *managers*, dal momento che le società controllate sono spesso gestite dagli stessi *managers* della controllante; essendoci sostanziale coincidenza tra la proprietà e il *management* la diversificazione del lavoro non produce vantaggi significativi; minori sarebbero altresì i problemi di efficienza del mercato e quelli relativi alla negoziazione delle azioni; irrilevanti appaiono infine gli incentivi all'investimento ed alla diversificazione²⁰⁰.

Sotto il profilo della diversificazione DAVID W. LEEBRON ha infatti osservato che nei gruppi (specie quelli integrati) le varie società non sono autonome sotto il

¹⁹⁹ In tale scenario i creditori del gruppo e i soci di minoranza delle società controllate sono forzati a sostenere costi aggiuntivi di informazione e di monitoraggio, molto superiori a quelli richiesti nelle società indipendenti

²⁰⁰ Invero, nell'ambito dei gruppi societari, la società controllante è generalmente l'unico socio (o il socio di controllo) che fornisce alla società controllata tutti i finanziamenti di cui questa ha bisogno e pertanto non vi è alcuna necessità di facilitare ed incentivare gli investimenti. Già a metà degli anni 80 P. BLUMBERG, sollevava forti perplessità sull'opportunità di applicare rigidamente il principio di responsabilità limitata al fenomeno dei gruppi societari, ed in particolare nell'ambito dei rapporti tra controllante e controllata. Secondo BLUMBERG i giudici mettono troppa enfasi sui diritti delle corporation mentre dovrebbero concentrarsi sui doveri delle stesse. In particolare egli sostiene che i giudici dovrebbero verificare i rapporti intercorrenti tra controllante e controllata, nonché esaminare attentamente la struttura del gruppo, il livello di integrazione economica dello stesso e il grado di interdipendenza amministrativa e finanziaria, per decidere se considerare le controllanti responsabili per i debiti della controllata, piuttosto che applicare *sic et simpliciter* il principio della responsabilità limitata.

profilo finanziario, e gli investimenti infrasocietari non possono considerarsi una vera e propria forma di diversificazione, ed in ogni caso studi empirici avrebbero dimostrato che la diversificazione dei portafogli di investimento a livello casalingo (effettuata direttamente dai singoli investitori) è più efficiente di quella a livello societario²⁰¹.

Sotto tale profilo anche BAINBRIDGE ha osservato che la diversificazione dei rischi, generalmente considerata come una giustificazione del principio della responsabilità limitata, non appare un elemento altrettanto importante nel contesto dei gruppi. L'Autore, in proposito, ha infatti sottolineato come sin tanto che il principio di responsabilità limitata consente agli azionisti di isolare le proprie perdite nelle controllate, la situazione di pericolo resterebbe per essi immutata, anche se non si applicasse il principio di responsabilità limitata tra società controllante e società controllata. Le perdite degli investitori rimarrebbero limitate agli importi investiti nella prima. Considerare quindi la controllante responsabile per le perdite della controllata non varrebbe di per sé a dissuadere gli investitori dalla diversificazione²⁰².

²⁰¹ In particolare l'Autore citato ha osservato quanto segue: (i) nel caso dei gruppi integrati (nei quali le varie controllate producono differenti componenti di un medesimo bene, o comunque gestiscono differenti aspetti del medesimo *business*) le entità stesse, sotto il profilo finanziario e commerciale, non sono veramente indipendenti, e perciò l'investimento nelle diverse attività da ciascuna svolte non costituisce una vera e propria diversificazione dei rischi: non vi sarebbero quindi buone ragioni per riconoscere a tali società un regime di responsabilità limitata (quantomeno per i danni da illecito); (ii) nel caso dei gruppi conglomerati (nei quali le società controllate conducono attività imprenditoriali completamente indipendenti, specie senza alcuna relazione commerciale con ciascuna delle altre controllate né con la società madre) il beneficio complessivo della diversificazione dei rischi non giustifica il principio della responsabilità limitata poiché numerosi studi empirici hanno dimostrato che la diversificazione da parte degli investitori è più efficiente e per questa via il medesimo risultato sarebbe più facilmente ottenibile. Vari studi hanno infatti dimostrato che la diversificazione a livello casalingo è più efficiente di quella a livello societario, F. H. BUKLEY, *When the Medium is the Message: Corporate Buybacks as Signals*, 65, *Ind. L.J.*, 493, 520 n. 91 (1990) "though conglomerates were at one time thought to provide investors with cheap diversification, the evidence that they trade at a discount suggest that homemade diversification is cheaper still" si veda anche R. HAL MASON & MAURICE B. GOUDZWAARD, *Performance of Conglomerate Firms: a Portfolio Approach*, 31, *J. Fin.* 39, 46, 1976 ove è descritto uno studio empirico che dimostra "that investors are better of investing in diversified mutual funds than investing in conglomerates".

²⁰² BAINBRIDGE op. cit. "Recall, for example, that one justification of limited liability is encouraging shareholders to diversify. So long as the parent's limited liability insulates the parent's individual shareholders, their potential losses remain limited to the amount they invested in the parent. Hence,

Ma lo stesso Autore ha anche sottolineato come le osservazioni che precedono tuttavia non valgano ad annullare completamente i “meriti” del principio di responsabilità limitata. La sua abolizione nell’ambito dei gruppi societari, darebbe infatti adito a non desiderati incentivi (lo *spin off* delle attività più rischiose offerte ad azionisti individuali o a piccole imprese) e creerebbe un vantaggio per i c.d. non *subsidiary competitors*, piccole società indipendenti spesso sottocapitalizzate. Nel lungo tempo, tale nuova regola della responsabilità comporterebbe semplicemente l’allontanamento delle *subsidiaries* da alcuni specifici settori dell’economia ad alto rischio, settori che risulterebbero invece dominati da soggetti *judgment proof*, quali società controllate da una persona fisica, o le piccole società, cui i grandi gruppi e le *big corporation* conferirebbero incarichi specifici in *outsourcing*. Ciò, come si è già detto, con minore tutela dei creditori e con inefficienze dovute al mancato sfruttamento delle economie di scala.

Infatti, come esposto nel capitolo precedente, le ragioni per la costituzione di un’impresa in forma di gruppo societario anziché in grandi conglomerati, non riguardano soltanto la riduzione dei rischi, ma dipendono anche principalmente dai requisiti industriali ed aziendali di maggiore efficienza, insiti in tali strutture organizzative²⁰³.

holding the parent liable for the subsidiary’s conduct would not discourage investor diversification.” p. 61.

²⁰³ Così BAINBRIDGE, op. cit. “*Eliminating limited liability as to controlling corporations, moreover, would give such corporations a variety of undesirable incentives. They might, for example, spin-off high risk subsidiaries to individual shareholders, which would not improve the likelihood that victims of mass torts would be compensated but would probably result in less efficient management and operation of such firms. Conversely, doing so might encourage such corporations to reduce their unsystematic risk through parent-level diversification—i.e., becoming a conglomerate holding a portfolio of subsidiaries engaged in widely diverse lines of business. There is a general consensus that diversification by individuals is desirable, but that intra-corporate diversification is undesirable, a view that finds strong empirical support in the demise of conglomerate corporations. Once again, a key rationale for preserving the limited liability of formally separate entities thus may be that society’s cost-benefit analysis favors allowing enterprises to externalize risk: since society recognizes the benefits of allowing persons and organizations to limit their business risks through incorporation, sound public policy dictates that disregard of those separate corporate entities be approached with caution.” Another consideration is the many legitimate reasons for enterprises to split assets among multiple corporate entities. In some cases, doing so is compelled by the nature of the business and or applicable regulations. More generally, a basic principle of New Institutional Economics is that*

Secondo DAVID W. LEEBRON queste (certamente indesiderate) conseguenze potrebbero essere evitate, qualora i maggiori costi derivanti dall'abolizione del principio della responsabilità limitata fossero compensati dai vantaggi derivanti dalla strutturazione dell'impresa in forma di gruppo²⁰⁴.

In particolare egli sostiene che valutare quale regola della responsabilità - limitata, illimitata o pro rata - sia più o meno efficiente, dipenderebbe soltanto dal rapporto tra i vantaggi derivanti dalla gestione dell'impresa in forma di gruppo e le dannose inefficienze prodotte dal paventato aumento delle illegalità di comportamento. Sulla base critica di questo assunto il principio di responsabilità limitata dovrebbe essere mantenuto nell'ambito dei gruppi societari (in particolare per i danni da illecito), solo quando la sua disapplicazione comporterebbe la disintegrazione della società, negli altri casi sarebbe invece opportuno *to pierce the*

institutional design matters—it can create value. Separation of an enterprise into multiple entities allows firms, inter alia, to benefit from efficiencies of specialization, avoid various market risks, and allocate and capture tax benefits such as depreciation” p. 67-68. In proposito si veda anche CARNEY. Per una discussione sul fallimento delle grandi società conglomerate per i vantaggi create dalle strutture societarie organizzate in forma di gruppi di società si veda R. J. GILSON & B. S. BLACK, *The Law And Finance Of Corporate Acquisitions*, 339-46, 2d ed. 1995.

²⁰⁴ Si veda in proposito D. W. LEEBRON, op. cit. p. 17 “*The critical inquiry is whether the costs of increased liability exposure of corporate groups are offset by enterprise efficiencies of such groups. If the benefits to integration exceed the increased liability exposure, then corporations will integrate (be organized as corporate groups) in spite of veil piercing. As the liability rule in these cases will not influence the structure of the corporation, no efficiencies from integration will be lost. Efficiency will be gained from the creation of proper incentives to avoid tort injuries. If, for example, there is an efficiency to operating a low-liability-risk oil company (assuming the company has others ship its oil!) and a high-risk pharmaceutical manufacturing business, then piercing the veil will result in disintegration only if the expected benefit from reduction in liability costs is greater than those efficiencies. If there are in fact no efficiencies from integration, then we have lost nothing by forcing the disintegration as a result of the veil-piercing threat. The adoption of a blanket veil-piercing rule for corporate groups would result in lost efficiencies only when there are efficiencies from integration that do not outweigh increased liability costs, and the actions that produce the efficiencies from integration are not such as to result in piercing the veil under the present legal regime”.... “in short, whether abolishing limited liability for subsidiaries would be inefficient depends on the type and amount of efficiencies realized by corporate groups”.*

*corporate veil*²⁰⁵. Si tratterebbe, tuttavia, di un *test* di difficile applicazione e causerebbe quindi incertezze nel diritto²⁰⁶.

Anche BAINBRIDGE, come visto, si pone il problema dei c.d. soggetti *judgment proof* e in proposito tra le due alternative, quella di rimanere ancorati allo stretto principio dell'autonomia della persona giuridica e lasciare senza tutela i creditori involontari della controllata, o quella di abolire *sic et simpliciter* il sistema della responsabilità limitata, egli sceglie la via intermedia, quella di mantenere il principio della responsabilità limitata ed adottare lo schema dell'*enterprise liability* in casi eccezionali. Casi eccezionali, in cui appare opportuno, anche alla luce di ragioni di equità sostanziale, attribuire la responsabilità all'intero gruppo, ma che dovrebbero essere specificamente individuati secondo categorie precostituite²⁰⁷.

Inoltre, sembrerebbe che anche nel contesto dei gruppi societari, il principio della responsabilità limitata possa mantenere il suo valore di incentivo ad intraprendere attività a rischio ma socialmente apprezzabili. Indagini empiriche

²⁰⁵ Si veda LEEBRON "Which rule is optimal depends upon the relative magnitudes of the efficiencies and the additional tort liability. It might be possible to tailor rules that preserve some of these efficiencies without imposing the inefficiencies caused by limited liability" op. cit 17.

²⁰⁶ Si veda LEEBRON "Only where it can be shown that such veil piercing would result in disintegration of similar enterprises rather than liability should courts refrain from doing so. While this suggests a theoretical test for piercing the veil between related corporations, it is difficult to see how it would be implemented in practice. Furthermore, this regime will leave corporations with such uncertainty that they are likely to choose not to engage in an enterprise unless they are willing to have the veil pierced. If our primary concern is with risk assessment by such corporations, there is a strong argument for adopting a clear rule. The balance of the arguments outlined above weighs strongly in favor of abolishing limited liability of wholly owned subsidiaries" op. cit 18.

²⁰⁷ Si veda in proposito BAINBRIDGE, op. cit "How should the legal system respond to the judgment proofing problem and the consequent potential for corporate groups to externalize vast risks? Although there are a host of potential regulatory solutions to the problem, we focus here on only those relating to limited liability as such. In that context, three possible solutions suggest themselves. At one extreme, we could eliminate limited liability in parent-subsidiary and other affiliated corporation groups. At the other extreme, we could simply throw up our hands, say there is nothing to be done, and abolish the enterprise liability doctrine so as to allow corporations to judgment proof themselves freely. (Note that LoPucki's pessimism about enterprise liability is consistent with this alternative.) Somewhere in the middle, we could retain both limited liability as a basic principle and enterprise liability as an exception to deal with cases in which it seems appropriate to hold the entire corporate group liable. In evaluating these options, it is useful to keep in mind the theory of the second best. It posits that, in a complex and interdependent system, inefficiencies in one part of the system should be tolerated if "fixing" them might create even greater inefficiencies elsewhere in the system as a whole" op. cit 67.

dimostrano infatti che i *managers* hanno un'uguale se non maggiore "adversion to risk" degli azionisti, "both in private and publicly held corporations"²⁰⁸.

Ma il vero problema della disapplicazione del principio di responsabilità limitata nei gruppi societari è stabilire esattamente come e quando il controllo della capogruppo sia tale da giustificare l'eliminazione dello schermo della persona giuridica, e di stabilirlo *ex ante* secondo parametri definiti e non agevolmente eludibili dal mercato.

Infatti i teorici dell'abolizione del principio di responsabilità limitata hanno preso principalmente in considerazione ipotesi di società controllate al 100%, mentre diversi e maggiori sono i problemi quando la società madre non sia unico azionista. In proposito, se è pur vero per pratica evidenza che tale risulta la struttura organizzativa della maggior parte dei gruppi americani²⁰⁹, è altresì vero che tale non è invece la situazione della maggior parte dei gruppi italiani²¹⁰. Soprattutto, è intuitivamente evidente che i criteri di distribuzione della responsabilità nell'ambito dei gruppi societari devono essere identici sia nel caso in cui la controllante detenga il 100% delle controllate sia nel caso ciò non avvenga, perché una norma di

²⁰⁸ Si è osservato che i *managers*, in quanto investono il proprio "capitale umano" nell'impresa, non sono in grado, a differenza degli azionisti, di diversificare l'investimento medesimo e quindi, in virtù di una loro minore propensione al rischio, potrebbero essere indotti a scelte sub ottimali. In sostanza se la disciplina della responsabilità è destinata ad indurre un allineamento di interessi, si pone anche l'eventualità che essa stessa, creando un ulteriore fattore di rischio di cui agli amministratori devono tener conto, giunga ad aggravare i costi della loro attività (che poi in definitiva sono destinati a ricadere sulla società, se non altro quali componenti della remunerazione degli amministratori) ed a ridurre ulteriormente la loro propensione al rischio: un ostacolo in tal modo alle iniziative imprenditoriali che, proprio perché più innovative, sono anche le più rischiose (J. AMRMOUR & D. CUMMING, *The Legal Road to Replicating Silicon Valley*, 2003 in www.ssrn.com ; CHEN, STEINER & WITE, *Risk Taking Behaviour and Managerial Ownership in United States Life Insurance Industry*, 11 *Applied Fin. Econ.* 165, 2001; P. I. BLUMBERG, *Limited Liability and Corporate Groups*, op. cit.

²⁰⁹ Tale ultima situazione risulta infatti la più diffusa nel sistema Americano. Studi empirici avrebbero dimostrato che la maggior parte dei gruppi sono costituiti attraverso società detenute al 100% mentre solo un quarto dei grandi gruppi conglomerati sono strutturati attraverso società controllate non al 100% (si veda in proposito Blumberg, inoltre "the vast majority of corporate acquisition by tender offer result in ownership of the entire equity". See D. W. LEEBRON, *Games Corporations Play: a Theory of Tender Offers*, 61, *N.Y. U. L. Rev.* 153, 162 n. 35, 1986.

²¹⁰ Anche se bisognerà vedere l'effetto in tal senso delle modifiche apportate dalla riforma del diritto societario del 2003, che ha finalmente esteso il beneficio della responsabilità limitata anche alle S.p.A. uni personali.

responsabilità illimitata soltanto applicabile alle società totalmente controllate si presterebbe a facili evasioni, essendo sufficiente per la società madre includere un minimo numero di soci in ogni società controllata per poter nuovamente godere dell'antico beneficio. E i benefici derivanti dalla struttura societaria organizzata nella forma di controllante-controllata possono essere semplicemente e ugualmente ottenuti attraverso il controllo, senza alcuna necessità di possedere l'intero capitale sociale.

Quindi se il principio della responsabilità illimitata, o pro-rata che, sia deve avere un qualche effetto allora esso andrà esteso anche alle società controllate non completamente detenute dalla società madre: quindi proprio il controllo dovrebbe essere la base per l'attribuzione della responsabilità illimitata.

Si pongono così due immediati ordini di problemi: quali siano le società che si possono definire controllate ai fini dell'applicazione della regola della responsabilità illimitata, e come vada distribuito l'onere della responsabilità per gli azionisti esterni nelle società controllate.

Secondo LEEBRON, ad esempio, la responsabilità illimitata non andrebbe applicata a tutti gli azionisti, ma solo ai soggetti controllanti²¹¹, che non siano persone

²¹¹ Tale Autore osserva "One might extend a rule imposing unlimited liability on parent corporations to all corporate shareholders, thus avoiding the problem of determining which corporate shareholders are subject to unlimited liability. Such a rule would be undesirable for several reasons. First, with respect to corporate shareholders who held only a small minority of shares, the rule would achieve no beneficial results. All such shares would likely be sold to individual shareholders who would not be subject to liability, since the passive corporate shareholder can derive no additional benefit from the investment. The overall pool of available equity funds might be diminished, since corporations would not invest working capital and other funds in equity securities. Second, either the rule would require difficult distinctions between ordinary corporate investors and financial intermediaries, or require abolishing limited liability for financial intermediaries in the corporate form. This latter step would strongly discourage holding shares through such intermediaries, and might seriously impair the efficient functioning of securities markets" op. cit pp. 18-19. In sostanza secondo Leebron occorrerà procedere ad una analisi di efficienza simile a quella già suggerita per l'adozione del principio della responsabilità illimitata nell'ambito delle società totalmente controllate "If, for example, the distinction was between wholly owned subsidiaries and all others, corporate decision-makers would decide whether the costs of owning less than 100% of all shares (e.g., possible registration of securities, duties of loyalty, or disclosure of information) outweighed the marginal reduction in expected costs in moving from unlimited to limited liability. Of course, the evaluation will not be the same for all enterprises, and those firms posing the greatest risk of tort harms, and hence those with the greatest possibility of externalization, would be most likely to accept the costs of less than 100% ownership.

fisiche, e che si trovino in una posizione di controllo di diritto²¹². Tale impostazione certo comporterebbe una violazione del principio essenziale dell'uguaglianza degli azionisti, ma l'Autore afferma che *"the rule nonetheless seems desirable from an efficiency standpoint"*. Vi sarebbero, infatti, secondo tale Autore, buone ragioni per differenziare tra azionisti di maggioranza e azionisti di minoranza, poiché solo l'azionista di maggioranza è nella posizione di intervenire affinché la società controllata diminuisca i rischi derivanti da illecito. Comunque, anche in tale contesto, la responsabilità dovrebbe essere *pro rata* e non solidale²¹³.

Ancora secondo LEEBRON, il principio della personalità giuridica dovrebbe venire ignorato per tutti i membri del gruppo: non solo la società madre dovrebbe essere ritenuta responsabile per i danni della controllata ma anche reciprocamente la seconda verso la prima. Altrimenti le strategie per evitare ogni tipo di responsabilità sarebbero troppo facili e a buon mercato (facendo in modo, ad esempio, che la società madre sia sempre sottocapitalizzata).

Tuttavia il problema di individuare *"when corporations are sufficiently affiliated with one another that the veil of limited liability would be lost"*²¹⁴, non è così

Thus, for tort liability purposes, subsidiaries and other corporate affiliates must be defined by something less than 100% ownership. If a rule of "substantially all" (somewhere between 90% and 95%) were adopted to distinguish unlimited liability subsidiaries from other corporate investments, an additional cost to be considered by corporate groups would be possible free-rider costs: significant portions of the profits from valuable business plans supplied by the parent corporation would be allocated to the minority shareholders. This and other costs increase as minority participation is increased. Again, the more dangerous the enterprise, the more likely the corporate owner would be to accept the costs of minority participation in return for limited liability" op. cit p. 19.

²¹² In proposito LEEBRON osserva *"One possible alternative to the legal control test is control in fact. Such uncertain rules are costly, and the marginal benefit of imposing unlimited liability on minority controlled corporations but not on other corporations seems exceedingly small. Although no rule is perfect, restricting the imposition of unlimited liability to corporations owning a majority of another corporation's shares seems most desirable"* op. cit p. 19.

²¹³ In proposito LEEBRON osserva *"Otherwise, the majority shareholder would become inefficiently risk averse, as it would enjoy only its pro rata share of the benefits of activities with tort risks, but all of the costs"* op. cit. p. 19.

²¹⁴ Così S. BAINBRIDGE ha osservato *"Presumably only controlling corporate shareholders should lose the protection of limited liability or we risk, among other things, interfering with the important role of financial intermediaries such as banks and mutual funds that own much corporate stock. Determining whether one corporation controls another is easy when a parent owns all of the stock of a*

facilmente risolvibile. Il controllo sulle politiche gestionali delle società del gruppo è fattispecie difficile da definire e da concretare: è il caso dei sindacati di voto che creano coalizioni di controllo, ma spesso segrete. Fuorviante sarebbe basarsi solo sulla titolarità della maggioranza dei diritti di voto; è il caso di strutture coalizionali, nelle quali varie società controllano congiuntamente un insieme più ampio di imprese legate da partecipazioni incrociate (tipiche in Francia, in Italia, nei Paesi Bassi) e di altre strutture collegiali, nelle quali i *top managers* esercitano un controllo a livello di gruppo senza pure una coalizione parallela di azionisti (come avviene in Giappone). Infine è certamente vero che spesso il controllo su di un'altra società si può ottenere in via di fatto detenendo una quota di gran lunga inferiore a quella necessaria per sancire il controllo di diritto. Ma individuare esattamente quando un soggetto ha l'effettivo controllo di un'altra società è una difficile indagine di fatto, da svolgere di volta in volta, a detrimento della certezza del diritto.

2.5. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Dal quadro delineato dall'analisi economica può desumersi una conclusione importante: se è pur vero che il principio di responsabilità limitata, soprattutto nel contesto delle *closely held corporations* e nei gruppi di società, presenta importanti inefficienze, è altresì vero che, allo stato, le soluzioni di carattere generale proposte non appaiono migliori del male che intendono curare. In sostanza né la *pro rata liability* né tanto meno la responsabilità illimitata dei soci appaiono, infatti, strade concretamente percorribili.

Così non resta che colpire, via via che si presentano, i casi più gravi di abuso, e ciò spesso a discapito della certezza del diritto.

subsidiary, but what about cases in which the alleged parent owns, say, 25% of the subsidiary's stock. To be sure, in a variety of contexts, courts have developed standards to determine which investors should be deemed to control the corporation. Yet, those standards are vague and operate best by hindsight. As such, ex ante predictability and certainty would be lost" op. cit. p. 67.

Come si vedrà nel capitolo che segue, le diseconomie e le ingiustizie dell'applicazione indiscriminata del principio di responsabilità limitata sono state combattute nei vari paesi con modalità differenti: negli Stati Uniti in via giurisprudenziale, (con interventi spesso incoerenti, che hanno creato seri problemi di incertezza, tanto che si è auspicato l'intervento diretto del legislatore per l'emanazione di direttive generali²¹⁵), in Germania con un'apposita legge, in Francia e in Inghilterra con leggi settoriali e interventi giurisprudenziali. Ma comunque senza mai giungere a stravolgere alla base e in via generale il principio dell'autonomia patrimoniale delle persone giuridiche.

I problemi creati dal principio di responsabilità limitata sono quindi risolti dai vari ordinamenti, in maniera più o meno incisiva, con maggiore o minore chiarezza e linearità, per via legislativa o giurisprudenziale, ma comunque sempre e solo introducendo correttivi e deroghe di vario genere, per i casi eccezionali e adottando "criteri di valutazione"²¹⁶ volti a mitigare le ingiustizie e gli abusi più evidenti, ma senza stravolgere in via generale il criterio della responsabilità, e senza adottare alcuna soluzione che superi, fisiologicamente, l'attuale sistema.

²¹⁵ HANSMAN & KRAAKMAN, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, 100 *Yale L. J.* 1932 (1991), i quali sottolineano che "*the distinction between liberalized veil-piercing and unlimited liability is largely rhetorical. And while the form is reassuringly conservative, it also disguises, and threatens to mislead, the doctrinal evolution at stake*". Tra i tentativi della scienza giuridica Americana contemporanea di ricondurre un'area confuse e multiforme della *case law* societaria entro una categoria concettuale coerente ed omogenea si sottolinea la tesi volta a ricercare l'elemento modulatore ed ordinante della sistemazione concettuale nei principi codificati della *statutory law*. Si veda R. CLARK, *Corporate Law*, 1986, p. 92, secondo il quale gran parte dei casi di *piercing the veil* riguardano fattispecie riconducibili ad una progressione giurisprudenziale dell'area di diritto scritto dei principi di tutela dei creditori in relazione ad atti di trasferimento dei beni del debitore volti a diminuire il valore delle garanzie del proprio debito.

²¹⁶ Le teorie economiche dell'abuso del diritto riconducono il criterio di valutazione in base al quale indagare il fenomeno dell'abuso ad un calcolo economico, ispirato ad un criterio di efficienza di tipo paretiano. In base a tale criterio chi peggiora la situazione di un altro soggetto, senza con ciò migliorare la propria, realizza una situazione che non soddisfa i criteri dell'efficienza paretiana, e pertanto dale condotta è ritenuta abusiva. Considerata la proprietà come istituzione caratteristica e fondamento di un mercato efficiente, l'abuso del diritto diventa una formula utile a distinguere le ipotesi in cui i comportamenti proprietari sono comunque legittimi perché volti a massimizzare l'utilità individuale e le ipotesi in cui il proprietario scarica su terzi costi della propria attività al di fuori di un accordo di mercato. I comportamenti proprietari del secondo tipo sono illegittimi in quanto inefficienti, non quelli del primo tipo. Si veda sul punto. P.G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, in Dig. delle Disc. Priv.- Sez. civ-, vol. IV, Utet, Torino, 1990, p. 411 e ss. in part. p. 420.

Nel contesto di un atteggiamento comunque positivo dei legislatori nei confronti del principio di responsabilità limitata, dal punto di vista giuridico, e nei confronti dei gruppi, dal punto di vista economico, è forte l'interrogativo volto ad individuare quali norme debbano essere introdotte o quali interpretazioni evolutive debbano essere seguite per dirimere il conflitto, in apparenza inconciliabile, tra il fenomeno dei gruppi e le norme del diritto societario. E sotto tale profilo, i contributi dell'analisi economica hanno il pregio di aver evidenziato che eliminare il principio di responsabilità limitata nei gruppi di società non è cosa così agevole, anche considerato che una diversa regola della responsabilità limitata renderebbe sostanzialmente inutilizzabile la struttura del gruppo di società, a beneficio di altre e più flessibili strutture organizzative dell'impresa, che tuttavia non è detto forniscano maggiori garanzie e tutele²¹⁷.

²¹⁷ Si veda G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *Atti del Convegno internazionale di Studi*, Venezia 1996, vol. I, p. 35 : "L'insanabile contraddizione insita in una disciplina generale dei gruppi è dovuta al fatto che essa mira ad una tutela dei creditori e degli azionisti esterni, tendendo inevitabilmente a soddisfarli col coacervo di tutti i patrimoni delle singole società del gruppo, facendo di questo un unico centro di imputazione di situazioni giuridiche e di garanzie patrimoniali, quasi che esso fosse un'unica società. Ma ciò significa svilirne la natura e rendere inutilizzabile la sua struttura operativa che comporta ed esige invece l'esistenza di distinti patrimoni e di distinte società aggregate, sia pure a sovranità limitata, secondo la felice espressione di A. Mignoli."

CAPITOLO III.

LE SOLUZIONI LEGISLATIVE AL PROBLEMA DEI GRUPPI SOCIETARI: UN ESAME COMPARATISTICO

3.1. INTRODUZIONE

Come si è accennato nei capitoli che precedono, il fenomeno dei gruppi societari ha creato problemi di adeguamento dei tradizionali principi di diritto societario, incardinati ovunque sull'autonomia della persona giuridica e sulla responsabilità limitata nelle società di capitali, sia nei paesi di *common law* sia in quelli di *civil law*. Di fronte al fenomeno dei gruppi societari ovunque si è cercato, con maggiore o minore forza, di derogare in alcuni casi al principio della responsabilità limitata per attribuire la responsabilità per i fatti della controllata direttamente in capo alla società o persona fisica controllante, ciò onde evitare che l'applicazione rigida del principio di tale principio potesse dar luogo a situazioni di intollerabile ingiustizia sostanziale.

Nel presente capitolo si procederà quindi ad analizzare come sono stati i risolti i problemi di abuso della personalità giuridica e dei gruppi in alcuni principali ordinamenti di *common law*, in particolare negli Stati Uniti (che verranno esaminati con peculiare attenzione) e in Inghilterra, e di *civil law*, in particolare in Francia e Germania.

Nello svolgimento dell'indagine comparatistica si cercherà in particolare di mettere a confronto le soluzioni giurisprudenziali e legislative adottate dai vari paesi avendo riguardo:

- (i) dal punto di vista dei soggetti tutelati, non solo alla posizione dei creditori ma anche a quella dei soci di minoranza e,
- (ii) dal punto di vista dei soggetti responsabili, non solo alla responsabilità

della capogruppo o del socio/società dominante ma anche alla posizione di eventuali altri soggetti (quali amministratori, sindaci o socio di maggioranza, etc.) cui si potrebbe estendere la responsabilità della capogruppo.

Si vedrà così come l'adeguamento degli ordinamenti giuridici sopra citati alle esigenze poste dalla rapida evoluzione delle strutture economico-sociali rappresentate dai gruppi si è attuato con modalità differenti: in Germania con l'adozione di una disciplina generale societaria concernente i gruppi di società e la responsabilità delle componenti del gruppo stesso²¹⁸; in Francia e in parte in Inghilterra con l'emanazione di leggi speciali di settore in cui siano regolamentati particolari aspetti del fenomeno soprattutto nel contesto di insolvenza; negli Stati Uniti ed in Inghilterra (ancora) con l'elaborazione giurisprudenziale, fondata su lineamenti evolutivi discendenti dall'applicazione di principi generali dell'ordinamento (ad es. l'abuso del diritto)²¹⁹.

Si farà quindi un breve cenno al dibattito sorto a livello comunitario intorno all'ipotesi di una normativa armonizzata dell'Unione Europea sul tema dei gruppi²²⁰.

Ma prima di esaminare, con maggiore dettaglio, come i paesi sopra citati abbiano risolto i problemi di abuso della personalità giuridica e dei gruppi che qui ci

²¹⁸ Alcuni ordinamenti hanno adottato normative generali in materia di gruppi di società. Tuttavia identificare i gruppi di società è particolarmente complesso e fornire una rigida qualificazione giuridica in cui delimitare la disciplina della responsabilità è anche parsa a rischio di inefficacia nella sua attuazione ed applicazione. Così in altri ordinamenti, partendo da tali constatazioni, si è assistito ad un utilizzo e sviluppo, qualificato e peculiare nell'ambito del diritto societario, di alcuni principi comuni del diritto delle obbligazioni (dall'abuso del diritto all'*exceptio doli*).

²¹⁹ Il diritto societario assolve in tal modo ad una funzione integrativa del diritto delle obbligazioni, nel fornire meccanismi di tutela ulteriori per i creditori sociali (e per gli azionisti di minoranza). Tale *corpus* di norme e di sistemi di *remedy* peraltro si aggiunge al complesso di regole e di strategie normative adottate con il medesimo fine mediante *disclosure* obbligatorie ed alle regole di imputazione di meccanismi sanzionatori in caso di inosservanza di regole di trasparenza nella gestione delle società, anche in relazione alle responsabilità conseguenti a tali inadempimenti.

²²⁰ Si veda FORUM EUROPAEUM CORPORATE GROUP LAW, CORPORATE GROUP LAW IN EUROPE, in *European Business Organization Law Review*, 2000, vol. 1, p. 168: "In Europe the Corporate Group has a special importance because if the acquisition or founding of subsidiaries were not legally possible, companies would not, in practice be able to avail themselves of their right of free establishment under Article 43 and 48 EC [ex Art. 52 and 58 ECT]. The connection between the right of establishment on the one hand, and the nationality of the companies on the other, leads precisely to the establishment of small and large corporate groups."

occupano, e per meglio comprendere le diverse impostazioni, giova svolgere alcune considerazioni di carattere generale sulle divergenze sistematiche tra i paesi di *common law* e di *civil law*.

Innanzitutto, tra i due sistemi giuridici vi è un diverso grado di sviluppo e di complessità delle economie e delle regole dei mercati di capitali. Infatti, da un lato, ovvero nei paesi di *common law*, siamo di fronte a mercati fortemente fluidi, a società con azionariato diffuso, a gruppi societari caratterizzati dal fatto che la società madre detiene generalmente il 100% delle società controllate. In tale contesto il conflitto tra soci di minoranza e di maggioranza non è significativo, mentre forte è il conflitto con i *managers*, e sono i creditori sociali ad avere maggiore esigenza di tutela.

Dall'altro lato, nei paesi di *civil law* i mercati sono meno fluidi, l'azionariato non è altrettanto diffuso e ampia è la presenza di imprese familiari o comunque di soci forti anche nelle società quotate; i gruppi societari sono spesso configurati nella forma dei gruppi piramidali, con presenza di soci di minoranza anche nelle società operative controllate. In tale contesto il conflitto tra soci di maggioranza e soci di minoranza è estremamente significativo, almeno altrettanto significativo del conflitto tra *outside stakeholders* e *managers*, fortemente controllati dai soci di maggioranza, e sono quindi rilevanti le esigenze di tutela, affianco dei creditori, anche dei soci di minoranza.

Inoltre nei sistemi di *common law* gli studi di analisi economica del diritto hanno trovato maggiore ascolto e si vedono spesso incorporati nelle scelte legislative o nelle decisioni dei giudici. In tali paesi i contorni del diritto sono spesso legati alla soluzione del caso concreto, e così capaci di dare maggiore rilievo alla sostanza dei fatti. Al contrario, nei paesi europei di *civil law* la soluzione anche delle problematiche di cui è causa riflette il differente modo di produzione del diritto, maggiormente legato a norme generali, più rigide ma anche dai contorni relativamente più delineati²²¹. L'intervento giurisprudenziale in tale contesto è meno

²²¹ Si veda sul punto M. LUTTER, *Limited Liability Companies and Private Companies*, in XIII *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1997, pp. 2-58, secondo cui la divergenza sarebbe

libero, e lo sguardo è più facilmente rivolto alla coerenza con la forma dello schema giuridico, che al fatto concreto.

Si evidenziano, in altri termini, le radicali diversità di impostazione delle tradizioni giuridiche cui si fondano gli ordinamenti oggetto di indagine²²², che permangono tuttavia dotati di approcci funzionali tra loro comparabili²²³.

Infatti, al di là delle divergenti modalità adottate in ciascun ordinamento, si vedrà come elemento comune è la sostanziale difficoltà a delimitare in termini giuridici il concetto di gruppo societario. Quasi tutti i paesi esaminati, al di là della Germania, si sono quindi orientati verso un approccio più fluido e flessibile, maggiormente sensibile a circostanze economico-fattuali concrete che diano evidenza di situazioni di abuso e quindi di responsabilità, con particolare riferimento ai casi di insolvenza di società controllate. Tale approccio porta al rigetto di una “responsabilità organica” giuridicizzata dei gruppi di società, mantenendo il ruolo centrale del principio di responsabilità limitata. Ma tali soluzioni “fluide”, come già accennato, non sono certo andate esenti dalle critiche di chi, muovendo dal rischio di un’applicazione ampia di principi giuridici generali, quali l’abuso del diritto e l’*exceptio doli*, denuncia l’inevitabile contrazione della certezza del diritto²²⁴. Per rimediare a

altresì dovuta al fatto che gli ordinamenti di *civil law* perseguono contemporaneamente più obiettivi: ottenere conferimenti dai soci, agevolare il finanziamento delle imprese e tutelare i creditori.

²²² Osserva G.B. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, 2° ed., Torino, 2007, p. 67: “Per converso [...] rimane la radicale diversità di impostazione di cui le due tradizioni son debitrice alla storia: maggiormente problematico (e dunque spesso trascinante nella politica del diritto), l’approccio di *common law*, più attenta al sistema (e per conseguenza assai più tecnica e sofisticata) l’impostazione ancora dominante in *civil law*”.

²²³ Importanti studi internazionali, anche relativamente recenti, approfondiscono le tematiche della convergenza funzionale degli strumenti e dei meccanismi giuridici del diritto societario di diversi ordinamenti: si veda in particolare R.J. GILSON, *Globalizing Corporate governance: Convergence of Form or Function*, 49, *American Journal of Comparative Law*, 329, 2001; J.C. COFFEE, *The Future as History: the Prospect for Global Convergence in Corporate Governance and its Implications*, 93, *Northernwestern University Law Review*, 641, 1999.

²²⁴ L’esigenza di adottare criteri e tipologie ben definite di casi in cui poter ipotizzare il superamento della persona giuridica derogando al principio della responsabilità limitata, per evitare un pericoloso erodersi del principio di certezza del diritto è argomento diffuso nella dottrina continentale europea in particolare in quella tedesca posta a fondamento della *Konzernrecht* del 1965: si veda T. RAISER – R. VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, Monaco, 2006, § 29, p. 448 e ss.

tali problemi di certezza del diritto, particolarmente sentiti nelle tradizioni giuridiche dell'Europa continentale, si è invocata l'elaborazione di fattispecie tipiche (*Fallgruppen*) oggetto di una regolamentazione normativa in cui inquadrare e delimitare il tema del superamento dello schermo societario²²⁵.

3.2. I SISTEMI DI COMMON LAW

Nei sistemi di *common law*, pur in mancanza di una legislazione generale sui gruppi societari, la giurisprudenza ha mostrato una notevole attenzione a mitigare gli effetti della c.d. *entity law*, ossia dello schermo della responsabilità limitata fornito ai soci di società di capitali, in relazione ai rapporti di controllo. Il superamento dello schermo della personalità giuridica, ovvero il c.d. *piercing the corporate veil*, è stato utilizzato dai giudici con l'intento di evitare che l'applicazione aprioristica della c.d. *entity law doctrine* potesse produrre soluzioni abnormi o comunque inique in termini di giustizia sostanziale²²⁶.

Nei sistemi di *common law* vi è una netta distinzione tra le teorie che si sono sviluppate per tutelare i creditori e quelle invece che si sono sviluppate per tutelare la posizione dei soci di minoranza. In particolare la tutela dei creditori è affidata alla teoria del c.d. *piercing the corporate veil*, nelle sue varie declinazioni di cui si parlerà a breve, mentre la tutela dei soci di minoranza si basa sulla teoria del *breach of fiduciary duties*²²⁷. Si tratta di un filone giurisprudenziale completamente distinto ed

²²⁵ Rasier, in P. ULMER, *GmbHG-Großkommentar*, Bd. I, Tübingen, 2005, § 13, Rdn. 51 ss., p. 920 ss.

²²⁶ La dottrina che si è sviluppata negli Stati Uniti rappresenta una significativa controtendenza del sistema giuridico statunitense connotato da costante e crescente evoluzione verso un sistema giuridico fondato sugli *statutes*. In tale contesto l'intervento dei giudici ha operato come una *safety valve*: si veda sul punto P. BLUMBERG, *The Corporate Entity in an Era of Multinational Corporations*, 15, *Del. J. Corp. L.* 283 (1990) "*Piercing the veil jurisprudence has provided the safety valve in American law for American courts in "exceptional" cases to avoid unacceptable results arising from the rigid application of entity law in situations in which third parties have been injured by the substantial departure of controlling shareholders from accepted corporate mores*", p. 290.

²²⁷ Si veda I. ANABTAWI, L. A. STOUT, *Fiduciary Duties For Activist Shareholders*, *UCLA School of Law Law & Economics Research Paper Series Research Paper No. 08-02*, p. 3 : "*One of the most*

autonomo, peraltro poco rilevante nel contesto dei gruppi societari ove non è fortemente sentita la necessità della tutela dei soci di minoranza.

E ancora distinta sia dalla teoria del c.d. *piercing the corporate veil* sia dalla teoria del *breach of fiduciary duties* è la questione della responsabilità dei *managers*, basata sulla c.d. teoria dell'*agency*²²⁸.

3.2.1 I SISTEMI DI *COMMON LAW*: (SEGUE) GLI STATI UNITI

Come anticipato, il diritto americano, fondato sul principio dell'autonomia patrimoniale e della correlata responsabilità limitata della persona giuridica, non presenta, ancora oggi, una legislazione (in termini di *statutory regulation*) generale sull'utilizzo abusivo delle società di capitali da parte del socio dominante o volta a disciplinare la responsabilità nei gruppi di società²²⁹.

Tuttavia il problema del superamento del principio di responsabilità limitata nelle società di capitali è stato sollevato sin dall'inizio del 1900²³⁰, ed è stato affidato

basic concepts in corporate law is that of fiduciary duties. With modest variations, these duties fall into two broad categories: the duty of loyalty and the duty of care."

²²⁸ L'applicazione di tale teoria richiede l'esistenza (anche se implicita) di un rapporto di agenzia, e cioè di un rapporto in base al quale taluno è autorizzato ad agire per conto e sotto il controllo di altri. In tali casi il *principal* risponde delle obbligazioni assunte dall'*agent* nei confronti dei terzi. J. D. BAUMAN e ALT., *Corporations: Law and Policy*, 36 (6th ed. 2007) ("Although directors owe fiduciary duties, shareholders generally do not."); R. C. CLARK, *Corporate Law*, (1986), p. 141 ("Directors, officers, and, in some situations, controlling shareholders owe a fiduciary duty of loyalty."); B. W. MEADE FLETCHER, *The Fletcher Encyclopedia of the Law of Private Corporations*, § 5713 (rev. ed. 2000) ("A shareholder occupies a position and owes a duty radically different from a director. [A] shareholder may vote with the view merely of his or her own self-interest. Ordinarily, unless the shareholder is a majority shareholder or active in the management of the corporation, he has no well-defined duties."); D. A. HOFFMAN, *The "Duty" to Be a Rational Shareholder*, 90 *Minn. L. Rev.*, 537 (2006) ("American public shareholders are uniquely blessed by the freedom to do what they will shareholders owe the corporation no legal duties."); R. S. KARMEL, *Should A Duty to the Corporation Be Imposed on Institutional Investors?*, 60 *Bus. Law* 1, 2 (2004) ("Shareholders do not generally owe any duties to one another or the corporation.").

²²⁹ La materia è stata oggetto di ampio intervento da parte del giudice che in tale ambito ha esaltato, con molta evidenza agli occhi del giurista di *civil law*, il proprio ruolo di giudice di *common law*.

²³⁰ Si veda per un esame generale della fattispecie P. BLUMBERG, *The Corporate Entity in an Era of Multinational Corporations*, op. cit., *passim*. Escludere l'applicazione della responsabilità limitata nelle società di capitali significava derogare ad un dato giuridico fondamentale del diritto societario

all'intervento dei giudici che, tenendo anche conto delle teorie di *law and economics*, si sono ispirati a ragioni di giustizia sostanziale, per imputare alla controllante la responsabilità dei danni causati ai creditori delle società controllate.

Il rispetto, da parte dell'imprenditore, delle regole statutarie e societarie è stato posto a fondamento del correlato "beneficio" della responsabilità limitata²³¹. Pertanto la commistione di affari tra società e socio è stata ritenuta un'utilizzazione abusiva della società con conseguente privazione del beneficio della responsabilità limitata. Ma un'ulteriore evoluzione applicativa di tale ragionamento, volto a tutelare i creditori sociali nei casi di utilizzo, abusato o abusivo, dello schermo societario da parte di imprenditori poco attenti, o meglio volto a contemperare i diritti dei singoli con le esigenze di tutela dei diritti imposte dall'ordinamento, si è avuta con riferimento a strutture partecipative più complesse.

In un primo momento il superamento della personalità giuridica è stato applicato in casi semplificati di controllo diretto di una società di capitali da parte di un socio persona fisica. Solo successivamente, con l'articolarsi dei meccanismi e

americano, basato sull'*entity law doctrine*, principio in virtù del quale ad ogni *legal unit*, società di capitali, sono attribuiti personalità giuridica autonoma e diritti ed obblighi della medesima unità giuridico – imprenditoriale. Si veda Louis K Liggett Co. et al v. Lee, Comptroller of State of Florida, et al. 288 U.S. 517, 53 S.Ct. 481, 77 L. Ed. 929, 85 A.L.R. 699 ed in particolare la *dissenting opinion* del giudice Brandeis: "*The prevalence of the corporation in America has led men of this generation to act, at times, as if the privilege of doing business in corporate form were inherent in the citizen; and has led them to accept the evils attendant upon the free and unrestricted use of the corporate mechanism as if these evils were the inescapable price of civilized life, and hence, to be borne with resignation*"; M. HOROWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860* (1977), pp. 47-53; M.J. BAKER & M. KILLINGSWORTH, *An American View Through the Corporate Veil*, 6 *Int'l Bus. Law*, 267 (1978).

²³¹ La costituzione di una società, con la conseguente assunzione di una forma giuridica societaria, comporta necessariamente l'adesione a una precisa regolamentazione giuridica e l'impegno all'ossequio di una ampia serie di formalità quali l'emissione di azioni, l'elezione di amministratori, lo scioglimento dell'assemblea, il compimento di atti di gestione e l'adozione e la tenuta delle scritture contabili. La dottrina americana ha ritenuto che tali formalità, costituenti la regolamentazione attuativa dello "statuto societario" consapevolmente adottato dall'imprenditore, rappresentino in realtà una controprestazione del beneficio della limitazione di responsabilità accordato ai soci della persona giuridica. In tale contesto, pertanto, la sistematica pratica di trascurare – nelle piccole società di capitali – alcuni adempimenti procedurali o, addirittura, la violazione intenzionale di talune regole formali, sono intese come una trasgressione della controprestazione dell'imprenditore tale da poter giustificare un provvedimento sanzionatorio quale la negazione della possibilità di reclamare il beneficio della *limited liability*.

sistemi economico-imprenditoriali, i casi portati davanti ai giudici hanno riguardato le cd. *close corporations*, ovvero società ove sussisteva un limitato numero di soci ed in cui sono di norma presenti limiti alla circolazione delle azioni e non vi è un mercato di titoli²³². Diversamente, nelle *public companies*, una regola di responsabilità illimitata non sembra aver trovato quasi mai applicazione, date le ripercussioni che essa potrebbe causare sui mercati finanziari.

a) La teoria del *piercing the corporate veil*

La tradizionale teoria del *piercing the corporate veil* si è fondata sull'elaborazione dottrinale di inizio novecento²³³ che ha tratto spunto da alcune decisioni della Corte Suprema degli Stati Uniti concernenti l'elusione di norme imperative poste dalla legge a tutela di pubblici interessi²³⁴. Dopo alcune formulazioni piuttosto embrionali e generiche²³⁵, delineanti essenzialmente un atteggiamento "sanzionatorio" espressione del ricorso ad un provvedimento giudicato quale *extrema ratio*²³⁶, la dottrina del *piercing the corporate veil* si è sviluppata intorno a tre fattori essenziali, la cui congiunta esistenza è stata ritenuta necessaria per "squarciare" il velo protettivo offerto dal principio della responsabilità limitata di

²³² P. BLUMBERG, K.A. STRASSER, N. L. GEORGAKOPOULOS E E. JR. GOUVIN, *On corporate groups*, op. cit., § 6.01: "American law has slowly tried to fashion a newer jurisprudence for determining the legal rights and responsibilities of the companies that constitute a larger corporate enterprise and collectively conduct a common business under common control. This is the emerging law of corporate groups under which the older entity law, in a number of areas, has begun to be supplemented and supplanted by new doctrines based on enterprise concepts".

²³³ I.M. WORMSER, *Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporate Problems* (1927); I.M. WORMSER, *Piercing the Corporate Veil*, 12 *Colum. L. Rev.* 496 (1912).

²³⁴ Si veda ad es. *United States v. Reading Co.*, 253 U.S. 26,61 (1920); *United States v. Lehigh Valley R.R.* 220 U.S. 257, 272 (1911).

²³⁵ Si veda *United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.*, 142 F. 247, 255 (C.C:E.D. Wis. 1905), e in particolare la frase del giudice Sanborn in cui si afferma che lo schermo della personalità giuridica deve essere superato qualora una "*entity is used to defeat public convenience, justify wrong, protect fraud, or defend crime*".

²³⁶ *Berkey v. Third Ave. Ry. Co.* 244 N.Y. 84 (1926), Mr. Justice Cardozo: "[t]he whole problem of the relation between parent and subsidiary corporation is one that is till enveloped in the mists of metaphor. Metaphors in law are to be narrowly watched, for starting as devices to liberate thought, they end often by enslaving it".

una società di capitali²³⁷. Si tratta in particolare dei seguenti fattori:

- (i) la mancanza di un'esistenza effettiva ed indipendente della società controllata²³⁸;
- (ii) l'abuso delle strutture societarie, da parte del socio controllante, con uno specifico intento fraudolento o comunque illecito o in ogni caso non meritevole di tutela (cd. *improper purpose*) nei confronti dei creditori²³⁹; nonché
- (iii) il nesso di causalità diretto (cd. *proximate cause*) tra l'utilizzo abusivo

²³⁷ *Ex multis*, la giurisprudenza tradizionalmente qualificata nel filone della cd. *instrumentality doctrine*: Cordius Trust v. Kummerfield, 153 Fed. Appx 761, 2005 E.S. App. LEXIS 21719 (2d Cir. 2005); Sahu v. Union Carbide Corp., 2006 U.S. Dist. LEXIS 84475 (S.D.N.Y. 2006) New York law); Beck v. Consolidated Rail Corp. 2005 U.S. Dist. LEXIS 23726 (S.D.N.Y. 2005); Morris v. N.Y. State Dep't of Taxation & Fin., 82 N.. 2d 135, 623 N.E. 2d 1157 (1993); Belvedere Condo. Unit Owners' Ass'n v. R.E. Roark Cos., 67 Ohio St. 3d 274, 617 N.E.2d 1075 (1993). Per quanto riguarda il filone giurisprudenziale dell'*alter ego doctrine* pur ricondotto alla stessa teoria classica del *piercing the corporate veil* fondata su tre fatti indice si veda Van Dorn Co. v. Future Chem. & Oil Corp. 753 F.2d 565 (7th Cir. 1985); Wegerer v. First Commodity Corp., 744 F.2d 719 (10th Cir. 1984); Talen's Landing, Inc. v. M/V Venture II, 656 F.2d 1157, 1160 (5th Cir. 1981); National Marine Serv., Inc. c. C.J. Thibodeaux & Co., 501 F.2d 940 (5th Cir. 1974); Sabine Towing & Transp. Co. v. Merit Ventures, Inc., 575 F. Supp. 337, 340 (N.D. Ill. 1983); Baker v. Caravan Moving Corp., 561 F. Supp. 337, 340 (N.D. Ill. 1983); Thermothrift Indus., Inc. v. Mono-Therm Insulation Sys., Inc., 450 F. Supp. 398 (W.D. Ky. 1978); Worldwide Carriers, Ltd. V. Aris S.S. Co., 301 F. Supp. 64 (S.D.N.Y. 1968); RRX Indus., Inc. v. Lab. -con, Inc., 772 F.2d 543, 545 (9th Cir. 1985); Flynt Distrib. Co. v. Harvey 734 F.2d 1389, 1393 (9th Cir. 1984); FMC Fin. Corp. v. Murphree, 632 F.2d 413, 422 (5th Cir. 1980); United States v. Dean Van Lines, Inc. 531 F.2d 289, 291 (5th Cir. 1976); SRI Int'l, Inc. v. Internet Security Systems, Inc., 2005 U.S. Dist. LEXIS 6797 (D.Del. 2005) (Delaware law); Cambridge Electronics Corp. v. MGA Electronics, 227 F.R.D. 313 (C.D. Cal. 2004); Pan Pac. Sash & Door Co. v. Greendale Park, Inc., 166 Cal. App. 2d 652, 333 P.2d 802 (1958); Marr v. Postal Union Life Ins. Co., 40 Cal. App. 2d 673, 105 P.2d 649 (1940); Caple v. Raynel Campus, Inc., 526 P.2d 334 (Nev. 1974); Gallagher v. Reconco Builders Inc., 91 Ill. App. 3d 999, 415 N.E.2d 560 (1980); Stap v. Chicago Aces Tennis Team, Inc., 63 Ill. App. 3d 23, 379 N.E.2d 1298 (1978); White v. Winchester Land Dev. Corp., 584 S.W.2d 56 (Ky. Ct. App. 1979); Fairbanks v. Chambers, 665 S.W.2d 33 (Mo. Ct. App. 1984); Rowland v. Lepire, 622 P.2d 1332 (Nev. 1983); Van Dorn Co. v. Future Chem & Oil Corp., 753 F.2d 565 (7th Cir. 1985) (Illinois Law).

²³⁸ Nella formulazione originaria il giudice Powell, nella sentenza Lowendahl v. Baltimore & O. R.R., 247, A.D. 144, 154, 287 N.Y.S. 62, 73 (1st Dep't) *aff'd*, 272 N.Y. 360, 6 N.E.2d 56 (1936) ha affermato che l'abuso dello schermo societario dovesse manifestarsi quale dominio, e non mero controllo, della struttura societaria sottostante, sia in termini finanziari sia in termini economico-imprenditoriali: "*Control, not merely majority or complete stock control, but complete nomination, not only for finances, but of policy and business practices in respect to the transaction attacked so that the corporate entity has at the time no separate mind will or existence of its own.*"

²³⁹ Powell, nella citata sentenza Lowendahl, afferma che tale controllo, inteso quale dominio, deve essere stato utilizzato "*to commit fraud or wrong, to perpetrate the violation of a statutory or other positive legal duty, or a dishonest and unjust act in contravention of the plaintiff's legal rights*"

della struttura societaria ed il danno subito dal creditore sociale²⁴⁰.

Si tratta di indizi normalmente qualificati come fatti-indice in grado di evidenziare un abuso dello schermo societario. La società controllata è vista, alternativamente, quale mero strumento utilizzato dal socio per la realizzazione di un abuso societario (*instrumentality doctrine*) ovvero è addirittura disconosciuta nella sua effettiva esistenza venendo quindi a coincidere con il socio (*alter ego doctrine*)²⁴¹. Occorre tuttavia segnalare che la complessa, variegata ed articolata

²⁴⁰ Secondo Powell, nella sentenza Lowendahl, "*The aforesaid control and breach of duty must proximately cause the injury or un just loss complained of*".

²⁴¹ Si tratta essenzialmente di una variante terminologica della medesima teoria del *piercing the veil* senza che ciò abbia un impatto sostanziale sulla teoria stessa e sulle prove da fornire per invocare il superamento dello schermo societario. Si veda Cambridge Electronics Corp. v. MGA Electronics, 227 F.R.D. 313 (C.D. Cal. 2004); Webber v. Inland Empire Invs., 74 Cal. App. 4th 884, 88 Cal. Rptr. 2d 594 (1999); NLRB v. West Dixie Enters., Inc., 190 F.3d 1911 (11th Cir. 1999); NLRB v. Greater Kansas City Roofing, 2 F.3d 1047 (10th Cir. 1993) in cui si afferma: "*the corporate veil my be pierced when: (1) there is such unity of interest, and lack of respect given to the separate identity of the corporation by its shareholders, that the personalities and assets of the corporation and the individuals are indistinct, and (2) adherence to the corporate form would sanction a fraud, promote injustice or lead to an evasion of legal obligation*". È altresì numerosa la giurisprudenza che, pur invocando la *alter ego doctrine* nelle proprie decisioni risalta il profilo dell'utilizzo strumentale della società controllata (proprio della *instrumentality doctrine*) uniformando di fatto le due varianti giurisprudenziali che sono comunque fondate sui medesimi principi. Si veda Fisser v. International Bank, 282 F.2d 231 (2d Cir. 1960); Sabine Towing & Transp. Co. v. Merit Ventures, inc., 575 F. Supp. 1442, 1446 (E.D. Tex. 1983); Baker v. Caravan Moving Corp., 561 F. Supp. 337, 340 (N.D. ILL. 1983); Worldwide Carriers, Ltd. V. Aris S.S. Co. 301 F. Supp- (S.D.N.Y. 1968); Connecticut Bank & Trust Co. v. U.S. Flag Vessel "Monterey", 1992 U.S. App. LEXIS 11586 (9th Cir. 1992); United Elec. Radio & Mach. Workers of Am. V. 163 Pleasant St. Corp. 960 F.2d 1080, 1093 (1st Cir. 1992); Farley v. Davis, 1992, U.S. Dist. LEXIS 6364 (S.D.N.Y. 1992); Walter v. Holiday Inns, Inc. 784 F. Supp. 1159, 1165 (D.N.J. 1992); Zinaman v. USTS N.Y. Inc. 798 F. Supp. 128 (S.D.N.Y. 1992); Econ Mktg. v. Leisure Am. Resorts, 1994 ala. LEXIS 398 (1994); Pedetly v. Thulien, 1992 Minn. App. LEXIS 700 (1992); Hyland Meat Co. v. Tsagarakis, 202 A.D.2d 552, 609 N.Y.S. 2d 625 (2d Dep't 1994) Kansas Gas & Elec. CO. v. Ross, 521 N.W.2d 107 (S.D. 1994); Verreries de l'Hermitage, S.A. v. Hickory Furniture Co., 704 F.2d 140 (4th Cir. 1983); Andrew Martin Marine Corp. V. Stock-Werkspoor Diesel B.V., 480 F. Supp. 1280 (E.D. Tex. 1979); International Union, united Auto., Aerospace & Agric. Implement Workers of Am. (UAW) v. Cardwell Mfg. Co., 416 F. Supp 1267 (D.Kan. 1976); Zaist v. Olson, 154 Conn. 563, 227 A.2d 552 (1967); American Collectors Exch., Inc. v. Kentucky State Democratic Cent. Executive Comm., 566 S.W.2d 759 (Ky. Ct. App. 1978); Maxwell v. Kmart Corp., 851 F. Supp. 1343 (D. Minn. 1994); Waltuch v. Conti-commodity Servs., Inc., 833 F. Supp. 302 (S.D.N.Y. 1993); Goode v. Affirmative Inv. Mgmt., Inc., 1992 U.S. Dist. LEXIS 2378 (S.D.N.Y. 1992); Oren v. United States, 1992 U.S. Dist. LEXIS 827, 92-1 U.S. Tax Cas. (CCH) § 50, 185 (W.D. Mich. 1992); Southern Sash sales & Supply Co. v. Wiley, 631 So. 2d 968 (Ala. 1994); M & M Wholesale Florist, Inc. v. Emmons, 600 So. 2d 998 (Ala. 1992); Geyer v. Ingersoll Publ'ns Co., 1992 Del. Ch. LEXIS 132 (1992); Lange v. Misch, 232 ILL. App. 3d 1077, 598 N.E.2d 412 (1992); Cap Gemini Am., Inc. v. Judd, 597 N.E.2d 1272 (Ind. Ct. App. 1992); Jones v. Briley, 593, So. 2d 391 (La. Ct. App. 1991).

elaborazione giurisprudenziale ha fatto sì che il dato caratterizzante la produzione giurisprudenziale in tema di *piercing the corporate veil* sia soprattutto costituito dalla mancanza di linee direttive affidabili. Numerosi e di volta in volta diversi sono, infatti, i fattori che la giurisprudenza ha tenuto in considerazione per pervenire al risultato di ignorare o “squarciare” il velo sociale.

Per quanto riguarda gli elementi oggettivi della fattispecie, e in particolare la mancanza di effettiva ed autonoma esistenza della società controllata, la giurisprudenza ha delineato diverse circostanze rilevanti: l'inosservanza di importanti formalità²⁴² procedurali e procedimentali stabilite dall'ordinamento per la costituzione, l'organizzazione o il funzionamento della società (“*disregard of corporate formalities*”), circostanza accertata in particolare nelle cd. *close corporations*; nonché l'assenza effettiva di strutture propriamente riferibili alla società controllata²⁴³, o ancora la confusione di patrimoni tra la società ed il socio²⁴⁴.

Sempre nel contesto degli elementi oggettivi della fattispecie, l'elemento dell'esercizio di un “eccessivo” controllo da parte del socio sulla società²⁴⁵ è stato individuato in una numerosissima serie di fattori e la casistica giurisprudenziale è alquanto variegata e non sempre uniforme. Sin da subito sono fiorite le cd. *laundry lists*²⁴⁶ ovvero un'elencazione casistica di indici rilevanti per accertare l'esistenza di

²⁴² Formalità che attengono, ad esempio, le procedure di emissione di azioni, di elezione degli amministratori, di indizione e svolgimento dell'assemblea, di tenuta delle scritture contabili.

²⁴³ La casistica giurisprudenziale sul punto è alquanto variegata: dall'assenza di proprio personale dipendente, alla mancanza di contratti di utenze, di spazi per l'esercizio dell'attività e di componenti dell'attivo: circostanze per cui la controllata non sarebbe altro che “*a piece of paper luring in the cabinet*”: *Edwards Co. v. Monogram Indus., Inc.*, 700 F.2d 994, 1003 (5th Cir. 1983).

²⁴⁴ Il caso tipico è costituito, dall'impiego da parte di uno o più soci di assegni tratti di libretti bancari personali per effettuare pagamenti di debiti della società (ovvero quello, opposto, del socio rappresentante della società che, autorizzato ad effettuare pagamenti per conto della stessa, utilizza invece il denaro delle casse sociali per il soddisfacimento dei propri creditori personali).

²⁴⁵ Tale circostanza si verifica, in particolare, ove il socio si comporta come vero ed unico titolare dell'impresa, attraverso una strumentalizzazione della società a fini personali. La società, in altre parole, finisce per essere un mero strumento, una forma dietro la quale si nasconde la realtà di una attività imprenditoriale gestita direttamente dal socio.

²⁴⁶ F. POWELL, *Parent and Subsidiary Corporations*, 6, p. 8-36, 1931. Si riporta nel seguito la lista elaborata nel noto caso *Associated Vendors, Inc. v. Oakland Meat Co.*, 26 Cal. Rptr. 806, 813-815

un controllo “eccessivo” del socio dominante sulla struttura controllata²⁴⁷. Dure sono state peraltro le critiche di parte della dottrina che ha rilevato come tale elenco non è stato elaborato in modo da fornire una graduazione gerarchica di valori e della quantità dei fattori da tenere in considerazione a seconda delle circostanze oggetto

(Cal. App. 1962): “(1) commingling of funds and other assets, failure to segregate funds of the separate entities, and the unauthorized diversion of corporate funds or assets to other than corporate uses; (2) the treatment by an individual of the assets of the corporation as his own; (3) the failure to obtain authority to issue stock or to subscribe to or issue the same; (4) the holding out by an individual that he is personally liable for the debts of the corporation; (5) the failure to maintain minutes or adequate corporate records, and the confusion of the records of the separate entities; (6) the identical equitable ownership in the two entities; (7) the identification of the equitable owners thereof with the domination and control of the two entities; (8) identification of the directors and officers of the two entities in the responsible supervision and management; (9) sole ownership of all of the stock in a corporation by an individual or the members of a family; (10) the use of the same office or business location; (11) the employment of the same employees and/or attorney; (12) the failure to adequately capitalize a corporation; (13) the total absence of corporate assets and undercapitalization; (14) the use of a corporation as a mere shell, instrumentality or conduit for a single venture or the business of an individual or another corporation; (15) the concealment and misrepresentation of the identity of the responsible ownership, management and financial interest, or concealment of personal business activities; (16) the disregard of legal formalities and the failure to maintain arm’s length relationships among related entities; (17) the use of the corporate entity to procure labor, services or merchandise for another person or entity; (18) the diversion of assets from a corporation by or to a stockholder or another person or entity, to the detriment of creditors, or the manipulation of assets and liabilities between entities so as to concentrate the assets in one and the liabilities in another (19) the contracting with another with intent to avoid performance by use of corporate entity as a shield against personal liability, or the use of a corporation as a subterfuge of illegal transactions; (20) and the formation and use of a corporation to transfer to it the existing liability of another person or entity”.

²⁴⁷ La formulazione di tali liste si trova in numerosa giurisprudenza tra cui *Fish v. East.*, 114 F.2d 177, 191 (10th Cir. 1940); *Taylor v. Standard Gas Elec. Co.*, 95 F.2d 693, 704-05 (10th Cir. 1938), *rev’d* 306 U.S. 307 (1939). Lista in seguito ripresa da costante giurisprudenza: *Evans v. Multicon Constrs. Co.*, 30 Mass. App. 728, 754 N.E.2d 395, 410 Mass. 1104, 577 N.E.2d 309 (1991); *Pepsi-Cola Metro. Bottling Co., Inc. v. Checkers, Inc.* 754 F.2d 10 (1st Cir. 1985); *CM Corp v. Oberer Dev. Co.*, 631 F.2d 157, 161 (7th Cir. 1963); *Beck v. Consolidated Rail Corp.*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 237126 (S.D.N.Y. 2005); *Rea v. An-Son Corp.*, 79 F.R.D. 25, 29-31 (W.D. Okla. 1978): “*common ownership; common officers and directors; exercise of control over the subsidiary’s operations and decisions; confused intermingling of business activity, assets or management; disregard of or confusion between the parent and subsidiary or the subsidiary and its subsidiaries; thin or grossly inadequate capitalization; nonobservance of corporate formalities; absence of corporate records; no payment of dividends; insolvency at the time of the litigated transaction; siphoning away of the corporate assets by the dominant shareholders; lack of independent action by directors and officers of the subsidiary in the interest of the subsidiary; parent’s use of the property of the subsidiary as its own or use of the subsidiary for transactions of the dominant shareholders; payment by the parent of the subsidiary’s losses, salaries, or expenses; parent financing of the subsidiary; subsidiary’s lack of assets except as conveyed to it by the parent; subsidiary lack of substantial business except with the parent; description of the subsidiary as a department or division of the parent of its business*”.

di controversia²⁴⁸. Parte della dottrina ha quindi offerto una rielaborazione di una lista di macro-fattori, eliminando in tal modo quelli ritenuti meno rilevanti, con particolare riguardo ai rapporti di controllo tra società di capitali²⁴⁹.

Nel tentativo di sintetizzare i variegati indici può osservarsi che in generale si ritiene che non costituisca un controllo eccessivo il fatto che la società controllante approvi i progetti e gli investimenti più significativi della controllata²⁵⁰, ovvero riveda ed approvi periodicamente il budget della controllata²⁵¹ o, ancora, che vi sia ricorso al medesimo *management*²⁵², ovvero che il pagamento dei principali dirigenti ed amministratori della controllata avvenga direttamente dalla controllante²⁵³. Il controllo è, al contrario, ritenuto eccessivo allorché si verifichi una immistione diretta nei processi decisionali giornalieri ed ordinari della controllata, ovvero un controllo sul

²⁴⁸ Si veda S. BAINBRIDGE, *Abolishing Veil Piercing*, op. cit., p. 42: “Worse, yet, at least from a doctrinal perspective, the court failed to give any guidance as to how the factors should be weighted or balanced. It contented itself with merely observing that in all prior California cases in which the veil had been pierced “several of the factors mentioned were present”. Associated Vendors, Inc. v. Oakland Meat Co., 26 Cal. Rptr. 806, 813-15 (cal. App. 1962). Si veda altresì P. BLUMBERG, K.A. STRASSER, N. L. GEORGAKOPOULOS e E. JR. GOUVIN, *On Corporate Groups*, op. cit., § 11.03, in cui si afferma che “Thus, the utility of such checklist is limited. Though they might help in designating certain areas for investigation, they provide no clues with respect to the evaluation of the critical questions of concern, nor do they indicate the relative weight to be accorded the various element [...] In summary, though the guidelines may be useful in identifying relevant factors for analysis, they do not provide a rigorous standards for deciding cases. They serve only to isolate the various factors evaluated in piercing analysis.”

²⁴⁹ W. DOUGLAS e C.M. SHANKS, *Insulation from Liability through Subsidiary Corporations*, 39, *Yale L. J.* 193, 196-97, 218 (1929). Tali autori hanno concentrato la propria attenzione su aspetti maggiormente sostanziali della gestione di un business nell’ambito di un rapporto integrato tra la controllante e la controllata. In base a tale approccio gli autori hanno individuato quattro fattori ritenuti di particolare significato nella determinazione dell’esistenza separata ed effettiva di una società controllata: “Separate financing and adequacy of capitalization; Separate day-to-day business operations; Observance of corporate and business formalities; separate representation of parent and subsidiary to the public.”

²⁵⁰ *Akzona Inc. v. E.I. duPont de Nemours & Co.* 607 F. Supp. 227 (D.Del. 1984); *In re Hillsborough Holdings Corp.*, 166 B.R. 461 (Bankr M.D. Fla. 1994).

²⁵¹ *Phoenix Canada Oil Co. v. Texaco, Inc.* 842 F.2d 1466, 1476 (3d Cir 1988); *Joiner v. Rider Sys., Inc.* 966 F.Supp. 1478 (C.D. Ill. 1996).

²⁵² *Skouras v. Admiral Enters.*, 386 A.2d 674, 681 (del. Ch. 1978).

²⁵³ *United States ex rel. Wilkins v. North Am. Constr. Crop.*, 173 F. Supp. 2d 601 (S.D. Tex., 2001).

day-to-day decisionmaking della controllata²⁵⁴.

Anche per quanto riguarda poi gli elementi soggettivi della fattispecie, connotata dal “*fraudulent, inequitable or wrongful conduct*”, la giurisprudenza ha delineato diverse circostanze rilevanti.

La giurisprudenza prevalente ha riconosciuto che è sufficiente una condotta errata o ingiusta, ma non necessariamente connotata da frode specifica nei confronti del creditore sociale, per giustificare, in linea con i precetti generali di *common law*, la responsabilità del socio dominante²⁵⁵. Parte della giurisprudenza, anche recente, tende a non ritenere comunque decisivo che vi sia l'accertamento della mala fede²⁵⁶

²⁵⁴ De Castro v. Sanfill, Inc., 198 F.3d 282, 283-84 (1st Cir. 1999); Steadfast Ins. Co. v. Auto Mktg. Network, Inc., 2 F. Supp. 2d 1058 (N.D. Ill. 1998); Gardemal v. Westin Hotel Co., 186 F.3d 588 (5th Cir. 1999); Townley Emerson Elec. Co., 681 N.Y.S.2d 741 (Sup. Ct. 1998). Tale profilo, pur risalente a giurisprudenza di inizio novecento (si vedano in proposito United States v. Lehigh V.R.R., 220 U.S. 257, 272 (1911): “*power [of the parents’ control] was exerted in such a manner as to so commingle the affairs of both as ... to make such affairs practically indistinguishable and therefore to cause both corporations to become one for all purposes*”. Concetti analoghi si rinvengono altresì in United States v. Delaware, L. & W.R.R., 238 U.S. 516, 526, 528-30 (1915); United States v. Reading Co. 253 U.S. 26, 60-63 (1920), riveste particolare interesse in quanto anticipa alcuni tratti tipici della *enterprise law doctrine*, recentemente articolata dalle corti statunitensi per affrontare il superamento della personalità giuridica nel caso dei gruppi societari, soprattutto in merito alla tendenziale unitarietà imprenditoriale, sotto il profilo dei processi decisionali ed organizzativi ordinari, tra la controllante-dominante e la controllata in ragione e per effetto della commistione dei reciproci processi decisionali.

²⁵⁵ Birbara v. Locke, 99 F.3d 1233, 1237 n. 3 (1st Cir. 1996); Lederer v. King, 214 A.D. 2d 354, 625 N.Y.S.2d 149 (1st Dep’t 1995); Joiner v. Ryder Sys., Inc. 966 GF. Supp. 1478 (C.D. Ill. 1996); APS Sports Collectibles, Inc. v. Sports Time, Inc. 299 F.3d 624 (7th Cir. 2002) (Illinois law); Snell v. Bob Fisher Enters., 106 F. Supp. 2d 87 (D.Me. 2000). Anche in relazione a tale principio è stata elaborata una variegata casistica di diversi indici rilevanti quali l’utilizzo per fini personali dell’attivo della controllata, una confusa e non trasparente rappresentazione del patrimonio sociale, fino alla sottocapitalizzazione manifestamente sproporzionata della società controllata rispetto ai propri scopi istituzionali. Secondo la giurisprudenza “*an inequitable result arises when the existence of an unsatisfied creditor [it itself not sufficient] is coupled with an abuse of the corporate form, such as a misrepresentation of the corporate structure to creditors or undercapitalization so severe that the capital input is insufficient to meet obligations that could reasonably be expected to arise in the normal course of business*”: si veda Oddenino & Gaule v. United Fin. Group, 1999 U.S. App. LEXIS 29506 (9th Cir. 1999). Ritengono necessaria e sufficiente la mala fede United States v. Standard Beauty Supply Series, Inc. 561 F.2d 774 (9th Cir. 1977); International Union, United Auto. Aerospace & Agric. Implement Workers of Am. v. Cardwell Mfg. Co., 416 F. Supp. 1267 (D. Kan. 1976).

²⁵⁶ RRX Indus. Inc. v. Lab-Con. Inc., 722 F.2d 543, 546 (9th Cir 1985); *contra* Cambridge Electronic Corp. v. MGA Electronics, 227 F.R.D. 313, 331 (C.D. Cal. 2004): “*California courts generally require some evidence of bad faith conduct*”. Alcune corti fanno riferimento al concetto di elusione delle norme di legge (“*the evasion of legal requirements or of obligations*”: Old Farms Assocs. v. Comm’r of Revenue Servs., 279 Conn. 465 (2006)), ovvero un arricchimento ingiustificato: Van Dorn Co. v.

del socio che abusi dello schermo societario²⁵⁷.

Merita un cenno a parte la questione del ruolo della sottocapitalizzazione quale indice di uno schermo societario abusato dal socio dominante, con conseguente applicazione del *piercing the corporate veil*²⁵⁸. Tali elaborazioni giurisprudenziali hanno in particolare ritenuto ammissibile il *piercing the corporate veil* anche a fronte della sola evidenza che la società controllata era in realtà una scatola vuota²⁵⁹ in quanto sostanzialmente priva di elementi patrimoniali e di struttura

Future Chem. & oil Corp., 753 F.2d 565 (7th Cir. 1985); Kimo Hill Corp v. Holt., 618 F.2d 982, 986 (2nd Cir 1980). La *wrongful conduct* del socio dominante si realizzerebbe in caso di condotta oltre le *acceptable business practices* come nel caso di controllata priva di *assets* (Chicago Dost. Council of Carpenters Pension Fund. V. Ceilingwell Sys., Inc., 1999 (WL47078) (N.D. ILL. 1999) o il cui attivo sia *intermingled* con quello della controllante, o ancora in caso di *asset-stripping* e che abbia l'effetto di creare un danno al creditore sociale che quest'ultimo non poteva ragionevolmente prevedere. In tali circostanze si assume che l'intenzione dei soci dominanti sia stata quella di servirsi della società per il raggiungimento di fini personali e privati comunque estranei all'attività economica per cui la controllata è stata costituita. Si veda CM Corp. V. Oberer Dev. Co., 631 F.2d 536 (7th Cir. 1980); Bernardin, Inc. v. Midland Oil Corp., 520 F.2d 771 (7th Cir. 1975); Northern Ill. Gas, Co. v. Total Energy Leasing Corp., 502 F. Supp. 412 (N.D. Ill. 1980); United Rubber, Cork, Linoleum & Plastic Workers of Am., AFL-CIO v. Great am. Indus., Inc., 479 F. Supp. 216, 242 (S.D.N.Y. 1979); Steven v. Roscoe Turner Aeronautical Corp. 324 F.2d 157, 160-61 (7th Cir. 1963); Whayne v. Transportation Mgmt. Servs., Inc., 252 F. Supp. 473, 577 (E.D. Pa. 1966). *Contra* Old Town dev. Co. v. Langford, 349 N.E.2d 744 (Ind. Ct. App. 1976), note *Alternative Methods of Piercing the Corporate Veil in Contract and Tort Cases*, 48 B.U.L. Rev. 123, 137 n. 58 (1969).

²⁵⁷ Non mancano le decisioni volte addirittura a riconoscere una tendenziale responsabilità *in re ipsa* del socio dominante per danni arrecati dalla controllata ai propri creditori sociali, nel caso, tuttavia dello stato di insolvenza della controllata. Si tratta in particolare di un orientamento giurisprudenziale sviluppatosi nei tribunali del Nord Carolina: Gorill v. Icelandair/Flugleidir 761 F.2d 847 (2nd Cir. 1985); Parker v. Bell Asbetstos Mines Ltd., 605 F. Supp. 1397 (E.D. Pa. 1985); In re A.J. Nielson, 97 Bankr. 269, 274 (Bankr. W.D.N.C. 1989); Carte Blanche (Singapore) Pte., Ltd. v. Diners Club Int'l, Inc. 802 F. Supp. 1006 (S.D.N.Y. 1992), rev.d 2 F.3d 24 (2nd Cir. 1993); Clee Re Millard Bldg., Inc., 649 F. Supp. 1127, 1132 (D. Conn. 1986); Jackson v. O'Dell, 1993 Mo. App. LEXIS 128 (1993). Si tratta di orientamenti tendenzialmente ancora rifiutati dalla maggioranza delle corti superiori in cui l'elemento soggettivo è considerato parte integrante della *piercing the veil doctrine*.

²⁵⁸ Si tratta di una questione vivamente dibattuta anche in dottrina, che si inserisce nella tendenza di alcuni tribunali ad applicare il *piercing the corporate veil* anche in presenza di uno solo dei fattori sopra richiamati (come l'assenza di una separata *entity* da parte della controllata ovvero la presenza di un controllo "eccessivo" da parte del socio dominante) e, soprattutto, senza che vi sia la necessità di indagare lo stato soggettivo di responsabilità (un intento fraudolento o una colpa o la mala fede del socio) né tantomeno un nesso di causalità tra l'operato del socio ed il detrimento di cui il creditore chiede il ristoro in giudizio.

²⁵⁹ In tali circostanze diverse sentenze hanno ritenuto non necessario indagare se vi fosse anche stato un intento fraudolento o abusivo da parte del socio di controllo o della casa madre. Si veda Del Santo v. Bristol County Stadium, Inc., 273 F.2d 605, 608-09 (1st Cir. 1960); Garrow v. Soo Line R.R., 361 F. Supp. 764 (E.D. Wis. 1973); Schalmowitz v. Pinehurst, Inc., 229 F. Supp. 278 (M.D.N.C. 1964); Team

finanziaria per il perseguimento degli scopi sociali (*sham or shell doctrine*)²⁶⁰. Il tema della sottocapitalizzazione è particolarmente dibattuto in un contesto giuridico, quale quello degli Stati Uniti, in cui non esistono minimi legali di capitale sociale, ed anzi in molti stati non esiste proprio il capitale nominale²⁶¹. Peraltro, la delicatezza del tema della sottocapitalizzazione è evidente non solo in relazione al profilo degli elementi

Cent., Inc. v. Teamco, Inc., 271 N.W.2d 914 (Iowa 1979); Western Rock Co. v. Davis, 432 S.W.2d 555 (Tex. Civ. App. 1968). Si ritiene espressamente irrilevante ogni indagine circa l'*injustice* dell'operato del socio nella seguente giurisprudenza: *Wegerer v. First Commodity Corp.* 744 F.2d 719 (10th Cir. 1984); *FMC Fin. Corp. v. Murphree*, 632 F.2d 413 (5th Cir. 1980); *Fitz-Patrick v. Commonwealth Oil Co.*, 285 F.2d 726 (5th Cir. 1960); *Weisser v. Mursam Shoe Corp.*, 127 F.2d 344 (2nd Cir. 1942); *Darling Stores Corp. v. Young Realty Co.*, 121 F.2d 112 (8th Cir.), *cert. denied*, 314 U.S. 658 (1941); *Brow v. Pennsylvania Canal Co.*, 235 F.669 (3rd Cir. 1916); *Chilean Nitrate Sales Corp. v. The Nortuna*, 128 F. Supp. 938 (S.D.N.Y. 1955); *Kwick set Components, Inc. v. Davidson Indus., Inc.*, 411 So. 2d 134 (Ala. 1982); *Holland v. Joy Candy Mfg. Corp.*, 14 ILL. App. 2d 531, 145 N.E.2d 101 (1957); *American Collectors Exch., Inc. v. Kentucky State Democratic Cent. Executive Comm.*, 566 S.W.2d 759 (Ky. Ct. App. 1978); *Hayes v. Sanitary & Improvement Dist*, no. 194, 196 Neb. 653, 244 N.W.2d 505 (1976); *A.W. Fiur Cio. v. Ataka & Co.*, 71 A.D.2d 370, 422 N.Y.S.2d 419 (1st Dep't 1979); *Astrocom Elecs. Inc. v. Lafayette Radio Elecs., Corp.*, 63 A.D.2d 765, 404 N.Y.S.2d 742 (3rd Dep't 1978); *State ex rel. Utilis. Comm'n v. Nanathala Power & Light Co.*, 313 N.C. 614, 332 S.E.2d 397 (1985), *rev'd on other grounds*, 476 U.S. 953 (1986); *Pepsi-Cola Metro. Bottling Co. v. Checkers, Inc.* 754 F.2d 10 (1st Cir. 1985); *Gorriil v. Icelandair/Flugleidir*, 761 F.2d 847 (2d Cir. 1985); *American Bell, Inc. v. Federation of Tel. Workers*, 736 F.2d 879 (3rd Cir. 1984); *Industry, Inc. v. Roman Ceramics Corp.*, 603 F.2d 1065 (3rd Cir. 1979); *Publicker Farkar Co. v. R.A. Hanson Disc, Ltd.*, 583 F.2d 68 (2nd Cir. 1978); *National Marine Serv., Inc. v. C.J. Thibodeaux & Co.*, 501 F.2d 940 (5th Cir. 1974); *Consolidated Sun Ray, Inc. v. Oppenstein*, 335 F.2d 801 (8th Cir. 1964). Non rilevarebbe, secondo questa impostazione, alcun elemento soggettivo dell'utilizzo abusivo dello schermo societario, né tantomeno il nesso di causalità rispetto al danno di cui il creditore chiede il risarcimento. Sicché la protezione del creditore sociale viene riconosciuta, di fatto, a prescindere dall'indagine probatoria di un danno diretto concretamente subito da quest'ultimo: la mitigazione del principio della responsabilità limitata assume quindi tratti di responsabilità presunta, sulla base di tali indici, del (solo) socio dominante.

²⁶⁰ Ciò pare ancor più evidente ove certa giurisprudenza mostra di voler "sanzionare" il socio dominante di una controllata che abbia violato le norme del diritto societario imposte al funzionamento ed al corretto operare della struttura societaria (quale il necessario affidamento della gestione ad amministratori appositamente nominati). *Browning-Ferris Indus. v. Ter Maat*, 195 F.3d 953 (7th Cir. 1999) per cui il superamento della personalità giuridica si appalesa appropriato quando "*owners may have so far neglected the legal requirements (requirements not intended solely for the protection of creditors) for operating in the corporate form that they should be taken to have forfeited its protections*". In altri termini, imporre al socio di controllo il rispetto delle norme poste a fondamento della *separate legal existence* costituisce il presupposto dell'applicazione del principio della responsabilità limitata.

²⁶¹ Il primo paese ad intervenire fu la California nel 1975. In seguito anche altri stati sulla base del Revised Model Business Corporation Act: si tratta di una legge-modello, già rivista in alcune occasioni, sul diritto delle società di capitali, la cui prima edizione risale al 1984 e che risulta modellato sulla disciplina californiana delle *corporations*. Si discute, in particolare, se ai fini della sottocapitalizzazione debba considerarsi solo il patrimonio sociale, ovvero anche l'insieme dei finanziamenti (incluso il credito bancario) di cui gode la società.

da prendere in considerazione ai fini della valutazione di un'adeguata capitalizzazione della società (il solo patrimonio sociale ovvero anche i finanziamenti contratti) ma anche in relazione al momento in cui tali indici devono essere valutati per accertare una sottocapitalizzazione materiale (al momento della costituzione della società²⁶² o successivamente alla stessa²⁶³). Ma soprattutto ci si chiede se è corretto ritenere tale indice di per sé sufficiente a legittimare l'intervento dei giudici e la conseguente disapplicazione del regime di responsabilità limitata.

Nel caso di sottocapitalizzazione iniziale si è sostenuto che la società controllata non sarebbe stata in realtà costituita se non come veicolo attraverso cui realizzare in modo più agevole, grazie alla responsabilità limitata, altri scopi. Al contrario, nel caso di sottocapitalizzazione sopravvenuta non può omettersi che il capitale sociale potrebbe divenire insufficiente per fattori del tutto esterni²⁶⁴, o pur riferibili ad azioni o comportamenti dei soci, tuttavia direttamente riconducibili a comportamenti riprovevoli ed indebiti dei soci, o addirittura del tutto sottratti al controllo dei medesimi: circostanze in cui il ricorso al *piercing the corporate veil*, pur

²⁶² Si sono in particolare sviluppati due filoni. Nel caso di sottocapitalizzazione iniziale (*initial undercapitalization*) la società viene ad esistenza ed inizia la propria attività economica con un capitale che appare manifestamente insufficiente a fare fronte alle incombenze dell'attività: si veda *Weisser v. Mursam Shoe Corp.*, 127 F.2d 344 (2d Cir. 1942); *Anderson v. Abbott*, 321 U.S. 349, 362 (1944); *Yacker v. Weiner*, 109 N. J. Super. 351, 263 A. 2d 188 (1970); *Service Iron Foundry, Inc. v. M.A. Bell Co.*, 588 P.2d 463, 473, 475 (Kan. Ct. App. 1978); *Amsted Indus., Inc. v. Pollack Indus., Inc.*, 382 N.E.2d 393, 399 (111. App. Ct. 1978); *Gallagher v. Reconco Builders, Inc.*, 415 N.E.2d 560, 564-654 (111. App. Ct. 1980); *McCracken v. Olson Co.* 500 N.E.2d 487, 491, 492 (111. App. Ct. 1986); *Lowell Staats Mining Co. v. Pioneer Uravan, Inc.*, 878 F.2d 1259, 1263 (10th Cir. 1989). Per un approccio più prudente in giurisprudenza si veda *Luckenbach S.S. Co. v. W.R. Grace & Co.* 267 F. 676 (4th Cir. 1920); *Bartle v. Home Owners Co-operative, Inc.* 3099 N.Y. 103, 127 N.E. 2d 832 (1955); *Ampex Corp. v. Office Elecs. Inc.*, 24 111 App. 3d 21, 320 N.E.2d 486 (1974).

²⁶³ Si veda *Erickson v. Minnesota & Ontario Power Co.*, 134 Minn. 209, 158 N.W. 979 (1916); *United States v. Ira S. Bushey & Sons, Inc.*, 363 F. Supp. 110 (D. Vt), *aff'd.*, 487 F.2d 1393 (2d Cir. 1973), *cert. denied*, 417 U.S. 976 (1974); *DeWitt Truck Brokers, Inc. v. W. Ray Flemming Fruit Co.* 540 F.2d 681 (4th Cir. 1976).

²⁶⁴ Si veda W. P. HACKNEY & T.G. BENSON, *Shareholder Liability for Inadequate Capital*, in 43 *U. Pitt, L. Rev.* 837 (1982), ove si osserva che deve senz'altro escludersi l'applicazione del *piercing the veil* in tutti i casi in cui le risorse della società, all'inizio adeguatamente capitalizzata, subiscono un sensibile decremento a causa della difficile situazione economica contingente dell'instabilità e dell'imprevedibilità del mercato nel quale l'impresa opera, di un inefficace od inadeguata strategia manageriale o di altri fattori esterni non pronosticabili al momento della incorporazione.

ritenuto applicabile da parte della giurisprudenza²⁶⁵, dovrebbe essere radicalmente rifiutato per mancanza di un elemento strutturale della stessa teoria²⁶⁶.

Nella giurisprudenza che ha esaminato la casistica dei fenomeni di sottocapitalizzazione delle imprese si è anche recentemente affrontato il problema se, a fronte del medesimo fenomeno, si possa giustificare un trattamento dei creditori extracontrattuali qualitativamente diverso da quello riservato ai creditori volontari. Non sono mancate, invero, soluzioni volte a valorizzare la natura della pretesa creditoria come uno dei criteri da valutare ai fini del superamento della responsabilità limitata²⁶⁷. Nella giurisprudenza statunitense la natura extracontrattuale del credito

²⁶⁵ La questione che ha diviso la giurisprudenza americana è quella se la sottocapitalizzazione della società, che appaia riferibile al comportamento dei soci, sia di per sé sufficiente a legittimare l'intervento dei giudici e la conseguente disapplicazione del regime di responsabilità limitata, oppure richieda la compresenza della frode ai danni dei creditori o quantomeno la palese violazione di formalità e procedure prescritte dalla legge. Alcune corti, per un certo periodo, hanno ritenuto la circostanza dell'inadeguatezza del capitale sociale sopravvenuta idonea e sufficiente a giustificare l'attribuzione della responsabilità in capo al socio di controllo. Si veda *Minton v. Cavaney*, 56 Cal.2d 576, 364 P.2d 473 (Cal. 1961), 15 Cal. Rptr. 641: "*The equitable owners of a corporation [...] are personally liable when they [...] provide inadequate capitalization and actively participate in the conduct of corporate affairs.*" Nilson, Robbin, et al. V. Louisiana Hydroelec, 854 F.2d 1538, 1544 (9th Cir. 1988): "*[I]n fact, the California Supreme Court has held that undercapitalization alone will justify piercing the corporate veil*"; *Shapoff v. Scull*, 222 Cal. App. 3d 1457; 1990 Cal. App. LEXIS 888; 272 Cal. Rptr. 480 (1990).

²⁶⁶ È maggioritaria la giurisprudenza che richiede la compresenza, nelle ipotesi di sottocapitalizzazione di altri indici di abuso come la frode e la confusione di patrimoni per poter disapplicare la *limited liability*. Si veda *Fisser v. International Bank*, 282 F.2d 231, 240 (2d Cir. 1960); *Associated Vendors, Inc. v. Oakland Meat Co.*, 26 Cal. Rptr. 806, 816 (Cal. Dist. Ct. App. 1963); *DeWitt Truck Brokers, Inc. v. W. Ray Flemming Fruit Co.*, 540 F.2d 681, 687 (4th Cir. 1976): "*[U]ndercapitalization, coupled with disregard of corporate formalities, lack of participation on the part of the other stockholders, and the failure to pay dividends while paying substantial sums, whether by way of salary or otherwise, to the dominant stockholder, all fitting into a picture of basic unfairness, has been regarded fairly uniformly to constitute a basis for an imposition of individual liability under the doctrine*"; *Gartner v. Snyder*, 607 F.2d 582, 586, 588 (2d Cir. 1979); *Consumer's Co.op of Walworth Country v. Olsen*, 419 N.W.2d 211, 216, 217 (Wis. 1988); *Walker v. Signal Companies, Inc.*, 149 Cal. Rptr. 119 (Cal. App. 1978); *United States v. Healthwin-Midtown Convalescent Hospital & Rehabilitation Center, Inc.* 511, F. Supp. 416 (C.D. Cal 1961) *aff'd*, 685 F.2d 448 (9th Cir. 1982).

²⁶⁷ Si veda *Sims vs. Subway Equipment Leasing Corp.*, 994 F.2d 210, 218-219 C.A.5 (La.) (1993): "*although a finding of fraud is not essential in tort cases, in contract cases, fraud is an essential element of an alter ego finding. The reason for this distinction is clear. In a contract case, the creditor has willingly transacted business [...] In a tort case, by contrast, the creditor has not voluntarily chosen to deal with the subsidiary; instead the creditor relationship is forced upon it*". *Glanzer v. St. Joseph Indian School*, 438 N.W. 2d 204, 209 S.D. (1989); *Gray vs Edgewater Landing Inc.*, 541, So. 2d 1044, 1046 Miss. (1989); *Secon Service System Inc. v. St. Joseph Bank Trust Company*, 855 F.2d 406, 415-416 C.A.7 (Ill.) (1988); *Co-Ex Plastics, Inc. v. AlaPak, Inc.*, 536 So. 2d 37, 39 Ala (1988); *Molander vs.*

finisce quindi per assumere un certo peso anche ai fini dell'individuazione dell'abuso.

L'attribuzione in capo al socio della responsabilità per le obbligazioni sociali della società controllata in presenza di abusi dello schema societario è stata affermata anche attraverso teorie alternative a quella classica del superamento della personalità giuridica mediante *piercing the corporate veil*. E, in particolare, in questa sede giova illustrare la c.d. *enterprise law doctrine*, applicabile con specifico riferimento ai gruppi di società.

b) La teoria del *piercing the corporate veil* nei gruppi e l'*enterprise law doctrine*

La giurisprudenza americana ha applicato ai gruppi societari diverse teorie fondanti il superamento della personalità giuridica pur senza fornire indicazioni nette se esista una teoria che, meglio delle altre, possa fondare una responsabilità generale all'interno dei gruppi.

Molteplici sono state le problematiche di applicazione del *disregard of the corporate entity* nei gruppi di società rispetto a una teoria inizialmente concepita per le società controllate da persone fisiche e solo in un secondo momento estesa alle *close corporations*²⁶⁸.

Rugust-Mathwig, Inc., 44 Wash. App. 53, 722 P.2d 103, 107 (1986); West vs. Costen, 558 F. Supp. 564, 586 D.C.Va. (1983); Miller v. Dixon Industries Corp., 513 A.2d 597, 604 R.I. (1986); United States v. Ira S. Bushey & Sons Inc., 363 F.Supp., 110 DC.Vt. (1973). M.J.ROE, *Corporate Strategic Reaction to Mass Tort*, in 72 Va. L. Rev. 1, 40 (1986): "limiting the liability of a single corporate shareholder thus externalizes the risks of the subsidiary without justification. Piercing the veil separation corporate shareholders and subsidiary corporations for the benefit of tort creditors, but continuing to limit the liability of individual shareholders, would curtail the externalization of the risk without discouraging investment and transferability in the stock market".

²⁶⁸ Uno dei principali fattori che contraddistingue questo tipo societario consiste nella maggiore flessibilità e nel minore formalismo che lo stesso presenta rispetto alle società con azionariato più ampio. Ciò non toglie, tuttavia, che nei diversi statuti vi siano sempre delle norme procedurali volte a tutelare (pur nell'ambito delle *closed corporations*) molteplici interessi, tra cui quello dei creditori sociali la cui inosservanza è sovente sanzionata dai giudici mediante il ricorso al *piercing the corporate veil*. Il punto di fondo di tale approccio muove dall'adesione allo statuto societario, ed all'applicazione che la regolamentazione correlata ne comporta, mediante la costituzione della società.

Nelle controversie attinenti a gruppi di società è stata elaborata una specifica *laundry list*, diversa da quella generalmente utilizzata per le questioni di semplice controllo, e volta ad individuare gli indizi che permettano di accertare quando la controllata è un mero strumento della capogruppo²⁶⁹.

Ma a causa del vasto numero di indizi adottati e della mancanza di posizioni coerenti da parte della giurisprudenza, la teoria del *piercing the corporate veil* è stata oggetto di numerose critiche anche, e forse soprattutto, in sede di sua applicazione ai gruppi di società.

Senza poter in questa sede, per ovvie ragioni di tempo e di spazio, esaminare in dettaglio la lista di indizi e la lista di critiche, si segnala sommariamente che le obiezioni principali sono legate all'attribuzione di decisiva ed eccessiva rilevanza ad indizi meramente formali e non circostanziati, all'applicazione della teoria senza distinguere tra i diversi settori e tra le distinte politiche di diritto sottostanti²⁷⁰, e senza considerare la differente natura, *on contract* ovvero *on tort*, della domanda giudiziale di volta in volta instaurata dal creditore sociale per invocare il superamento della personalità giuridica della società controllata²⁷¹.

²⁶⁹ Si tratta in particolare dei seguenti *indicia*: 1) la società madre possiede l'intero capitale azionario, o la maggioranza, della società sussidiaria; 2) le due società hanno gli stessi dirigenti; 3) la società madre paga gli stipendi, spese e copre le perdite della società controllata; 4) la controllata è manifestamente sottocapitalizzata ("*grossly undercapitalized*"); 5) la società madre finanzia continuamente la società controllata; 6) la controllata svolge affari, nella sostanza, con la sola società madre e non possiede beni ad eccezione di quelli forniti dalla società madre; 7) nei documenti della società capogruppo e nelle affermazioni dei suoi dirigenti, la controllata è indicata come mero dipartimento o divisione; 8) i dirigenti o funzionari della controllata non agiscono autonomamente nell'interesse della società ma ricevono direttive dalla capogruppo; 9) le procedure formali della controllata, in quanto società indipendente e separata non sono osservate.

²⁷⁰ Così una domanda giudiziale instaurata per veder riconoscere il superamento della personalità giuridica, basata su un credito commerciale, sarebbe risolta mediante l'applicazione degli stessi canoni adoperati per raccogliere, o respingere, quella stessa richiesta fondata su di una interpretazione di una particolare legislazione o su di un credito risarcitorio per danni causati dall'attività di impresa. Si veda in proposito, l'indagine empirica condotta da R.B. THOMPSON, *Piercing the Corporate Veil: an Empirical Study*, in 76 *Cornell Law Review*, 1036 (1991).

²⁷¹ Si pone in particolare il dubbio circa l'automatica applicazione della medesima regola a fattispecie differenti. Così nel caso di azioni di responsabilità contrattuale le esigenze dei creditori sarebbero meno forti (e quindi la dottrina del *piercing the veil* dovrebbe trovare applicazione più limitata) rispetto alle azioni di responsabilità extracontrattuale in cui si tratta di fornire al soggetto danneggiato un

Si è altresì evidenziata l'inadeguatezza delle teorie elaborate nell'ambito di un rapporto di controllo societario più semplice e attribuito ad una persona fisica, trasferite *sic et simpliciter* nel diverso e maggiormente articolato contesto dei gruppi societari, che sono connotati non solo dal rapporto di controllo ma anche da un tessuto di interrelazioni imprenditoriali e di *business* che non può essere ignorato²⁷².

Il complesso di tali circostanze evidenzia quindi l'esigenza di elaborare una teoria che consenta di addivenire al risultato del superamento della personalità giuridica, valutando, in concreto, le specificità e le peculiarità di tali problematiche nei gruppi societari²⁷³ insieme ai profili di responsabilità che discendono da tali strutture partecipative.

Di particolare interesse è la teoria denominata *enterprise law doctrine*, elaborata da A.A. BERLE nel 1947²⁷⁴. Tale teoria è stata spesso utilizzata nelle controversie attinenti ai gruppi di società e trova applicazione quando l'ente sociale non corrisponde all'impresa effettiva, ma solo a un suo frammento, ad una sua parte. In questo caso, si ritiene sussista in realtà un'entità più ampia, una *de facto*

rimedio nei confronti di un soggetto la cui identità e capacità patrimoniale non era possibile valutare *ex ante*. I creditori cd. volontari, la cui tutela si fonda su azioni di natura contrattuale, si trovano in condizioni di poter conoscere e valutare *ex ante* l'identità e le garanzie patrimoniali dei rispettivi contraenti: situazione in cui, al contrario, non versano i danneggiati *on tort*.

²⁷² P. BLUMBERG, K.A. STRASSER, N. L. GEORGAKOPOULOS e E. JR. GOUVIN, *On Corporate groups*, op. cit., § 1.01: "In addition, the multinational groups typically "contract out" discrete parts of their operations. [...] In a very real sense, these other affiliates are almost as integral parts of the groups as subsidiaries. Though the "ownership" inherent in the case of subsidiaries is lacking in these other affiliates, it is not ownership but "control" that enables the parent to direct the management and operations of the various companies (subsidiaries and affiliates alike) that constitute the group[...]. On occasion, the subsidiaries and other affiliate conduct truly separate businesses, but most often the subsidiary or affiliate conducts only a part or fragment of the larger business of its parent. Which is collectively conducted by the various affiliates under the common direction of the parent".

²⁷³ Tale esigenza, secondo la dottrina americana, consegue dalla constatata inapplicabilità delle tradizionali categorie giuridico-concettuali del diritto societario fondate su rapporti di controllo-proprietà alla nuova e complessa realtà dei gruppi societari. Sul punto P. BLUMBERG, K.A. STRASSER, N. L. GEORGAKOPOULOS e E. JR. GOUVIN, *On corporate groups*, op. cit., § 1.02, ove si osserva: "This world of complex corporate groups is the modern reality".

²⁷⁴ A.A. BERLE, *The Theory of Enterprise Entity*, 47 *Colum. L. Rev.* 343 (1947), il quale scrisse : "[T]he court may assign the liability of the paper fragment to the economic whole" p. 354. Si veda altresì J. LANDERS, *A Unified Approach to Parent, Subsidiary and Affiliate Question in Bankruptcy*, 42 *U. Chi. L. Rev.* 589 (1975).

corporation, nell'ambito della quale le singole società si appalesano come meri frammenti di un'attività più complessa.

L'*enterprise law doctrine* prende atto della realtà economica presente in alcuni gruppi di società ove le singole controllate operano come meri frammenti di un'unica impresa e tende, più che ad abbattere lo schermo societario, o a *disregard the corporate entity* nel caso dei gruppi, a delineare una nuova e complessa entità, la *de facto corporation*. Di conseguenza, invece che basarsi sull'accertamento dell'esistenza di una molteplicità di indizi, non sempre chiari e precisi, la teoria dell'*enterprise* ha, come principale presupposto, la presenza di una forte integrazione tra le attività svolte dalle diverse società appartenenti ad un gruppo²⁷⁵.

L'integrazione economica delle società facenti parte di tale gruppo è di norma esaminata dalla giurisprudenza su tre distinti piani: il piano organizzativo, i profili di mercato e la rappresentazione al pubblico.

L'integrazione sul piano organizzativo è ricercata valutando le strutture amministrative delle varie società del gruppo, la dipendenza economica dalla

²⁷⁵ Di talché la disapplicazione del principio di responsabilità limitata delle società controllate consente alle corti di soddisfare i diritti dei creditori per mezzo dell'unificazione, in un'incorporata struttura societaria, del patrimonio aziendale prima disperso nelle varie articolazioni societarie del gruppo. La dottrina, inizialmente elaborata dalle corti del Texas e della Louisiana, ha avuto in seguito ampia diffusione in tutti gli Stati Uniti. Si veda *Humble Oil & Ref. Co. v. Railroad Comm'n*, 133 Tex. 330, 128 S.W.2d 9 (1939); *Lone Star Gas Co. v. Texas* 304 U.S. 224, 231 (1938); note, *The Single Business Enterprise Theory in Texas: a Singularly Bad Idea*, 55 *Baylor L. Rev.* 1164 (2003); *Guth v. Loft, Inc.* 5 A 2d 503 (1939); *Epstein v. United States*, 174 F.2d 754 (6th Cir 1949); *Mayflower Hotel Stockholders Protective Comm. V. Mayflower Hotel Corp.*, 173 F. Supp. 416 (D.C. 1949); *Western Pac. R. Co.* 197 F.2d 994 (9th Cir. 1952); *Taussig v. Wellington Fund, Inc.* 313 F. d 472 (3rd Cir. 1963); *Case v. New York Central R.R.*, 204 N.E. 2d 643 (N.Y. 1965); *Gottesman v. General Motors Corp.* 279 F. Supp. 361 (S.D.N.Y. 1967); *Meyerson v. El Paso Natural Gas Co.* 246, A.2d 789 (Del. 1967); *David J. Green & Co. v. Dunhill Int'l*, 249 A.2d 427 (Del. Ch. 1968); *Getty Oil Co. v. Skelly Oil Co.* 267 A.2d 883 (Del. 1970); *Sinclair Oil Corp. v. Levien*, 280 A.2d 717 (Del. 1971); *Chasin v. Gluck* 282 A.2d 188 (Del. Ch. 1971); *Maxwell v. Northwest Indus., Inc.* 339 N.Y.S. 2d 347 (N.Y. Sup. Ct. 1972); *Shivers v. Amerco*, 670 F.2d 826 (9th Cir 1982); *Gabelli & Co. v. Liggett Group, Inc.* 444 A. 2d 261 (Del. Ch. 1982); *In re Reading Co.*, 711 F.2d 509 (3rd Cir. 1983); *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984) *Burton v. Exxon Corp.*, 583 F. Supp. 405 (S.D.N.Y. 1984); *Smith v. Van Gorkom*, 488 A. 2d 885 (Del. 1985); *Gries Sports Enter., Inc. v. Cleveland Browns Football Co.*, 496 N.E. 2d 959 (Ohio, 1986); *Jedwab v. MGM Grand Hotels Inc.*, 509 A.2d 584 (Del. 1986); *Collier v. Becknell*, 762 P.2d 727 (Colo. Ct. App. 1988); *George Grubbs Enters., Inc. v. Bien*, 900 S.W.2d 337, 339 (Tec. 1995); *South Union v. City of Edinburgh*, 2003 WL 495756.

capogruppo²⁷⁶, lo scambio di beni o di personale all'interno dello stesso, nonché il potere decisionale della capogruppo sulle scelte di ciascuna società²⁷⁷. Per quanto attiene all'integrazione economica rilevante a livello di mercato, la giurisprudenza americana valuta se vi sia stata un'integrazione verticale od orizzontale all'interno del gruppo, quale sia la divisione di funzioni tra le varie società, ovvero se sia stato utilizzato un marchio comune o una politica di *marketing* di gruppo. Infine, a livello di rappresentazione verso il pubblico, si valuta se il gruppo si sia proposto come una singola impresa, pur composta dalle varie società.

In tal modo, una volta accertato che il gruppo non è altro che un insieme di frammenti di società si delinea un'autonoma e propria responsabilità del gruppo, fondata sull'unicità dell'impresa (*enterprise law*). Con la *enterprise law doctrine* viene quindi individuata un'unica *corporation* ai cui soci è disapplicata la *limited liability* che permane, invece, nella società capogruppo cui viene ricondotta l'impresa unitaria.

E' da notarsi che la giurisprudenza americana non ha prestato particolare attenzione a verificare, in tali casi, il requisito soggettivo (*moral culpability or wrongful conduct*) per riconoscere una tale responsabilità. Alcuni stati americani, sono quindi

²⁷⁶ Si veda *Paramount Petroleum Corp v. Taylor Rental Ctr.*, 712 S.W.2d 534, 536 (Tex. Ct. App. 1986): "*common employees; common offices; centralized accounting; payment of wages by one corporation to another corporation's employees; common business name; services rendered by the employees of one corporation on behalf of another corporation; undocumented transfers of funds between corporations; and unclear allocations of profits and losses between corporations.*"

²⁷⁷ Di solito la circostanza che la gestione della società controllante e di una o più società controllate sia affidata alle medesime persone non è considerata, di per sé, un fattore sufficiente per applicare il *piercing the veil*. Sull'insufficienza delle cd. *interlocking directorates* si veda *American Trading & Prod. Corp. v. Fischbach & Moore, Inc.*, 311 F. Supp. 412, 415 (N.D. Ill 1970); *Krivo Indus. Supply Co. v. National Distillers & Chem. Corp.*, 483 F.2d 1098, 1104 (5th Cir. 1973); *Amsted Indus., Inc. v. Pollack Indus. Inc.*, 382 N.E.2d 393, 397 (Ill 1978); *Northern Ill. Gas Co. v. Total Energy Leasing Corp.*, 502 F. Supp 412, 417 (Ill. 1980); *FMC Fin. Corp. v. Murphree*, 632 F.2d 413, 422 (5th Cir. 1980); *Baker v Raymond Int'l Inc.*, 656 F.2d 173, 180-81 (5th Cir. 1981); *FDIC v. Sea Pines Co.*, 692 F.2d 973, 977-978 (4th Cir. 1982); *Schmidt v. Roehm GmbH*, 544 F. Supp. (Kan. 1982); *Miles v. American Tel. & Tel. C.*, 703 F.2d 193, 197 (5th Cir. 1983); *North American Plastics v. Inland Shoe Mfg Co.*, 5932, F. Supp. 875, 879 (Miss. 1984); *Johnson v. Flowers Indus., Inc.*, 814 F.2d 978, 980 (4th Cir. 1987); *McKinney v. Gannet*, 817 F.2d 659, 665-66 (10th Cir. 1987); *American Protein Corp. v. AB Volvo*, 844 F.2d 1259, 1263 (10th Cir. 1989). Per alcune applicazioni sulla base del fattore *management* comune nel gruppo di società si veda *Musman v. Modern Deb, Inc.* 377 N.Y.S.2d 17, 20 (N.Y. App. Div. 1975); *Japan Petroleum Co. (Nigeria) v. Ashland Oil, Inc.*, 456 F. Supp. 831, 841 (Del. 1978); *Craig v. Lake Asbestos of Quebec, Ltd.*, 843 F.2d 145, 150 (3rd Cir. 1988).

interventuti sul punto emanando leggi che espressamente subordinano l'applicabilità del *piercing the veil* al previo accertamento della sussistenza del presupposto soggettivo di responsabilità dei soci dominanti²⁷⁸.

Circa la fonte di una tale responsabilità si è precisato che la stessa non trova origine propriamente in un accordo contrattuale ma dovrebbe essere ricercata, invece, nel particolare intrecciarsi dei rapporti tra le società del gruppo (*relational law doctrine*²⁷⁹).

L'*enterprise law doctrine* rappresenta, pertanto, una soluzione, di matrice giurisprudenziale, appositamente elaborata per disciplinare alcuni specifici profili della realtà economica presente in numerosi gruppi societari e per delineare alcuni aspetti, se non altro in termini di circostanze di fatto economicamente rilevanti, del profilo di responsabilità nei gruppi.

c) La responsabilità dei soci per *breach of fiduciary duties*

L'esigenza di tutela dei soci di minoranza ha contribuito allo sviluppo autonomo di alcune teorie derogatorie del principio della responsabilità limitata. Tra queste si segnala la teoria dei *breach of fiduciary duties*²⁸⁰, filone giurisprudenziale,

²⁷⁸ Così in Texas ove a seguito della sentenza *Castelberry v. Branscum*, 721 S.W.2d 270 (tex. 1987) è stato emendato il *Texas Business Corporation Act* (art. 2.21) per affermare che "*alter ego and similar theories may not be applied to impose subsidiary or controller corporation liability upon the parent corporation or controlling shareholder in contract actions without proof of actual fraud*".

²⁷⁹ P. BLUMBERG, K.A. STRASSER, N. L. GEORGAKOPOULOS e E. JR. GOUVIN, *On Corporate groups*, op. cit., § 6.01 : "*As with parent and subsidiary corporations, under certain circumstances the legal rights and responsibilities of one legal unit that is part of a collective enterprise are attributed to another legal unit with which it conducts a common integrated economic undertaking under common control. The attribution of rights and obligations under these circumstances does not rest on the party's participation in the transaction, nor on any contract (including the contract creating the relationship), assumption, ratification or other consensual act, contrary to many traditional concepts of the law. Instead, when such attribution occurs, it arises from the parties' interrelationship. In all these areas, the attribution of the legal rights and responsibilities of one actor due to another in the common enterprise rests on status and relationship, not on contract. This is relational law.*"

²⁸⁰ I. ANABTAWI, L. A. STOUT, *Fiduciary Duties for Activist Shareholders*, op. cit.; in generale sul ruolo e la portata dei *fiduciary duties in common law*, si veda G. BEAN, *Fiduciary obligations and joint ventures: the collaborative fiduciary relationship* (1995); S. J. BURTON e E. ANDERSEN, *Contractual Good Faith: Formation, performance, breach, enforcement* (1995); R. S. SUMMERS, "Good Faith" in

peraltro poco rilevante nel contesto dei gruppi societari, sviluppato sulla base di principi di *common law* e inizialmente volto ad attribuire tutela ai soci di minoranza a fronte dei danni causati dal *management* della propria società.

In sostanza l'assunzione del *management* di una società fa sorgere in capo agli amministratori una serie di doveri ("*duties*"), generalmente suddivisi in due categorie, *duty of care* and *duty of loyalty*. In particolare, ai fini qui interessano, il *duty of loyalty*²⁸¹, consiste in una serie di obblighi di natura fiduciaria che legano l'amministratore alla società, prima, e ai soci, poi. Nell'impostazione tradizionale tale teoria riconosce la responsabilità degli amministratori nei confronti dei soci e della società dagli stessi amministrata ma non anche nei confronti dei creditori sociali²⁸².

Il tema della responsabilità degli amministratori è ovviamente ben più ampio, quanto all'ambito ed al contenuto²⁸³, rispetto al contesto approfondito in questa sede,

General Contract Law and the Sales Provision of the Uniform Commercial Code, 54 *Va. L. Rev.* 195 (1968); R. S. SUMMERS, *The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization*, 67 *Cornell L. Rev.* 810 (1982); E. A. FARNSWORTH, *Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code*, 30 *U. Chi. L. Rev.* 666 (1963); F. H. EASTERBROOK e D. R. FISCHER, *Contract and Fiduciary Duty*, 36 *J. L. & Econ.* 425 (1993). Si veda in giurisprudenza *Meinhard v. Salmon*, 249 *N.Y.* 458, 464 (1928) "[m]any forms of conduct permissible in a workday world for those acting at arm's length, are forbidden to those bound by fiduciary ties. A trustee is held to something stricter than the morals of the market place. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior".

²⁸¹ Si veda J. VELASCO, *How Many Fiduciary Duties are there in Corporate Law?*, in *Notre Dame Law School, Legal Studies Research Paper* 09-53, 2009, ove si menzionano in particolare il *duty of care*, il *duty of loyalty* e, seppur controverso, il *duty of good faith*.

²⁸² Si è evidenziato in dottrina che i *fiduciary duties* non si estendono ai creditori sociali i quali hanno solamente una relazione contrattuale con la società e, pertanto, i loro diritti ed obblighi sono fissati in un contratto e soggetti alle regole generali del diritto delle obbligazioni e dei contratti. In questo contesto si ritiene che i creditori siano adeguatamente protetti da questi strumenti; mentre mancando ad essi *an existing property right or an equitable interest*: si veda A.E. CONAWAY STILSON, *Reexamining the Fiduciary Paradigm of Corporate Insolvency and Dissolution: Defining Director Duties to Creditors*, in *Delaware Journal of Corporate Law*, 20, 1995, p. 100-120; B. NICHOLSON, *Recent Delaware Case Law Regarding Directors' Duties to Bondholders*, 19, *Delaware Journal of Corporate Law*, 1994, p. 573; in giurisprudenza *Simons v. Cogan* 549, A.2d 300, 304 ove si afferma che "*before a fiduciary duty arises, an existing property right or equitable interest supporting such a duty must exist*".

²⁸³ L'attribuzione di una responsabilità e di limiti entro i quali disciplinare tale responsabilità a carico degli amministratori: si veda *The Charitable Corp. v. Sutton*, 2 *Atk.* 400, 404 (1742) in diritto inglese e *Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation*, 126 *A.* 46 (Del. Ch. 1924) nel sistema giuridico americano. In dottrina si veda D. J. BLOCK, *The Business Judgment Rule* 5-7 (1993); JAY P.

ove ci si occuperà invece esclusivamente delle applicazioni estensive della teoria dei *fiduciary duties* nel contesto dei gruppi societari. Tali applicazioni estensive riguardano in primo luogo i soggetti responsabili e, in secondo luogo, i soggetti legittimati all'azione.

Innanzitutto si è affermata l'esistenza di una responsabilità fondata su tali *duties of loyalties*²⁸⁴ anche in capo ai soci di maggioranza. Tale responsabilità²⁸⁵ è stata in particolare riconosciuta in capo ai soci di controllo di *close corporations*, che abbiano posto in essere, per il tramite della società controllata, atti e negozi volti a perseguire in realtà i propri interessi extrasociali, e solo se tali atti o fatti siano risultati *unfair* per la società controllata²⁸⁶. Così nelle *close corporations*²⁸⁷, l'attribuzione di

MORAN, *Comment, Business Judgment Rule or Relic?: Cedec v. Technicolor and the Continuing Metamorphosis of Director Duty of Care*, 45 *Emory L.J.* 339, 364-86 (1996).

²⁸⁴ In alcuni casi la giurisprudenza ha ritenuto sussistente la responsabilità dei soci di maggioranza per violazione dei *duties of care*: *Swinney v. Keebler Co.*, 480 F.2d 573, 577 (4th Cir. 1973); *Abraham v. Emerson Radio Corp.*, 901 A.2d 751, 762 (Del. Ch. 2006); B. BLACK, *Shareholder Passivity Reexamined*, 89 *Mich. L. Rev.* 520, 522 (1990).

²⁸⁵ La responsabilità dei soci di maggioranza, per violazione dei *duties of loyalty* è stata assunta in ragione del potere di controllo e di influenza, da parte dei soci di maggioranza, sul consiglio di amministrazione. L'estensione della responsabilità per violazione dei *fiduciary duties* anche in capo ai soci discende anche dalle invocazioni di parte della dottrina che invoca maggiore attenzione per una "shareholder democracy". Si veda L. A. BEBCHUCK, *The Case for Increasing Shareholder Power*, 118 *Harv. L. Rev.* 833 (2005); L. A. BEBCHUCK, *The Myth of the Shareholder Franchise*, 93 *Va. L. Rev.* 675 (2007). Per un'analisi delle peculiarità della responsabilità dei soci di maggioranza per violazione dei *fiduciary duties* si veda V. BRUDNEY, *Contract and Fiduciary Duty in Corporate Law*, 38 *B.C. L. Rev.* 595, 599 n.12 (1977). Si veda in giurisprudenza *Jones v. H.F. Ahmanson & Co.*, 460 P.2d 464 (Cal. 1969): "Majority shareholders may not use their power to control corporate activities to benefit themselves or in a manner detrimental to the minority. Any use to which they put the corporation or their power to control the corporation must benefit all shareholders proportionately"; *Kahn v. Lynch Commons Sys., Inc.*, 638 A.2d 1110, 115 (Del. 1994); *Sinclair Oil Corp. v. Levien*, 280 A.2d 717, 720 (Del. 1971).

²⁸⁶ La giurisprudenza ha in diverse occasioni ritenuto che fosse a carico dei soci di maggioranza "prove to the court's satisfaction that the transaction took place at a "fair price" and that it was accomplished through "fair dealing" Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 711 (Del. 1983); Kahn, 638 A.2d at 1115.

²⁸⁷ I. ANABTAWI, L. A. STOUT, *Fiduciary Duties for Activist Shareholders*, cit. "These features make close corporations fertile ground for shareholder fiduciary duty cases for two reasons. First, because close corporations have few shareholders and all or some are actively involved in running the business, there will often be a shareholder or group of shareholders that "controls" the corporation's actions. It is not unusual, for example, for close corporation shareholders to also serve as directors, officers, or key employees (and, accordingly, to rely on their salaries from the firm as their primary source of income). Second, in close corporations a controlling shareholder can threaten minority

fiduciary duties of loyalty in capo al socio dominante è stata riconosciuta soprattutto nei casi in cui siano poste in essere azioni che escludono di fatto i soci di minoranza dalla gestione della società costringendoli ad uscirne²⁸⁸.

L'attribuzione di questa responsabilità ai soci di maggioranza, nei confronti dei soci di minoranza, è basata non solo sulla posizione maggioritaria o dominante in sede di decisioni assembleari²⁸⁹, ma anche in considerazione del potere effettivo dei soci di maggioranza di indirizzare e di guidare le decisioni aziendali, per il tramite del controllo della maggioranza degli amministratori.

In tal modo la responsabilità derivante dal *breach of fiduciary duties*, generalmente riconosciuta in capo agli amministratori, è stata ritenuta fondata sulla violazione di un medesimo obbligo in capo a chi, il socio di maggioranza, aveva il potere di controllare ed indirizzare l'operato degli amministratori.

Un altro rilevante filone di sviluppo della teoria consiste nell'estensione ai creditori sociali della legittimazione ad esperire tale azione di responsabilità, originariamente riservata ai soli soci di minoranza²⁹⁰. L'estensione ai creditori sociali della legittimazione ad agire per *breach of fiduciary duties* è stata accordata in relazione ad azioni poste in essere dal *management* della società in situazione di

interests in a variety of ways above and beyond conducting a freezeout. For example, the controlling shareholder might decide to exclude a minority shareholder from any salaried position in the firm while simultaneously refusing to declare dividends, thus cutting off any prospect of a return on the minority shareholder's investment. Close corporations as a result provide a setting in which it is especially likely that shareholder interests will conflict and that a controlling shareholder will act opportunistically. Without a liquid market to provide an exit, the position of a minority shareholder in a close corporation can become untenable subjecting controlling shareholders of close corporations to fiduciary duties".

²⁸⁸ Si tratta di situazioni ed atti definite quali cd. "*freezeout contracts*". Si veda in giurisprudenza Donahue v. Rodd Electrotype Co., 328 N.E.2d 505, 511 (Mass. 1975); Smith v. Atl. Props., Inc., 422 N.E.2d 798 (Mass. App. Ct. 1981).

²⁸⁹ Bershad v. Curtiss-Wright Corp., 535 A.2d 840, 845 (Del. 1987); Weinstein Enterprises Inc. v. Orloff, 870 A.2d 499, 507 (Del. Ch. 2005); Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp., 569 A.2d 53, 70 (Del. 1989); Gilbert v. El Paso Co., 490 A.2d 1050, 1055 (Del. 1984).

²⁹⁰ Green v. Hamilton Int'l Corp., 437 F. Supp. 723 (S.D.N.Y. 1977): "[a]s holders of convertible debentures, plaintiffs were part of 'the entire community of interests in the corporation—creditors as well as stockholders' to whom the fiduciary duties of directors and controlling shareholders run."

insolvenza²⁹¹, se non anche *in proximity of insolvency*²⁹². L'applicazione di tale azione di responsabilità a favore dei creditori sociali è stata tuttavia criticata in quanto ritenuti estranei al rapporto su cui si fondano i *fiduciary duties* che legittimano tale responsabilità²⁹³.

L'estensione della legittimazione ai creditori è stata fondata sull'assunto per cui l'approssimarsi dello stato di insolvenza può favorire atti o comportamenti che, pur portando benefici agli azionisti, arrecano danno ai creditori²⁹⁴. Di conseguenza, al verificarsi di circostanze che pregiudicano i diritti dei creditori, i doveri degli amministratori si estenderebbero oltre la società e i suoi azionisti per ricomprendere anche i creditori sociali. Questi ultimi diverrebbero titolari di azioni "derivative" per conto della società²⁹⁵ poiché non sarebbero più sufficientemente tutelati dalle

²⁹¹ Si veda F. TUNG, *The new death of contract: creeping corporate fiduciary duties for creditors*, Emory University Research Paper, no. 7-24.

²⁹² Credit Lyonnais Bank Nederland, N.V. v. Path Communications Corp. 1991 WL 277613 (Del. Ch. 1991) "At least where a corporation is operating in the vicinity of insolvency, a board of directors is not merely the agent of the residue risk bearers, but owes its duty to the corporate enterprise".

²⁹³ Katz v. Oak Indus. Inc., 508 A.2d 873, 879 (Del. Ch. 1986): "the relationship between a corporation and the holders of its debt securities, even convertible debt securities, is contractual in nature. [...] [T]he appropriate legal test is not difficult to deduce. It is this: is it clear from what was expressly agreed upon that the parties who negotiated the express terms of the contract would have agreed to proscribe the act later complained of as a breach of the implied covenant of good faith -had they thought to negotiate with respect to that matter. If the answer to this question is yes, then, in my opinion, a court is justified in concluding that such act constitutes a breach of the implied covenant of good faith."; nonché Metropolitan Life Ins. Co. v. RJR Nabisco, Inc., 716 F. Supp. 1504, 1524-25 (S.D.N.Y. 1989); Simons v. Cogan, 549 A.2d 300, 304 (Del. 1988); Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc., 506 A.2d 173, 182 (Del. 1986). FDIC v. Sea Pines Co., 692 F.2d 973, 976-77 (4th Cir. 1982) : "when the corporation becomes insolvent, the fiduciary duty of the directors shifts from the stockholders to the creditors"; Henderson v. Buchanan (In re Western World Funding, Inc.), 52 B.R. 743, 763 (Bankr. D. Nev. 1985) : "when a corporation is insolvent the fiduciary of directors "run to creditors"; Production Resources Group, LLC v. NCT Group, Inc., 863 A.2d 772, 790-91 (Del. Ch. 2004) : "When a firm has reached the point of insolvency, it is settled that under Delaware law, the firm's directors are said to owe fiduciary duties to the company's creditors. [FN58] This is an uncontroversial proposition"; Geyer v. Ingersoll Publications Co., 621 A.2d 784, 787 (Del. Ch. 1992) : "when the insolvency exception does arise, it creates fiduciary duties for directors for the benefit of creditors"; si veda in dottrina Z. COHEN, *Directors' Negligence Liability to Creditors: A Comparative and Critical View*, 26 *J. Corp. L.* 351, 377-79 (2001).

²⁹⁴ In re The Walt Disney Co. Deriv. Litig., 906 A.2d 27 (2006) : "Unlike ideals of corporate governance, a fiduciary's duties do not change over time."

²⁹⁵ L'azione dei creditori sociali è qualificata come azione di tipo "derivative": si amplia, in sostanza, solamente la classe dei soggetti legittimati ad esercitare un'azione legale per conto della società fino

clausole contrattuali pattuite con la società stessa²⁹⁶.

In mancanza di specifiche norme di legge è stata la giurisprudenza, con un approccio casistico, ad individuare le condizioni (prossimità dell'insolvenza o stato effettivo di insolvenza) in cui poter attribuire la responsabilità al *management* della società per atti o fatti illegittimi o dannosi nei confronti dei creditori sociali, commessi non in buona fede o con negligenza²⁹⁷, purché posti in essere in una situazione di insolvenza della società stessa²⁹⁸.

Le teorie giurisprudenziali in materia di responsabilità per *breach of fiduciary*

ad includervi anche i creditori sociali. Non mancano anche alcune sentenze in cui si è riconosciuta ai creditori sociali un'azione diretta nei confronti degli amministratori della società: si veda *Anstine v. Alexander*, 128 P.3d 249 (Colo. Ct. App. 2005) in cui si è riconosciuta ai creditori di una società insolvente la possibilità di esperire un'azione diretta, anziché derivativa, nei confronti degli amministratori. Tale statuizione ha addirittura originato un intervento legislativo con il quale si è espressamente escluso il diritto dei creditori sociali ad esperire un'azione diretta nei confronti del *management* della società per *breach of statutory duties*. Si veda Colorado Revised Statute, sec. 7-108-401(5) (2006) secondo cui: "a director or officer of a corporation, in the performance of duties of that capacity, shall not have any fiduciary duty to any creditor of the corporation arising only from the status as a creditor". Sull'opportunità ed utilità di una tale distinzione si veda S. M. BAINBRIDGE, *Corporation Law and Economics*, 419-29 (2002); S. M. BAINBRIDGE, *Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance*, 97 *Nw. U. L. Rev.* 547, 574-92 (2003); S. M. BAINBRIDGE, *In Defense of the Shareholder Wealth Maximization Norm: A Reply to Professor Green*, 50 *Wash. & Lee L. Rev.*, 1423 (1993).

²⁹⁶ Si veda *Harf v. Kerkorian*, 324 A.2d 215 (Del. Ch. 1974); *Geyer v. Ingersoll Publications Co.*, 621 A.2d 784 (Del. Ch. 1992), ove si è stabilito che in linea di principio gli amministratori non hanno un dovere fiduciario nei confronti dei creditori sociali, a meno che non intervengano "special circumstances such as fraud, insolvency or violation of a statute". Si veda E. N. VEASEY e C. T. DI GUGLIELMO, *What Happened in Delaware Corporate Law and Governance From 1992–2004? A Retrospective on Some Key Developments*, 153 *U. Penn. L. Rev.* 1399, 1432 (2005), p. 1430 "when a corporation is in the vicinity of insolvency ... creditors may be considered to be in the pool of residual owners, and therefore become beneficiaries of the fiduciary duties owed to the residual owners. Creditors' inclusion in the pool need not imply that stockholders are thereby excluded, however."

²⁹⁷ *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244, 264 n.66 (Del. 2000) "directors' decisions will be respected by courts unless the directors are interested or lack independence relative to the decision, do not act in good faith, act in a manner that cannot be attributed to a rational business purpose or reach their decision by a grossly negligent process that includes the failure to consider all material facts reasonably available".

²⁹⁸ *North American Educational Programming Foundation Inc. v. Ghewalla*, 930 A.2d 92 (Del. 2007). In tale ambito si è in particolare affermato che una situazione di insolvenza della società configurerebbe in capo ai creditori sociali diritti ulteriori rispetto a quelli previsti *by contract and tort*, dal momento che saranno questi ultimi a supportare maggiormente il rischio di condotte opportunistiche degli amministratori, nella loro nuova veste di *residual claimants*. Si tratta di una situazione che li legittima ad esperire un'azione derivativa per violazione dei doveri fiduciari.

duties paiono ancora soggette ad evoluzioni significative. Ad oggi, ad esempio, non risulta che l'interpretazione estensiva della teoria si sia spinta sino ad estendere la legittimazione ad agire dei creditori anche nei confronti dei soci di maggioranza, cui peraltro, come si è visto, sono estesi i *fiduciary duties*.

d) Alcuni studi empirici sulla casistica giurisprudenziale

La casistica giurisprudenziale americana è, come è stato anticipato, alquanto variegata sia nelle varianti teoriche delle formule applicate, sia nelle circostanze in concreto esaminate dai giudici. I tentativi di individuare linee guida generali hanno mosso alcuni ricercatori ad effettuare studi empirici sulla copiosa giurisprudenza prodottasi nei vari stati americani.

Un importante studio empirico-osservazionale²⁹⁹ dei primi anni 90, effettuato da R. B. THOMPSON, ha rilevato innanzitutto la pressoché totale assenza di episodi di *piercing the corporate veil* aventi ad oggetto le cd. *publicly held* (o *publicly traded*) *corporations* ossia le società di grandi dimensioni e con elevato numero di azionisti³⁰⁰. Uno dei presupposti applicativi dell'istituto sembra essere la tipologia delle strutture societarie adottate: società uni-personali o a ristretta base azionaria, ove le differenze tra operazioni personali del socio e operazioni sociali spesso si

²⁹⁹ R. B. THOMPSON, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, 76 *Cornell L. Rev.* 1036 (1991). Tale studio ha avuto a oggetto tutti i casi di *piercing the corporate veil* consultabili attraverso la banca dati giuridica WESTLAW a partire dall'anno 1985: oltre 1600. Lo studio ha preso in considerazione i seguenti dati: le dimensioni della società, il numero dei soci, le ragioni addotte dall'attore nell'invocare l'applicazione del *corporate veil piercing*, la giurisdizione e la corte che ha deciso il caso, la provenienza sociale di attori e convenuti.

³⁰⁰ Lo studio ha rilevato che non esiste applicazione dell'istituto alle *public corporations*, e che i giudici hanno invece effettuato il *veil piercing* nel 40% de casi riguardanti *close corporations*. Sulla medesima questione si veda C. O'NEAL & R.B. THOMPSON, *O'Neal Close Corporations*, § 1.08 (3rd ed. 1993), p. 44; D. H. BARBER, *Piercing the Corporate Veil*, 17 *Willamette L. Rev.* 371 (1981); D. A. OESTERLE, *Subcurrents in LLC Statutes: Limiting the Discretion of State Court to Restructure the Internal Affairs of Small Business*, 66 *U. Colo. L. Rev.* 881 (1995), p. 898 : "[A]ll cases in which the investors were held liable involved closely held corporations. It is a closely held corporation problem". Si veda inoltre i successivi commenti in R. B. THOMPSON, *Piercing the Corporate Veil Within Corporate Groups: Corporate Shareholders as Mere Investors*, 13 *Conn. J. Int'l L.* 379, 380 (1999); R. B. THOMPSON, *The Taming of Limited Liability Companies*, 66 *U. Colo. L. Rev.* 921 (1995).

riducono e dove i soci hanno tutti un ruolo di primo piano nella gestione³⁰¹.

Altro dato emergente dall'analisi della casistica giurisprudenziale di R. B. THOMPSON è che il *piercing the corporate veil* non è adottato dalle corti in egual misura a svantaggio di tutti i soci ed a vantaggio di tutti i creditori sociali³⁰². In relazione ai creditori³⁰³, ad esempio, si è vista una netta maggioranza di casi di *piercing the corporate veil* di fronte a *contract creditors* rispetto ai *tort creditors*: ciò, in apparente contrasto con le teorie di analisi economica che invece auspicavano l'eliminazione del principio di responsabilità limitata proprio di fronte ai *tort creditors*

³⁰¹ In uno studio successivo R.B. THOMPSON ha osservato l'assenza di casi in società con più di 10 soci sottolineando quanto segue: "*This last finding suggests that passivity is an important factor in piercing the veil. Those who are only passive investors, as the shareholders of a large corporation, will be insulated from the liability of the enterprise, while those who take a more active role as the business are subject to liability. Piercing the corporate veil is usually described as imposing liability on shareholders, at that is misleading because the activity required to pierce the veil goes well beyond the typical shareholder role as a passive provider of capital. Most successful piercing cases involve either individuals who serve as both shareholders and managers, or corporate groups in which the parent corporation was the shareholder and could name the individuals who managed the subsidiary*" (si veda R.B. THOMPSON, *The Limits of Liability in the New Limited Liability Doctrine*, 32 *Wake Forest L. Rev.*, 2001, 1).

³⁰² Ciò costituisce invero un dato normativo previsto nel Revised Model Business Corporation Act, § 6.22 (b): "*Unless otherwise proved in the article of incorporation a shareholder of a corporation is not personally liable for the acts or debts of the corporation except that he may become personally liable by reason of his own acts or conduct*". Con riferimento ai soci, viene normalmente colpito l'abuso perpetrato dal con un comportamento colpevole (e solitamente positivo) dal socio che ha un ruolo primario diretto nell'organizzazione e nella gestione dell'attività sociale e non anche ad altri azionisti che non presentino tali caratteristiche.

³⁰³ R.B. THOMPSON, *Piercing the Corporate Veil, An Empirical Study*, op. cit., §4 il quale afferma che: "*The relative absence of tort cases in piercing jurisprudence (only 226 as compared to almost 800 contract cases) suggests that piercing law is rooted in concerns of inequitable bargains. The results seem to confirm Robert Clark's point that pierce most recurring problems in the piercing area are fraudulent transfers and similar contract related claims. However, even if we eliminate the misrepresentation cases from the contracts group, the piercing results still remain higher in contract cases. Courts pierced in about 34% of the nonmisrepresentation contract cases as opposed to 27% of the nonmisrepresentation tort cases. Undercapitalization, which many commentators believe should cut more strongly in favor of piercing the veil in tort, can explain only a small portion of the tort cases. [...] Overall, tort settings seem to involve different concerns that contract cases*". Parte della dottrina americana ha tuttavia fortemente contestato l'impiego del metodo empirico e dell'analisi statistica per la valutazione di un insieme di casi giurisprudenziali sono stati fortemente criticati, e interventi autorevoli hanno conseguentemente messo in discussione la validità delle conclusioni che si è spesso preteso di ricavare in questo modo: si veda G. L. PRIEST e B. KLEIN, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 *J. Legal Stud.* 1 (1984).

specialmente nel caso dei gruppi di società³⁰⁴. Alcuni studi empirici successivi hanno in parte rettificato tali risultati³⁰⁵.

Un recente studio, pubblicato alla fine del 2009³⁰⁶, ha esaminato la giurisprudenza in materia di *veil piercing* anche sotto profili diversi rispetto ai precedenti, esaminando le sentenze in relazione alle domande giudiziali proposte piuttosto che le decisioni rese dai giudici³⁰⁷. Sono stati messi in evidenza, tra l'altro, la maggiore casistica di contenzioso in materia contrattuale, per lo più fondata

³⁰⁴ Si veda per una prima pronuncia in tal senso, *Hanson v. Bradley*, 298 Mass. 371, 10 N.E. 2d 259, 264 (1937) (“[T]he plaintiff dealt with that corporations. There is nothing to show that he was deceived. The fair inference is that he knew the worthlessness of the corporation with which he contracted”; *Gray v. Edgewater Landing Inc.*, 541 So. 2d 1044, 1046-47 (Miss. 1989): “[O]ur focus is fixed upon the expectations of the parties in conducting the bargain [...] Since contract liability arises from an essentially consensual relationship, courts generally decline to disregard the corporate entity for contract creditors, choosing instead to enforce the contract as written”; *Brunswick Corp. v. Waxman*, 599 F.2d 34 (2nd Cir. 1979); *White v. Winchester Land Dev. Corp.*, 584 S.W. 2d 56 (Ky. App. 1979); *J.R. Grain Co. v. F.A.C., Inc.*, 627 F.2d 129, 135 n. 13 (8th Cir. 1980); *Edwards Co. v. Monograms Indus.*, 730 F.2d 977, 981-982 (5th Cir. 1984); *United States v. John T. Chemicals Inc.* 768 F.2d, 686, 693 (5th cir. 1985); *Miller v. Dixon Industries Corp.*, 513 A. 2d 597, 604 (R.I. 1986) : “[C]ourts have been less likely to ignore the corporate forms in contract cases where the plaintiff has made a knowing and deliberate choice in dealing with a particular entity”; *Molander v. Raugust-Mathwig, Inc.*, 44 Wash. App. 53, 722 P. 2d 103, 107 (1986) (“A professional architect doing business in a complex financial world cannot pierce a corporate veil and thereby escape the legal consequences of failure to protect himself by professing ignorance as to corporate and partnership liability. Subjective expectations or postdisaster wishful thinking is not a substitute for legal advice and appropriate contract language”); *Sevon Service System Inc. v. St. Joseph Bank & Trust Company*, 855 F. 2d 406, 415-416 (7th Cir. 1988); *Co-Ex Plastics, Inc. v. AlaPak Inc.*, 536 So. 2d 37, 39 (Ala. 1988); *Glanzer v. St Joseph Indian School* 438 N.W. 2d 204, 209 (S.D. 1989); *Sims v. Subway Equipoment Leasing Corp.*, 994 F.2d 210 (1993).

³⁰⁵ Si veda L. C. HODGE e A. B. SACHS, *Piercing the Mist: Bringing the Thompson Study in the 1990s*, 43 Wake Forest L. Rev. 341 (2008); J. A. SWAIN e E. E. AGUILAR, *Piercing the Veil to Assert Personal Jurisdiction Over Corporate Affiliates: An Empirical Study of the Cannon Doctrine*, 84 B.U. L. Rev., 445 (2004); N. L. GEORGAKOPOULOS, *Contract Centered Veil Piercing*, 13, *Stan J.L. Bus. And Fin.* 121, 128-130 (2007); G. C. RAPP, *Preserving LLC Veil Piercing: A Response to Bainbridge*, 31 *J. Corp. L.* 1063 (2006).

³⁰⁶ Ch. L. BOYD, D.H. HOFFMAN, *Disputing Limited Liability*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 104, 2009, che si è fondato su un esame di 690 sentenze delle *federal district courts* negli Stati Uniti dal 2000 al 2005. .

³⁰⁷ Ch. L. BOYD, D.H. HOFFMAN, *op. loc. cit.* “Parties generally craft complaints in ways that the conventional wisdom would predict. In particular, plaintiffs allege fraud, informalities, dominion and control and alter ego as reasons to pierce the veil. Contract causes of action were present in the highest percentage of complaints, followed by tort, fraud and labor law claims. However, because multiple different causes of action are ordinarily present in each complaint, it is not truly accurate to say that there is such a thing as a contract case or a tort case, at least in the beginning of litigation.”

sull'argomento del “*dominion and control*”, rispetto a quella extracontrattuale; ma si è altresì evidenziata anche l'esistenza di un significativo numero di casi (circa il 30%) che riguardano contestualmente creditori volontari ed involontari.

Tali studi evidenziano che le teorie giurisprudenziali elaborate sono in costante evoluzione nonché di difficile collocamento sistematico e non paiono facilmente riconducibili ad unità di applicazione in tutti gli stati facenti parte degli Stati Uniti. Ciò, come denunciato anche nel capitolo precedente, ha dato spunto ad osservazioni critiche in merito ad un tale approccio casistico adottato dalla giurisprudenza, rispetto ad una soluzione normativa seppur circoscritta a determinati profili.

3.2.2. I sistemi di *common law*: (segue) l'Inghilterra

Il contesto normativo e giurisprudenziale inglese è per molti aspetti alquanto simile a quello americano: nel seguito ci si limiterà quindi ad evidenziare solo alcuni tratti essenziali avuto particolare riguardo alle teorie elaborate dalla giurisprudenza.

Anche il sistema giuridico inglese è fondato, similamente a quello statunitense, sul principio della *entity law doctrine*³⁰⁸. Con riferimento ai rapporti di controllo, e ai gruppi di società in particolare, l'ordinamento inglese non contempla

³⁰⁸ E. COKE, *First Part of the Institute of the Laws of England or a Commentary on Littleton* 6, 412 (1628); *Case of Sutton's Hosp.*, 10 Coke 23a, 77 Eng. Rep., 960, 970-71 (1612); 1 W. BLACKSTONE, *Commentaries*, 470 (1st ed. 1765); 2 S. Kyd, *Corporations* 106 et s. (1793). In virtù di tale principio le persone giuridiche sono “*right-and-duty bearing [legal] units*”, centri di imputazione di rapporti giuridici, e di responsabilità, separate ed autonome rispetto alla struttura (persona fisica o giuridica) proprietaria: F. W. MAITLAND, *Selected Essays*, Cambridge 225 (H.D. HAZXELINE et al. Ed. 1936). AA. VV., *Diritto societario comparato, op. cit.*, p. 108 :“*Il Regno Unito, ordinamento favorevole ai creditori, probabilmente seguirebbe l'esempio degli Stati Uniti, ordinamento invece favorevole ai debitori, preferendo l'utilizzo di standard a quello di regole, se non fosse per i vincoli comunitari*”. Tale complesso di regole ha naturalmente influenzato anche il Regno Unito, alla luce dell'armonizzazione promanante dai vincoli comunitari. Si veda V. EDWARDS, *Ec Company Law*, Oxford 1999, p. 53, ove si evidenzia che la II Direttiva Comunitaria in materia societaria impone al Regno Unito di introdurre requisiti di capitale sociale minimo per le *public companies* e di irrigidire le norme sulla distribuzione degli utili. Tuttavia il Regno Unito si è opposto con successo all'estensione delle norme comunitarie sul capitale sociale dalle società chiuse.

una normativa generale sui gruppi di società.

Anche le corti inglesi hanno applicato il *piercing the corporate veil* per derogare al principio della responsabilità limitata delle società di capitali, nell'ambito di rapporti di controllo, al fine di imputare la responsabilità per debiti in capo al socio dominante quanto meno in casi di illecito a quest'ultimo ascrivibile. Non mancano, inoltre, le formulazioni basate sui principi generali di *common law* che prevedono la responsabilità anche dei *directors* per *breach of their duties* nei confronti dei creditori sociali.

Anche la giurisprudenza inglese giunge, in determinate eccezionali circostanze, ad imputare alla capogruppo la responsabilità per debiti della controllata nei confronti dei creditori sociali³⁰⁹. Tuttavia l'approccio della giurisprudenza inglese è più restrittivo³¹⁰ rispetto a quella americana³¹¹ e la casistica pare meno ampia.

La giurisprudenza inglese non sembra invece favorevole ad applicare l'*enterprise law doctrine* nel contesto dei gruppi³¹² e anzi sotto tale profilo non risulta aver recepito le linee evolutive della dottrina americana.

Vi è inoltre, nell'esperienza inglese, una significativa attenzione alla tutela ai creditori nei confronti della società controllante, in caso di insolvenza della controllata. Nel diritto concorsuale inglese sussiste il principio del *wrongful trading* che consente di estendere alle società capogruppo la *liability* imputabile alla controllata. In questa sede ci si limita a rilevare che tale strumento di protezione

³⁰⁹ L.C.B. GOWER, *Principles of Modern Company Law*, (5th éd.), 2003 p. 118-134; F. G. RIXON, *Lifting The Veil Between Holding And Subsidiary Companies*, (1986) 102 L.Q.R. 415.

³¹⁰ The Albazero [1975] 3 W.L.R., 491, 521: "[...] long established and now unchallengeable by judicial decision ... that each company in a group of companies (a relatively modern concept) is a separate legal entity possessed of separate legal rights and liability so that the rights of one company in a group cannot be exercised by another company in that group even though the ultimate benefit of the exercise of those rights would accrue beneficially to the same person or corporate body".

³¹¹ Inoltre, la giurisprudenza si è mostrata contraddittoria ed è pervenuta a risultati differenti anche in presenza di medesime circostanze di fatto: D. D. PRENTICE, *Corporate Groups in Great Britain*, in Atti del Convegno, op. cit., p. 296; D.H.N. Food Distributors Ltd. V. Tower Hamlets London Borough Council [1976] 1 W.L.R. 852 e Woolfson v. Stratclyde Regional Council 1978 S.C. (H.L) 90.

³¹² Adams v. Cape Industries plc [1990] BCLC 479.

prevede la responsabilità anche del *director* della società insolvente. In un primo momento (ovvero nel 1929 data di adozione dell'*insolvency act*) tale responsabilità era fondata sulla frode del *director*, ma la disciplina è stata poi (nel 1986) parzialmente modificata, ed il *director* ora risponde in caso di *wrongful trading*, laddove egli ha previsto o avrebbe dovuto prevedere l'inevitabilità dell'insolvenza della società³¹³. Tale responsabilità è stata poi estesa anche ai c.d. *shadow directors* ossia anche ai quei soci (persone fisiche o società³¹⁴) che, in ambito dei gruppi di società, abbiano di fatto direttamente gestito la società dominata abusando del rapporto di controllo³¹⁵.

Lo scenario che, in estrema sintesi, si ricava dall'ordinamento britannico è di un tendenziale minor sviluppo e minor spazio lasciato alle teorie giurisprudenziali volte a superare lo schermo della responsabilità limitata con particolare riferimento al contesto dei gruppi di società, a fronte di una maggiore attenzione alle fattispecie di insolvenza (analogamente a quanto è avvenuto in altri paesi europei).

3.3. I sistemi di *civil law*

Se i sistemi di *common law* in precedenza esaminati sono connotati da analogie nell'impostazione del problema della responsabilità limitata nel diritto societario, prevedendo principi essenzialmente di elaborazione giurisprudenziale per superare lo schermo della responsabilità limitata in ambito societario, l'esperienza dei paesi di *civil law* appare invece più diversificata. A fianco di sistemi giuridici che

³¹³ Articolo 214 para., 3 IA e para. 2 sentence 1b, IA dell'*Insolvency Act* ove si stabilisce la responsabilità del *director* che prima della dichiarazione di insolvenza della società "*knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation*".

³¹⁴ L'art. 251 dell'*Insolvency Act* non restringe il proprio ambito di applicazione alle persone fisiche.

³¹⁵ Si veda *Hydrodan (Corby Ltd)*, (1994), B.C.C. 161, 163, in cui la giurisprudenza ha affermato che la relazione tra società madre e figlia deve consentire di delineare un quadro in cui il consiglio di amministrazione della società controllata non abbia agito con propria discrezionalità bensì in esecuzione di istruzioni impartite dalla società controllante: si veda i commenti critici di P. DAVIES, *Management of the Company* 8.003, *Marginal note*, in *Palmer's Company Law*, 25th ed. (1992)

prevedono una legislazione sul punto abbastanza articolata, vi sono ordinamenti che invece non hanno introdotto alcuna specifica legislazione e che tendono con difficoltà ad attribuire la responsabilità alla capogruppo per fatti ascrivibili alle società controllate in casi eccezionali.

Nei paragrafi che seguono, senza alcuna pretesa di completezza si esamineranno le differenti soluzioni adottate in particolare in Germania ed in Francia³¹⁶. Ci si soffermerà quindi sulla normativa generale in materia di gruppi societari presente in Germania sin dal 1965, in cui sono contenute le norme e profili di responsabilità nei gruppi (*Konzerne*), e sulla giurisprudenza che si è evoluta in Francia che a partire dalla sentenza *Rozemblum - leading case* per il riconoscimento dei gruppi in Francia, al pari della sentenza *Caltagirone* in Italia e di cui si dirà nel capitolo che segue - ha sottolineato il ruolo economico positivo e meritevole di tutela giuridica³¹⁷ dei gruppi ma ha anche ritenuto legittimo superare lo schermo della responsabilità limitata della società controllata in casi determinati ed eccezionali.

Il “modello tedesco” di regolamentazione uniforme dei gruppi di società ha in parte ispirato i progetti di inserimento, negli anni 70, di una normativa simile nel sistema francese e nell’ordinamento comunitario. Soluzioni che, come si vedrà, sono state in seguito abbandonate in quanto ritenute eccessivamente rigide se non persino “punitive” nei confronti del gruppo, il cui sviluppo nei paesi comunitari è invece stato sempre più ritenuto meritevole di tutela. Ciò ha contribuito all’evolversi di una giurisprudenza che ha supplito a tale normativa, cercando di delineare i principi generali di responsabilità dei gruppi societari di matrice giurisprudenziale. Ci si è concentrati più sulle situazioni patologiche di abuso e di insolvenza della controllata, sanzionando la *holding* con l’attribuzione della responsabilità per i debiti della società dominata, che su elaborazioni tendenzialmente unitarie o unificanti del

³¹⁶ Per un recente inquadramento ed un esame comparatistico relativo ad altri paesi di *civil law* (in particolare Belgio ed Olanda) si veda K. VANDEKERCKHOVE, *Piercing the Corporate Veil*, Amsterdam, 2007, p 61 e ss.

³¹⁷ Ci si riferisce alla celebre sentenza *Rozemblum* su cui *infra*: Cass. Crim. Fr. 4 febbraio 1985, *D.*, 1985.

gruppo stesso a livello rigidamente normativo. E l'esperienza francese si inserisce in questa linea di sviluppo.

Come si vedrà nei paragrafi che seguono, a fianco delle numerose differenze che caratterizzano Francia e Germania in materia di gruppi societari, in entrambi i sistemi giuridici, a differenza che in quelli di *common law*, la situazione dei soci di minoranza è considerata come meritevole di tutela nell'ambito dei gruppi societari, al pari di quella dei creditori. Inoltre per quanto riguarda l'estensione della responsabilità al di là della capogruppo, anche ai soggetti che abbiano preso parte al fatto lesivo, si noterà come tale estensione può ravvisarsi solo in Francia ed in ipotesi del tutto particolari.

3.3.1. I sistemi di *civil law*: (segue) la Germania

Il diritto tedesco contempla una normativa generale sui gruppi di società sin dal 1965³¹⁸. Tale normativa è stata oggetto di numerosi commenti, anche da parte della dottrina italiana e, pertanto, ci si limiterà in questa sede a ricordarne, senza pretese di esaustività, i tratti generali rinviando ai numerosi commenti sulla materia per ulteriori approfondimenti³¹⁹.

La legislazione tedesca sui gruppi costituisce l'esempio più elaborato di disciplina dei gruppi di società, nel tentativo di contemperare gli interessi del gruppo nel suo insieme con quelli dei creditori e dei soci di minoranza delle singole componenti³²⁰. La disciplina è stata poi dalla giurisprudenza estesa anche nei casi

³¹⁸ Akt §15-22 e 298-311 in particolare.

³¹⁹ Si veda N. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999; *passim* e bibliografia ivi citata. Numerosissima è la dottrina tedesca: ci si limita, senza pretese di completezza, a ricordarne alcuni: P. BEHRENS, *Der Durchgriff über die Grenze*, RablsZ, 1982, 46, p. 332; V. EMMERICH, J. SONNENSCHNEIDER, M. HABERSBACH, *Konzernrecht, Das Recht der verbundenen Unternehmen bei Aktiengesellschaft, GmbH, Personengesellschaften, Genossenschaft, Verein und Stiftung*, 7 ed., München, 2001 p. 75 e ss.

³²⁰ Secondo M. LUTTER e W. ZÖLLNER, *Il diritto delle imprese collegate in Germania*, in Atti del Convegno, op. cit., p. 259: "Il legislatore ha quindi concesso ai gruppi di imprese la possibilità di legalizzare il rapporto tra le imprese appartenenti al gruppo, al fine di eliminare, con il ricorso allo

dei gruppi di fatto. Non mancano inoltre tesi che attribuiscono la responsabilità ai soci in base ai principi generali della responsabilità civile da illecito nonché in situazioni di insolvenza della società controllata.

a) Konzernrecht, i contratti di dominazione

La disciplina tedesca sui gruppi di società distingue tra gruppi contrattuali di diritto e gruppi di fatto. I gruppi contrattuali si fondano su un contratto di dominio, che consente alle società madri di imporre alle società controllate di seguire l'interesse del gruppo piuttosto che i loro interessi individuali. In cambio però le società capogruppo devono tenere indenni le società controllate da qualsiasi perdita causata dagli atti compiuti nell'interesse del gruppo con obbligo di ripianare, a fine esercizio, le passività formatesi in capo alla società controllata³²¹. In mancanza di ciò i creditori della controllata potranno agire direttamente nei confronti della società madre per il risarcimento dei danni subiti³²². Con l'iscrizione nel registro delle imprese il contratto di dominio produce i seguenti effetti:

- (i) potere di direzione dell'impresa dominante³²³ che, in tal modo, può legittimamente ridurre a proprio "organo" la società dominata;
- (ii) obbligo per la società dominante di ripianare le perdite della controllata a tutela della società dipendente, nonché dei suoi creditori³²⁴; inoltre

strumento formale del contratto d'impresa, la tensione tra realtà e diritto, tra interesse del gruppo e interesse delle singole società dipendenti".

³²¹ §302 e §308 dell'Aktiengesetz.

³²² § 302, 309 e 322 Aktiengesetz; U. HUFFER, *Aktiengesetz*, V ed., Monaco, 2002, n. 38, § 313.

³²³ L'impresa dominante è legittimata ad impartire agli amministratori della società dipendente direttive in ordine alla gestione di quest'ultima (come ad esempio la chiusura di sedi o impianti produttivi), ad organizzare la futura attività di ricerca e sviluppo, ad accreditarsi le eccedenze finanziarie della società dissenziente. Quest'ultima, anche se dissenziente, è comunque giuridicamente obbligata a dare seguito a tali direttive (§ 308 Abs. 2 AktG).

³²⁴ Il rischio di impresa della società dipendente si trasferisce sull'impresa dominante, la quale è assoggettata all'obbligo di ripianare le eventuali perdite d'esercizio della società dipendente (§ 302 AktG). Secondo M. LUTTER E W. ZÖLLNER, *Il diritto delle imprese collegate in Germania*, in *Atti del Convegno*, op. cit., p. 254, la tutela dei creditori sociali sarebbe comunque solo indiretta: "Del resto,

allo scadere del contratto l'impresa dominante può essere tenuta a prestare garanzia ai creditori della società dipendente che ne abbiano fatto richiesta;

(iii) i soci di minoranza, oltre al diritto di recesso, possono ottenere annualmente dall'impresa dominante un dividendo garantito³²⁵.

Senza ulteriormente approfondire tali tematiche, giova in questa sede segnalare che la normativa appena descritta sui c.d. gruppi contrattuali ha suscitato molte critiche in relazione all'eccessiva rigidità della sua struttura, anche se si riscontrano comunque numerose le applicazioni dell'istituto da parte delle società tedesche³²⁶.

b) I Gruppi di fatto

In mancanza di gruppo contrattuale la legge tedesca, con il decisivo supporto della giurisprudenza, prevede specifiche disposizioni a tutela dei soci di minoranza e dei creditori della società controllata nei confronti dell'impresa dominante, vietando gli interventi della società dominante pregiudizievoli alla società controllata salvo che non vi sia stata un'adeguata compensazione del pregiudizio causato³²⁷. Ad ogni

una responsabilità diretta dell'impresa dominante risulterebbe persino superflua, poiché l'obbligo di ripianamento delle perdite consente alla società dipendente di assolvere autonomamente alle proprie obbligazioni, almeno fintanto che l'impresa dominante risulti essa stessa solvibile. In conclusione si può affermare che l'impresa dominante e la società dipendente formano, per così dire, un'unica "unità di rischio".

³²⁵ § 304 AktG. In alternativa i soci hanno diritto di ricevere una compensazione sotto forma di azioni dell'impresa dominante ovvero un conguaglio in denaro (§ 305 AktG).

³²⁶ Si veda M. LUTTER E W. ZÖLLNER, *Il diritto delle imprese collegate in Germania*, op. cit., p. 260: "L'affermazione del Cerrai (in Riv. Soc., 1995, p. 389, e s. 417), per il quale "il contratto di dominazione non ha avuto successo" risulta infatti al contempo esatta ed errata: esatta in considerazione delle intenzioni del legislatore del 1965, il quale auspicava che la maggior parte dei gruppi avrebbero utilizzato la possibilità che veniva loro offerta, risolvendo in tal modo alla radice il problema del gruppo di fatto e della dipendenza di fatto. Intenzione che, al contrario, non ha trovato compiuta realizzazione; errata, poiché il contratto di dominazione è diffuso nella pratica più di quanto si sostiene. Basti in proposito una rassegna della copiosa giurisprudenza in tema di contratto di dominazione [...]".

³²⁷ § 311 AktG. La società dominante non può quindi esercitare la propria influenza inducendo la società dipendente ad un comportamento per quest'ultima pregiudizievole come in particolare alla conclusione di negozi svantaggiosi per tale società. Il divieto non vale tuttavia qualora il pregiudizio

modo, a differenza che nei gruppi contrattuali di diritto, l'eventuale compensazione, anche non contestuale³²⁸, del pregiudizio non conferisce alle disposizioni impartite dall'impresa dominante carattere legittimamente vincolante nei confronti degli amministratori della società dipendente.

L'adempimento dell'obbligo di compensazione impone che gli amministratori della società dipendente redigano una "relazione sulla (condizione di) dipendenza" che illustri, in particolare, tutti i negozi giuridici conclusi con l'impresa dominante, le società sorelle e collegate³²⁹, nonché le congrue controprestazioni ottenute in cambio o dichiarate al momento della conclusione del negozio³³⁰.

In termini di responsabilità per inadempimento, la dottrina e la giurisprudenza ritengono applicabile in via analogica la normativa prescritta per i gruppi contrattuali. Pertanto l'impresa dominante cui siano imputabili rapporti qualificabili come "di dominazione" è soggetta, anche nel gruppo non contrattuale, all'obbligo di ripianare le perdite; qualora la società dipendente abbia soci di minoranza, la società dominante è anche obbligata a ripianare ogni risultato negativo d'esercizio originatosi durante l'evoluzione del rapporto di gruppo³³¹.

sia stato adeguatamente compensato. È dannoso e pregiudizievole qualunque atto di gestione che comporti effetti negativi sulla situazione patrimoniale e reddituale della società dipendente.

³²⁸ La compensazione non deve necessariamente avvenire in concomitanza con l'intervento pregiudizievole. Tuttavia qualora la compensazione non sia avvenuta durante il corso dell'esercizio, al più tardi alla chiusura dell'esercizio stesso dovranno essere stabilite le modalità - quando e come (§ 311 Abs.2 AktG) - e, su tali future limitazioni dei vantaggi, dovrà essere fondato il relativo diritto della società dipendente.

³²⁹ § 312 AktG. Tale relazione deve illustrare anche ogni altro comportamento indotto dall'impresa dominante o da questa richiesto anche nell'esercizio precedente. La relazione deve indicare, per i singoli negozi, la prestazione e la controprestazione; per i comportamenti indotti, le motivazioni, i vantaggi e gli svantaggi.

³³⁰ In tal modo l'efficacia del sistema di garanzia, in fattispecie di dominazione di fatto, a favore della minoranza e dei creditori sociali è fatta dipendere in larga misura dal grado di diligenza degli amministratori della società controllata.

³³¹ Per lo stesso motivo non è previsto, per i creditori della società dipendente, un diritto diretto nei confronti dell'impresa dominante: B. KRÖPF, *Aktiengesetz Kommentar*, a cura di E. GESSLER, W. HEFERMEHL, U. ECKARDT, B. KOPFF, München, 1976, § 311, Rdnrn., 1, 2, in cui si afferma che a differenza che nel gruppo contrattuale, laddove esista tutela diretta sia della società, sia degli azionisti di minoranza, esterni al gruppo, sia dei creditori (in realtà in termini di azione di risarcimento

La giurisprudenza ha elaborato alcuni presupposti fattuali volti ad individuare le ipotesi di gruppi di fatto da cui far discendere la responsabilità della capogruppo³³²:

(i) deve trattarsi di un gruppo con una tale concentrazione del potere di direzione da rendere i rapporti di causa-effetto poco visibili;

(ii) deve risultare un abuso oggettivo dell'esercizio del potere di direzione da parte dell'impresa dominante nei confronti della dipendente;

(iii) le direttive subite dalla società dipendente devono rispondere ad un interesse dell'impresa dominante o di altre imprese facenti parte del gruppo³³³;

(iv) il semplice esercizio del potere di direzione, anche se ampio e continuativo, non può essere considerato sufficiente a fondare l'ipotesi di mancata considerazione dei diritti della società dipendente.

Dalle considerazioni svolte pare potersi concludere che il diritto tedesco in materia di gruppi tende a sviluppare un numero di soluzioni relativamente chiuso e connotato da una sostanziale assimilazione dei gruppi di fatto rispetto a quelli contrattuali.

Le principali critiche a tale impostazione si sono concentrate, oltre che sull'eccessivo rigore della disciplina sui gruppi contrattuali, come sopra accennato,

del danno), nella disciplina dei gruppi di fatto (ovvero nei casi di mera dipendenza) vi è solo una tutela indiretta dei soci e dei creditori. Tale tutela discende, in via mediata dalla tutela diretta riconosciuta alla società dipendente che è perseguita attraverso la compensazione dei pregiudizi da essa subiti. In mancanza di soci di minoranza l'opinione dottrinale prevalente ritiene che l'eventuale perdita dell'esercizio debba essere ripianata nei limiti di quanto necessario ai fini della reintegrazione del capitale sociale.

³³² Autokran, BGH 95, 330; BGH 122, 133; BGH, in HJW, 1994, p. 446; BGH, in ZIP, 1994, p. 1690; BGH in ZIP, 1995, p. 733; Si veda In dottrina M. ZÖLLNER, *Empfiehl es sich, das Recht Faktischer Unternehmensverbindungen – auch im Hinblick auf das Recht anderer EG-Staaten – neu zu regeln?* Relazione per il 59. Deutscher Juristentag, in Sitzungsberichte zum 59. Deutschen Juristentag, 1992, p. R35 ss.

³³³ In tale contesto una direzione di gruppo meramente dannosa, ma comunque non vantaggiosa per l'impresa dominante – anzi eventualmente persino svantaggiosa – non può essere posta all'origine della responsabilità di gruppo. Sotto tale profilo, secondo la giurisprudenza citata, non l'indebitamento dell'impresa dominante non costituisce condizione necessaria ai fini dell'imputazione della responsabilità della capogruppo.

sulla frammentarietà della lacunosa disciplina dei gruppi di fatto che, pur operando come i gruppi contrattuali e presentato i medesimi rischi per i terzi, non sono soggetti alla medesima disciplina³³⁴.

In tal senso si è ritenuta auspicabile un'evoluzione dell'assetto della normativa sui gruppi giacché né il concetto di *Konzerne*, né quello di collegamento tra imprese, pur nelle molteplici varianti che le elaborazioni giurisprudenziali hanno fornito, consentono di cogliere in maniera esaustiva e compiuta il fenomeno³³⁵.

3.3.2 I sistemi di *civil law* : (segue) la Francia

L'ordinamento giuridico francese non contempla, al contrario del sistema tedesco, una normativa generale sui gruppi di società, anche se da più parti si è riconosciuto il ruolo che i gruppi di società svolgono nello sviluppo dell'economia francese³³⁶.

La crescita significativa del fenomeno dei gruppi societari aveva portato, infatti, nel corso degli anni 70 ad un acceso dibattito sull'opportunità di regolamentare il fenomeno, sulla scorta di quanto avvenuto alcuni anni prima in Germania: ciò al fine di mitigare i potenziali effetti negativi che potevano derivare, per i creditori sociali e per gli azionisti di minoranza, dall'appartenenza di una società ad un gruppo. Tuttavia le due proposte di legislazione sui gruppi di società, portate avanti negli anni 70 (*Projet Cousté I e II*), non furono mai approvate³³⁷, con il plauso della dottrina,

³³⁴ Si veda K. VANDEKERKOVE, *Piercing the Corporate Veil*, op. cit., p. 61.

³³⁵ Si veda M. LUTTER E W. ZÖLLNER, *Il diritto delle imprese collegate in Germania*, op. cit., p. 272 secondo i quali: "L'evoluzione del diritto tedesco tenderà presumibilmente verso una maggiore flessibilità del collegamento tra determinate premesse e specifici effetti giuridici, pur dovendosi ammettere che ciò comporterà inevitabilmente una regressione sotto il profilo della certezza del diritto."

³³⁶ A. SAYAG (a cura di), *Les groupes de sociétés, une politique législative*, publications di CREDA, Paris, Litec, 1975, p. 193 e ss.

³³⁷ Ass. Nationale n° 1055, 9 aprile 1970. Si legga il testo del *Projet Cousté I*, *Riv. Soc.* 1973, 1973, p. 547 ss. e, per il *Projet Cousté II*, *Riv. Soc.*, 1977, p. 643 ss. con l'exposé des motifs e una breve presentazione di C.B. VANETTI. Per un commento si veda R. HOUIN, *Les groupes de société en droit français*, in AA.VV., *Groups of Companies in European Laws*, op. cit., p. 56.

tendenzialmente sfavorevole ad una disciplina generale di fonte normativa sui gruppi di società³³⁸.

Manca altresì, nel diritto Francese, una normativa speciale, volta a derogare al principio di responsabilità limitata delle società di capitali in circostanze di abuso; le uniche disposizioni in materia si trovano nel diritto fallimentare. In tale contesto alcune norme di legge contemplano, infatti, specifiche ipotesi di estensione della responsabilità del socio dominante in caso di insolvenza della società controllata, cui si farà breve cenno.

Giova peraltro, in via preliminare, evidenziare come la giurisprudenza francese abbia tuttavia supplito a tale mancanza di normativa mostrando particolare attenzione al fenomeno dei gruppi societari: si è quindi affrontato sotto diversi profili il tema della responsabilità del socio controllante-dominante, o di chi comunque abbia commesso atti che comportano un detrimento del patrimonio sociale, a danno dei creditori³³⁹.

a) L'indépendance juridique, i gruppi di società ed il principio Rozemblum

In mancanza di una definizione normativa dei gruppi, la dottrina francese ha posto l'accento sull'esistenza di un'"unitarietà dei processi decisionali ed economici", che caratterizza il gruppo come un'unità dotata di un approccio comune alle strategie ed alle politiche di sviluppo e di gestione dell'impresa. Si tratta di una definizione che

³³⁸ P. BISSARA, *L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions*, Rev. Soc., 1990, p. 553; Y. GUYON, *Examen critique des projets européens en matière de groupes de sociétés. Les groupes de sociétés en droit européen*, p. 155; Si veda Y. GUYON, *Le Droit des Groupes de Sociétés*, in *Atti del Convegno internazionale di Studi: I Gruppi di Società*, Milano, 1995, I, p. 198 che, in merito al progetto di legge francese sui gruppi di società, Projet Cousté, ha affermato: "*Heureusement cette tentative ne fut pas suivie d'effet, car l'avantage principal des groupes est leur souplesse. Or toute intervention législative risque de porter atteinte à celle-ci et de provoquer des réactions de rejet. L'exemple de la loi allemande de 1965 est de ce point de vue assez dissuasif car il semble que le régime des groupes de droit ne s'applique pratiquement jamais*".

³³⁹ Secondo tale giurisprudenza il fenomeno dei gruppi è meritevole di tutela e non vi è, in principio, incompatibilità con il principio della responsabilità limitata, salvo alcune eccezionali circostanze di frode o abuso perseguibili sulla base dei principi generali dell'illecito civile.

va quindi al di là del mero concetto di controllo³⁴⁰. Ogni società facente parte del gruppo è comunque dotata di *indépendance juridique*³⁴¹ giacché, anche nel diritto societario francese, il gruppo non ha autonoma personalità giuridica.

La giurisprudenza ha costantemente ricordato il ruolo fondamentale dell'indipendenza giuridica delle società facenti parte dei gruppi, ribadendo che la società madre non può agire in giudizio per tutelare gli interessi della controllata³⁴², non risponde dei debiti di quest'ultima³⁴³ né può pretendere i crediti della stessa³⁴⁴.

³⁴⁰ Si veda B. BRUN, *La prise en compte toujours accrue des groupes de société en droit de la concurrence*, *Rev. Sociétés*, n. 6, 2006; J. PAILLUSSEAU, *La notion de groupe de société et d'entreprise en droit des activités économiques*, *D.* 2003, E., p. 2349; Y. GUYON, *Le Droit des Groupes de Sociétés*, op. cit., p. 195 il quale afferma che "*Il n'existe pas, en droit français, de définition légale unique des groupes de sociétés. On considère néanmoins qu'il y a groupe chaque fois que des sociétés, bien que juridiquement indépendantes les unes des autres sont en fait soumises à une unité de décision économique. Il y a donc une opposition entre la situation de droit (indépendance des sociétés) e la situation de fait (convergence des objectifs et centralisation du pouvoir de décision)*". Secondo P. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 10^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2005, no. 641: "*Le groupe de sociétés peut être défini comme étant un ensemble de sociétés qui, tout en conservant leur existence juridique propre, se trouvent liées les unes aux autres, de sorte que l'une d'elles, la société-mère, qui tient les autres sous sa dépendance, en fait ou en droit exerce un contrôle sur l'ensemble des sociétés dominées et fait prévaloir une unité de décision*". Secondo, H. PETER, *L'action révocatoire dans les groupes de sociétés*, Helbing & Lichtenhan, Paris, 1990, p. 37 "*il est impossible de rechercher une définition absolue et polyvalente. Ce qui est possible et raisonnable c'est d'adopter une définition fonctionnelle du groupe*". Sia essa funzionale o relativa la concezione presenta due costanti: da un lato l'*indépendance juridique* della società facente parte del gruppo cui si correla l'assenza di personalità giuridica comune a tutto il gruppo, dall'altro lato l'unità economica del gruppo stesso.

³⁴¹ Si veda G. RIPERT e R. ROBLOT, (sous la direction de Michel Germain), *Traité de droit commercial*, tome 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, L.G.D.J., Paris, 19^{ème} éd., 2009, p. 723, § 2024; D. VIDAL, *Droit des Sociétés*, 6^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 2008, p. 123 § 258: "*Le principe de base reste celui de l'indépendance juridique de chaque société du groupe.*"; evidenza Y. GUYON, *Droit de Sociétés*, in Atti del Convegno, op. cit., p. 203: "*Ce splendide isolement des sociétés du groupe est conforme à l'orthodoxie juridique. Il n'a rien de répréhensible ou de frauduleux, car le droit français laisse un choix discrétionnaire entre la succursale, simple branche d'activité dépourvue d'autonomie juridique, et la filiale qui jouit de la personnalité morale.*" Principio pacifico sin nella risalente giurisprudenza: Cass. Civ., 21 novembre 1934, S. 1936, 1 289, nota di ROUSSEAU; Cass. com., 24 maggio 1982, in *Rev. Soc.*, 1983, p. 361, nota di BÉGUIN; Cass. comm. 15 ottobre 1974, in *Rev. Soc.*, 1975, p. 495, nota di Y. GUYON; Cass. comm., 4 novembre 1987, in *Rev. soc.*, 1988, p. 393, nota di G. LE CANNU; Cass. comm. 15 novembre 1994, in *Quot. Juris.*, 18 aprile 1995, nota di P.M.; Cass. comm. 200 gennaio 1998, *Bull. Joly*, 1998, p. 474, nota di DOM; Cass. comm. 27 gennaio 1998, *RTD Com.*, 1998, p. 361, nota di CHAMPAUD e DANET.

³⁴² Cass. Comm., 18 maggio 1999, *Dr. Sociétés*, 1999, n. 1287.

³⁴³ Cass. Comm., 24 maggio 1982, *Rev. Sociétés*, 1983, p. 361, nota di BÉGUIN; Cass. Comm. 2 maggio 2001 e Trib. Paris 12 giugno 2001, *Bull. Joly*, 2001, p. 1097, § 246 e 247, nota di P. SCHOLER; Cass. comm. 28 maggio 1991, *Bull. IV*, p. 129, § 182; Trib. Paris, 9 novembre 2001, *Bull.*

La presa di coscienza della dipendenza economica delle società controllate rispetto alla *holding* fino al punto da configurare le stesse un'unità all'interno del gruppo ha quindi posto il quesito se, in presenza di un interesse di gruppo, sia comunque legittimo derogare al principio della responsabilità limitata delle società di capitali. In tale ambito è fondamentale il principio elaborato dai giudici francesi nel caso *Rozemblum*, dapprima nelle sezioni penali³⁴⁵, quindi nelle sezioni commerciali³⁴⁶ della *Cour de Cassation*.

Secondo tale approccio, la società controllante di un gruppo non potrà essere chiamata a rispondere dei debiti della controllata, nella misura in cui il gruppo:

- (i) sia stabile,
- (ii) persegua una politica gestionale coerente e
- (iii) distribuisca equamente tra ciascuna società del gruppo oneri e benefici derivanti e conseguenti dall'esercizio dell'impresa in forma di gruppo.

In altri termini, secondo la giurisprudenza, si verifica un contemperamento tra gli interessi della società controllata e gli interessi del gruppo: in presenza di determinate circostanze gli interessi della controllata ben potranno essere subordinati, e quindi asserviti, a quelli del gruppo senza che ciò costituisca di per sé violazione del diritto societario né possa sanzionarsi con la soppressione del principio della responsabilità limitata.

Joly, 2002, p. 218, nota di LE NABASQUE, *Pour un groupe personnel*; Cass. Comm., 5 novembre 1974, *Rev. Sociétés*, 1974, p. 492, nota di Y. GUYON.

³⁴⁴ Trib. Paris, 26 Ottobre 2000, *Dr. Sociétés*, 2001, n. 115, nota di F.-X. LUCAS, *La société, tiers-saisi, n'a pas à déclarer les sommes détenues par une filiale situé à l'étranger*.

³⁴⁵ Cass. Crim. Fr. 4 febbraio 1985, *Dalloz*, 1985, 478, con nota di Ohl; JCP., 1986, II, 20585, nota di JEANDIDIER; *Rev. Soc.*, 1985, 648, nota di B. BOULOC. L'orientamento è stato poi seguito anche dalla giurisprudenza successiva: Cass. crim. 10 ottobre 1986, 23 *BRDA*, 1986, p. 11; Cour d'Appel de Paris, 29 maggio 1986, *Gaz. Pal.* (1986), jurisp. p. 479; Cass. crim. 13 febbraio 1989, *Rev. Soc.*, 1989, p. 692, con nota di BOULOC; Cass. crim. 23 aprile 1991, *Bull. Crim. Nt.*, 193; Cass. crim., 24 giugno 1991, 11 *Revue de jurisprudence de droit d'affaires*, 1991, n. 926; Cass. Crim. 4.9.1996, 1 *RJDA*, 1997, n. 58.

³⁴⁶ Cass. comm., 3 aprile 1990, *Rev. Soc.*, nota di Y. GUYON. Su tale giurisprudenza si veda altresì P. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris 1991, p. 92.

Ma esaminiamo in dettaglio i requisiti sopra citati.

Quanto al profilo della stabile e solida esistenza del gruppo deve sussistere una stabilità strutturale in cui le attività delle società facenti parte del gruppo stesso sono tra loro interrelate in modo da influenzarsi reciprocamente³⁴⁷. Tale coesione reciproca nelle attività istituzionali deve riflettersi³⁴⁸, da un punto di vista qualitativo, nel mantenimento di un certo livello di indipendenza delle società: la capogruppo non potrebbe quindi ignorare del tutto, e con sistematicità, gli interessi della società controllata³⁴⁹.

Il primo profilo pone le fondamenta del secondo, che ne costituisce una espressione dinamica: il coordinamento e la gestione di politiche di gruppo deve avvenire in maniera coerente³⁵⁰.

Infine, il terzo requisito, afferente al bilanciamento degli oneri e dei benefici tra le società del gruppo, non è inteso nel senso di comportare l'assunzione dell'obbligo, come nel diritto tedesco, della controllante di ripianare le passività della controllata³⁵¹.

³⁴⁷ Si veda OHL, nota a Cass. crim. 4 febbraio 1985, op. cit., p. 480.

³⁴⁸ È innanzitutto necessario un equilibrio strutturale: Cass. crim., 18 gennaio 1993, *Droit de Sociétés*, 1993, n. 101; BOULOC, nota *Rev. Soc.*, cit. p. 188.

³⁴⁹ La stabilità strutturale del gruppo non si pone solo in termini quantitativi ma richiede che vi sia una mutua e bilanciata ripartizione dei benefici e degli oneri all'interno del gruppo: una società controllata ridotta di fatto ad un mero dipartimento della controllante fa venir quindi meno la stabilità strutturale richiesta dalla giurisprudenza: BOULOC, nota *Rev. Soc.*, op. cit., p. 188.

³⁵⁰ Poche sono le specifiche elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali sulla "coerenza di gruppo" di tali politiche gestionali. Si ritiene che, nella forma, le stesse debbano essere frutto di una compartecipazione del *management* di tutte le società, piuttosto che essere autonomamente ed esclusivamente decise dalla capogruppo: si va quindi da una apposita discussione in assemblea della controllante, fino all'assunzione di corresponsabilità gestionali ripartite tra le società del gruppo: Cass. crim., 23 aprile 1991, *Rev. Soc.*, 1991, p. 785 con nota di BOULOC; HECQUARD, nota in *Gaz. Pal.*, op. cit., p. 480. Parte della dottrina ha persino ipotizzato un livello più articolato della politica gestionale di gruppo al punto da bilanciare gli interessi di ciascuna società del gruppo rispetto alle altre nonché di bilanciare gli interessi di ciascuna società del gruppo con quelli del gruppo unitariamente considerato.

³⁵¹ Tuttavia, secondo la *Cour de Cassation*, un indebitamento finanziario imposto alla controllata eccedente le proprie capacità finanziarie della stessa violerebbe tale requisito: si veda Cass. crim., 4 dicembre 1985, *Rev. Sociétés*, p. 648, *Gaz. Pal.*, 1986, p. 480; Cass. crim. 13 dicembre 1989, JCP, éd CI, II, 15784 con nota di VIANDIER e CAUSSAIN; Cass. crim., 24 giugno 1991, 11 *RJDA*, 1991, n.

La mancata osservanza del principio *Rozemblum* potrebbe avere conseguenze alquanto significative nell'ambito di un gruppo: dalla responsabilità personale degli amministratori della controllante, ove siano integrate fattispecie di reato in materia societaria, alla responsabilità della controllante per i debiti della controllata nei confronti dei creditori di quest'ultima³⁵², al diritto di recesso dei soci di minoranza³⁵³. In mancanza delle condizioni delineate con il principio *Rozemblum*, la controllante di un gruppo è tenuta ad indennizzare la controllata per poterle ordinare di agire nell'interesse del gruppo piuttosto che nel proprio. Inoltre, la responsabilità limitata della persona giuridica potrà essere derogata o addirittura eliminata, con attribuzione della responsabilità in capo al socio dominante nonché anche in capo a colui (come l'amministratore) che ha posto in essere gli atti da cui tale responsabilità discende (il *dirigeant de fait*), in ipotesi di insolvenza della controllata, anche se con rara applicazione, ove sia riscontrato un illecito civile commesso dal socio dominante mediante l'inganno o la frode.

b) La responsabilità del socio dominante da illecito e in caso di insolvenza e il *dirigeant de fait*

Secondo il diritto francese la responsabilità della società dominante per i debiti della controllata può essere affermata sulla base della disciplina generale sulla responsabilità da fatto illecito, ovvero ancora alla luce della normativa delle procedure di insolvenza.

Ad esempio, non sono mancati casi in cui la giurisprudenza, anche di recente,

926; Cass. crim., 9 dicembre 1991, *Rev. Soc.*, 1992, p. 358 con nota di BOULOC; Cass. crim., 4 settembre 1996, 1 *RJDA*, 1997, n. 58.

³⁵² Nel caso *Freuhauf*, alquanto risalente, la Corte di Appello di Parigi dispose addirittura la sostituzione del consiglio di amministrazione della società controllata con un amministratore straordinario: Cour d'Appel de Paris, 22 maggio 1965, *JCP*, 1965, éd. gen., II, 14274; si veda altresì Trib. Comm. Paris, 20 giugno 1981, *Gaz. Pal.*, 1981, *jurisp.* p. 687.

³⁵³ FORUM EUROPAEUM CORPORATE GROUP LAW, CORPORATE GROUP LAW IN EUROPE, in *European Business Organization Law Review*, 2000, vol. 1, p. 201.

ha attribuito al socio dominante la responsabilità per debiti nei confronti dei creditori della controllata, in caso di abuso ingannevole o fraudolento della struttura societaria di quest'ultima, in applicazione dei principi generali della responsabilità civile³⁵⁴ da illecito.

Così, in caso di insolvenza della controllata, è stata sancita la responsabilità del socio dominante per aver operato quale *dirigeant de fait*. Tale responsabilità si aggiunge a quella dei *dirigeants de droit*, quali gli amministratori della società controllata, ed è parzialmente disciplinata dalla legge. Si è ritenuto che il socio dominante possa essere equiparato a un *dirigeant* e possa essere ritenuto responsabile nel caso in cui:

(i) la controllata sia stata creata fraudolentemente per sottrarre una frazione del patrimonio della società capogruppo alle azioni dei creditori o per ottenere da terzi un credito che sarebbe stato altrimenti rigettato³⁵⁵;

(ii) il comportamento della casa madre sia di natura tale da far ritenere a terzi che vi sia un'impresa unitaria con la controllata, o quantomeno che la società madre sia disposta a pagare i debiti della propria controllata come se fossero debiti propri³⁵⁶;

(iii) qualora, in assenza di frode e nel rispetto dell'autonomia apparente della società controllata, la società dominante si sia immessa nella gestione

³⁵⁴ Si veda Aix en - Provence, 18 juin 1975, *Rev. Jurisp. Com.*, 1976. 95, note Calais- Auloy.

³⁵⁵ Cass. comm., 2 giugno 1987, *Bull. Cass.*, 1987, 4°, n. 132; Cass. comm., 9 maggio 1995, *RTD Com.*, 1996, p. 66, nota di CHAMPAUD e DANET; Cass. comm. 19 marzo 1996, *RTD Com.*, 1996, p. 686, nota di CHAMPAUD e DANET; Cass. ass. plén, 9 ottobre 2005, *aff. Tapie*, *Bull. Joly*, 2007, p. 57 nota di F.-X LUCAS ove si è statuito che, ove al contrario manchi un'apparenza ingannevole nessuna responsabilità potrà essere addossata alla casa madre per i debiti della controllata; Cass. 18 marzo 2008, *Bull. Joly*, 2008, p. 606, nota HANNOUN, in cui si ribadisce la responsabilità della casa madre per l'inganno perpetrato direttamente ai creditori della controllata.

³⁵⁶ Cass. comm. 25 aprile 1968, *Bull cass.*, 1968, 4, n. 133, *RTD Com.*, 1968, p. 1138; Cass. comm., 27 aprile 1970, *Bull. Cass.*, 1970, 4, n. 136; Cass. comm. 18 ottobre 1988, *Bull Joly*, 1988, p. 923, e in *Rev. dr. banc.*, 1989, p. 31, nota JEANTIN e VIANDIER; Cass. 5 febbraio 1991, *Bull. Joly*, 1991, p. 391, nota di DELEBECQUE, *Rev. soc.*, 1991, p. 545, 2^e esp., nota di BOLZE, in *Défrenois*, 1991, p. 1189, nota J. HONORAT, in *D.S.*, 1992, p. 27 con nota di CHARTIER; Cass. comm. 1 marzo 1994, *Dr. Des soc.*, 1994, n. 87, nota di BONNEAU; Cass. comm. 18 ottobre 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1317; Cass. comm. 15 novembre 1994, *RJDA*, 1995, p. 354.

della controllata con poteri ed azioni che vanno al di là dei diritti di socio o di amministratore (“*la société mère se livre à une immixtion qui dépasse les droits qu’elle tient de sa qualité d’associé ou d’administrateur*”)³⁵⁷.

Ed è soprattutto quest’ultimo orientamento, volto ad attribuire alla capogruppo una responsabilità in solido con la controllata nei confronti dei creditori di quest’ultima, ad aver suscitato un acceso dibattito in dottrina³⁵⁸.

In ogni caso preme sottolineare che i criteri sopra evidenziati, elaborati in sede concorsuale³⁵⁹, hanno suscitato ulteriori dibattiti ed allo stato sembra non potersi ancora ricavare un autonomo filone volto ad attribuire alla controllante la responsabilità dei debiti della controllata anche quando quest’ultima sia ancora *in bonis*; salvo sanzionare, secondo i principi generali, gli atteggiamenti fraudolenti³⁶⁰.

³⁵⁷ Cass. comm., 15 giugno 1993, *Dr. des Soc.*, 1993, n. 200, nota di BONNEAU, in *Rev. Soc.*, 1994, p. 730, nota di LIBCHABER, in *RTD Civ.*, 1994, p. 881, nota di GAUTIER; Cass. comm. 7 dicembre 1993, *Quot. Jur.*, 28 settembre 1993, nota P.M., Cass. comm. 3 maggio 1995, *RTD Civ.*, 1996, p. 156 nota di MESTRE, Cass. comm. 4 marzo 1997, *Bull. Joly*, 1997, p. 557, nota di DAIGRE, *Rev. soc.* 1997, p. 554, nota di DIDIER; Cass. comm. 28 marzo 2008, *Bull. Joly*, 2008, p. 602, nota di HANNOUN.

³⁵⁸ Rilevano l’assenza di autonomia e l’immistione nella gestione, pur in assenza di frode: si è anche evidenziato che si tratterebbe di un’applicazione di alcune posizioni radicali della giurisprudenza americana in materia di *piercing the corporate veil*. Si veda P. DIDIER, nota a Cass. comm., 4 febbraio 1997, in *Rev. Soc.* 1997, p. 554: “*Cet arrêt procède de manière abrupte mais intuitive à ce que la doctrine américaine appelle the lifting of the veil.*”

³⁵⁹ Si veda G. RIPERT e R. ROBLOT, (sous la direction de M. GERMAIN), *Traité de droit commercial, tome 1, vol 2, Les sociétés commerciales, cit.*, p. 723, § 2024: “*Cette jurisprudence a trouvé des applications particulièrement fournies, en même temps qu’une certaine consécration législative, dans le fonctionnement des procédures collectives de liquidation et de redressement. Lorsqu’une filiale purement fictive tombe en état de cessation des paiements, la société mère peut être déclarée directement en état de redressement ou de liquidation judiciaire [...]; il en est ainsi lorsque les patrimoines des deux sociétés ont été complètement confondus. Même si les deux sociétés se sont comportées comme des sujets de droit autonomes, l’art. 651-2 Co. Permet de faire supporter tout ou partie du passif de la filiale par la société mère qui figure habituellement parmi ses dirigeants, de droit ou de fait.*”

³⁶⁰ Tali fattispecie sono in parte disciplinate dalla legge. Con le *actions en comblement de passif*, si consente, a tutela dei creditori sociali della società controllata, di porre tutto o parte del passivo della società controllata a carico, obbligandone la copertura, alla società madre che, oltre al ruolo di socio dominante, abbia gestito direttamente la controllata figurando in tal modo, quale *dirigeant de fait*, tra i dirigenti di quest’ultima. Tale azione spetta *in primis* nei confronti degli amministratori della società controllata. Occorre comunque la prova che la società controllante abbia gestito in fatto (*dirigeant de fait*) la filiale, in termini di attiva ed abituale gestione ed alta direzione, in totale indipendenza e libertà: inoltre i creditori dovranno dimostrare la sussistenza di veri e propri errori di gestione (*faute de*

Sempre in materia fallimentare giova infine segnalare un'ulteriore soluzione giurisprudenziale che consiste nell'assoggettamento di più società del gruppo ad un'unica procedura concorsuale. Pur in assenza di una specifica norma di legge fallimentare francese, la giurisprudenza di merito tende ad applicare il fallimento a tutto il gruppo, per il solo fatto che esiste un gruppo societario³⁶¹. La *Cour de Cassation* è intervenuta limitando l'applicabilità di tale fattispecie a due casi (i) confusione dei patrimoni sociali, o (ii) fittizietà della società controllata³⁶². Ed è attorno a tale ultima fattispecie che il dibattito dottrinale contemporaneo si mostra più

gestion, ben al di là della *wrongful conduct* richiesta in circostanze analoghe dal diritto inglese, connotata da tratti di responsabilità oggettiva), ed il nesso di causalità con il danno dagli stessi subito. Art. L. 651-1 del Code de Commerce (modificato dalla *loi* n. 2005-845 del 26 luglio 2005, art. 127, ed entrato in vigore il 1 gennaio 2006). Il tema è discusso in dottrina. Si veda HANNOUN, *L'extension de la responsabilité civile au sein du groupe matériellement intégré*, in *Bull. Joly*, 1991, p. 479; SAADA, *Rapport sur la notion de groupe utilisée comme fondement de la responsabilité civile d'une société dans les engagements d'une autre société*, in *Rev. soc.*, 1980, p. 671; SCHMIDT, *La responsabilité civile dans les relations de groupe de société*, *Rev. soc.*, 1981, p. 725; FADEL RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, Paris, 1991, *passim*; D'HOIR e LAUPETRE, *L'émergence d'un droit des obligations adapté au phénomène des groupes de sociétés*, in *DS*, 1993, chr. 248; GRELON e LESSUS-LARRIVE, *La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*, *Rev. Soc.*, 2006, p. 281. In tema di *dirigeant de fait*: Y. GUYON, *Les Groupes de Sociétés (droit français)*, in Atti del Convegno, op. cit., p. 213: "La notion de dirigeant de fait n'est pas très précise. On estime généralement qu'elle suppose une activité positive et habituelle de haute gestion, en toute indépendance et liberté. Peut importe que la société mère agisse ouvertement en cette qualité ou de manière occulte, notamment par qu'elle a confié la gestion externe à des hommes de paille, dépourvus de toute initiative. C'est là évidemment le danger principal pour la société mère qui doit, si elle veut éviter des poursuites en complément de l'insuffisance d'actif, se cantonner strictement à son rôle d'actionnaire majoritaire et ne pas s'immiscer dans la gestion. Néanmoins, les condamnations d'une société mère en qualité de dirigeant de fait semblent rares". La seconda fattispecie, prevista dalla legge, consiste nel fallimento in estensione alla società dominante, con apertura di una nuova ed autonoma procedura concorsuale a carico della controllante. L'estensione potrà essere pronunciata solo nei casi previsti dall'art. 182 del *Code de Commerce* ed in particolare qualora la società madre: (a) ha posto in essere, mediante lo schermo della società controllata, atti nel proprio interesse; (b) ha disposto dei beni della società controllata come se facessero parte del proprio patrimonio; (c) ha abusato della situazione finanziaria-patrimoniale della controllata, rendendola deficitaria, per il perseguimento del proprio interesse.

³⁶¹ Trib. Paris, 20 marzo, 1986, *RJ Com.*, 1986, 294, nota di GALLET; Trib. Paris, 17 dicembre 1986, *Gaz. Pal.*, 1987, 1, p. 256; Trib. Paris, 12 maggio 1987, *D.*, 89, Somm. 5, Derrida; Trib. Versailles, 16 dicembre 1987, *D.* 88, Somm. 383, nota di HONORAT; in dottrina CRAJEFE, *L'application de la loi du 25 janvier 1985, bilan*, Nice Sophia-Antipolis, 1991.

³⁶² Cass. comm., 28 novembre 1989, *Rev. soc.*, 1990, p. 240; Cass. com. 20 giugno 1984, *Bull. IV*, p. 203, § 169; Cass. com., 20 febbraio 2001, *Dr. Soc.* 2001, n. 113, J.-P.LEGROS, *RTD com.*, 2001, p. 921.

accesso³⁶³.

Seppure, quindi, in un contesto patologico, la giurisprudenza francese dimostra decisione nel derogare, anche in mancanza di un abuso fraudolento dello schermo societario (si pensi alla gestione unitaria dei patrimoni sociali), al principio della responsabilità limitata, squarciando il velo societario con modalità non molto dissimili da quelle della giurisprudenza statunitense³⁶⁴. E di tale approccio si è anche invocata un'estensione più generale, al di fuori di circostanze di insolvenza, nel contesto dei gruppi. Il dibattito, in assenza di un intervento normativo in tal senso, è ancora alquanto aperto.

3.4. LA DISCIPLINA DEI GRUPPI IN AMBITO EUROPEO

Nell'ambito europeo, al di là delle legislazioni nazionali, diversamente elaborate nei vari paesi, si è assistito all'inizio degli anni 80 del secolo scorso ad un primo tentativo di intervento comunitario, manifestato con il progetto della IX

³⁶³ Si veda D. VIDAL, *Droit des Sociétés*, op. cit., p. 125: *“Il est vrai que la mise en œuvre du critère de l'unité d'entreprise serait malaisée et pourrait être source d'insécurité juridique, ce qui est and doute l'explication de la réticence jurisprudentielle. Il demeure que la solution de restriction aux causes traditionnelles d'extension entretient un décalage entre l'action économique et la régulation juridique. Peut-on envisager un critère intermédiaire? Il faut pour cela se référer à la source doctrinale de l'unité du patrimoine et à sa raison d'être [...] Le bon sens viendra-t-il de la consultation du droit comparé? Aux Etats-Unis, il semble bien (avec la prudence d'usage qui s'impose en pareille méthode) que l'extension soit admise (en ce sens X. Vamparys, Extension de la procédure collective aux sociétés d'un groupe en droit de la faillite aux Etats-Unis: la «substantive consolidation», Bull. Joly, 2006, § 90, p. 437, sp. P. 441 s.) «soit qu'il existe une identité significative (Significant identity) entre les deux sociétés, soit que les créancier ont traité avec les différentes entités d'un même groupe comme si elle constituaient une unité économique unique et sans considération de la personnalité morale autonome de chacune d'entre elles» (op. cit., n. 13, p. 442), soit encore (selon la jurisprudence émise en différents Etats) s'il est établi que l'ignorance de l'indépendance des entité est telle que les créancier n'ont pu traiter ces entité que comme constituante une entreprise unique, ou que leurs patrimoines étaient tellement imbriqués que leur séparation serait préjudiciable aux créanciers (op. cit. n. 23)”*.

³⁶⁴ Si veda D. VIDAL, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 125 : *“Il faudra bien, sur se, que le droit privé largue un peu de son encombrante et aveuglante carapace instrumentaliste, positiviste et trompeuse pour se tourner vers la nature des choses [...] et se rappeler que la justice n'est pas seulement l'objet d'un service public, mais aussi, à titre individuel, une vertu et à a titre collective, une finalité d'intérêt commun”*.

Direttiva, da più parti osteggiato³⁶⁵ e, infine, fallito.

In progetto di “*Nona direttiva sul diritto delle società, relativa alla gestione dei gruppi aventi come controllata una società per azioni*” era stato diffuso dalla Commissione ai fini di una consultazione nel dicembre 1984. Secondo la relazione accompagnatoria l’obiettivo era quello di garantire, a livello comunitario, da un lato l’autonomia gestionale delle singole entità del gruppo e, dall’altro lato, di impedire che le stesse potessero essere indotte ad operare a vantaggio di altre entità con conseguente proprio pregiudizio. Un simile complesso di norme, adattato al particolare contesto dei gruppi, era assente dai sistemi giuridici della maggior parte degli Stati membri³⁶⁶.

La direttiva, secondo il progetto, doveva applicarsi alle sole società per azioni giacché era eccessivamente complesso elaborare un regime giuridico comune a tutte le società di capitali dei vari paesi membri alla luce delle divergenze normative e delle peculiarità di ogni ordinamento. L’impianto normativo del Progetto di IX Direttiva era sostanzialmente basato sulla legislazione tedesca dei Gruppi di Società del 1965, l’unico modello di riferimento all’epoca, pur con alcune peculiarità e difformità frutto di compromessi raggiunti in sede di stesura della bozza di direttiva³⁶⁷. Inoltre è da notare che la direttiva si occupava solo di alcuni aspetti propri di diritto societario dei gruppi³⁶⁸ e riguardava i casi in cui una società per azioni era controllata

³⁶⁵ In argomento si veda A. PAVONE LA ROSA, *Osservazioni sulla Proposta di IX Direttiva sui Gruppi di Società*, in *Giur. Comm*, 1986, I, p. 831 e ss; A. GAMBINO, *I Gruppi in Italia alla luce del Progetto di Nona Direttiva*, *ivi*, 1987, p. 5 e ss.

³⁶⁶ Si veda G. MUSTAKI, V. ENGAMMARE, *Droit européen des sociétés*, Bâle, Bruxelles, Paris, 2009, p. 316: “*Dans le projet de neuvième directive le concept de groupe était introduit, mais sa définition évité grâce à l’utilisation, comme dans la septième directive, de critères multiples permettant de conclure à l’existence d’un groupe*”.

³⁶⁷ Si veda per un esame delle divergenze, FORUM EUROPAEUM CORPORATE GROUP LAW, CORPORATE GROUP LAW IN EUROPE, in *European Business Organization Law Review*, 2000, vol. 1, p. 265 e ss.

³⁶⁸ In altri termini il progetto di direttiva non aveva l’obiettivo di eliminare gli ostacoli giuridici al raggruppamento di imprese né tantomeno gli ostacoli alla libera concorrenza. Al contrario erano disciplinate unicamente alcune questioni di diritto delle società precipe ai gruppi: sul punto si veda É. CREEXIE, *Le droit européen (tome 2), La libre circulation des personnes et des entreprises*, Bruxelles (Nauwelaerts), 1989, p. 325, n. 638 s. Il gruppo non era qualificato come soggetto giuridico

di un'altra impresa (che poteva a sua volta essere una società per azioni, ma anche una persona fisica o giuridica)³⁶⁹.

Il Progetto venne accolto negativamente: un simile approccio era del tutto sconosciuto nella maggior parte degli Stati membri e da più parti venne ritenuto eccessivamente complesso e rigido³⁷⁰. Si decise pertanto di rinunciare a presentare una proposta ufficiale ed il progetto fu abbandonato.

Il tema è stato in seguito nuovamente affrontato da una commissione di esperti appositamente costituita, negli scorsi anni, per verificare ed approfondire le condizioni e gli obiettivi di armonizzazione del diritto societario in ambito comunitario. Con tale obiettivo il 4 novembre 2002, l'*High Level Group of Experts*³⁷¹ ha presentato la sua relazione finale "*Un quadro normativo moderno per il diritto delle società in Europa*", cui si è già accennato nel primo capitolo. In questa relazione, incentrata sul governo societario nell'UE e sulla modernizzazione del diritto delle società a livello europeo, veniva sottolineato che i gruppi di imprese svolgono un'importante funzione

autonomo: ciascuna società del gruppo manteneva la propria soggettività ed autonomia giuridica ma era legata alle altre mediante una relazione finanziaria o contrattuale che subordinava le società ad una direzione unica da cui si orientava l'attività economica di tutte le società del gruppo stesso.

³⁶⁹ Le principali caratteristiche della proposta erano le seguenti: a) una definizione di "impresa controllata" che avrebbe obbligato gli Stati membri a prevedere "contratti di esercizio del controllo", b) norme in materia di pubblicità degli azionisti nelle società per azioni, c) norme dettagliate (sezione 4) relative al comportamento di un'"impresa madre" nei confronti di una società per azioni controllata (inclusa la responsabilità dell'impresa madre per i danni arrecati alla società per azioni controllata e per i suoi debiti), d) norme dettagliate applicabili quando l'impresa madre aveva stipulato un "contratto di esercizio del controllo" con una società per azioni (sezione 5), o quando aveva fatto una "dichiarazione unilaterale che istituisce un gruppo verticale" (sezione 6), con garanzie simili a quelle previste alla sezione 4, ma con aggiunte importanti (incluso il diritto dei rappresentanti dei dipendenti presenti nel consiglio di vigilanza della società per azioni controllata, di porre il veto alle istruzioni impartite dall'impresa madre).

³⁷⁰ Si veda R. RODIERE, *Réflexions sur les avant-projets d'une directive de la Commission des communautés européennes concernant les groupes de sociétés*, Recueil Dalloz Sirey, 1977, 18^e cahier, chronique, p. 137-144, p. 143 che denuncia un "*souci d'inquisition*" del Progetto. Si veda A. PAVONE LA ROSA, Osservazioni, op. cit., p. 831 e ss. e spec. "[...] si è del parere che la formulata proposta di non direttiva CEE debba essere revisionata nelle sue linee portanti al fine di renderla più rispondente alla realtà del fenomeno che essa è intesa a regolare e conferirle un più equilibrato assetto [...]".

³⁷¹ Il gruppo era nominato dal Commissario Bolkestein nel settembre 2001 e presieduto dal professor Jaap Winter.

economica e devono essere considerati un modo legittimo di operare e si sottolineava l'opportunità di una regolamentazione della fattispecie, ma si affermava altresì che una previsione normativa generale, quale quella della IX Direttiva, rischierebbe di irrigidire il processo di integrazione del mercato interno. Quindi l'*Action Plan*, pubblicato nel 2002 e 2003 della Comunità Europea (*Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A Plan to Move Forward*) a seguito delle osservazioni presentate dell'*High Level Group of Experts* indicava, tra le materie che necessitavano di un urgente intervento, legislativo a livello comunitario proprio il fenomeno dei gruppi societari³⁷².

In linea con le raccomandazioni dell'*High Level Group*, la Commissione³⁷³ ha ritenuto opportuno non riproporre il progetto di IX Direttiva puntando, al contrario ad un intervento puntuale per regolare certi problemi specifici in settori, quali l'informazione (finanziaria e non), oggetto della Direttiva 2006/46/CE sui bilanci consolidati³⁷⁴, l'attuazione di politiche di gruppo e le piramidi societarie.

Con specifico riferimento all'attuazione delle politiche di gruppo si è auspicata l'introduzione negli ordinamenti degli Stati Membri di una normativa quadro per i gruppi, che consenta ai responsabili della gestione di una società appartenente ad un gruppo di adottare ed attuare una politica di gruppo coordinata, a condizione che gli interessi dei creditori della società siano effettivamente tutelati e che nell'arco del

³⁷² Si legge in proposito nell'*Action Plan*, rinvenibile sul sito della Comunità Europea "*Groups of companies, which are common in most Member States, are a legitimate way of doing business, but they may present risks for shareholders and creditors. More transparency can help minimise those risks. Initiatives aiming at improving the financial and non-financial information disclosed by groups are priorities for the short term. Such initiatives would aim to ensure better information on the group's structure and intra-group relations, as well as on the financial situation of the various parts of the group. The Action Plan advocates a framework rule to allow those managing a company belonging to a group to implement a coordinated group policy. It underlines the need for action against abusive pyramids, defined by the High Level Group as chains of holding companies whose sole or main assets are their shareholding in another listed company*".

³⁷³ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo, Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione europea - Un piano per progredire, COM 21.5.2003, (2003), 284, definitivo.

³⁷⁴ Direttiva 2006/46/CE del Parlamento e del Consiglio del 14 giugno 2006, in G.U.C.E. L 224 del 16.8.2006.

tempo la ripartizione dei vantaggi e degli svantaggi tra gli azionisti della società sia equilibrata.

I gruppi di società a livello comunitario sono una realtà sempre più forte nell'Unione Europea e, nel contesto del mercato comune, non mancano crescenti e continue integrazioni tra gruppi di diversi Stati membri. Tale integrazione può contribuire significativamente allo sviluppo del mercato interno e a realizzare gli obiettivi istituzionali su cui si fonda la Comunità³⁷⁵. D'altra parte ciò potrebbe comportare alcuni rischi specifici per gli azionisti e i creditori, soprattutto in termini di certezza del diritto, causati dalla mancanza di regole uniformi³⁷⁶ o quantomeno tendenzialmente armonizzate. Tale preoccupazione concerne alla soprattutto la chiarezza e precisione delle informazioni sociali da fornire agli azionisti e ai creditori sociali³⁷⁷.

3.5. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Dalla breve indagine sopra svolta emerge che diverse sono le soluzioni

³⁷⁵ Si veda FORUM EUROPÆUM CORPORATE GROUP LAW, CORPORATE GROUP LAW IN EUROPE, in *European Business Organization Law Review*, 2000, vol. 1, p. 168: "In Europe the Corporate Group has a special importance because if the acquisition or founding of subsidiaries were not legally possible, companies would not, in practice be able to avail themselves of their right of free establishment under Article 43 and 48 EC [ex Art. 52 and 58 ECT]. The connection between the right of establishment on the one hand, and the nationality of the companies on the other, leads precisely to the establishment of small and large corporate groups."

³⁷⁶ U. IMMENGA, *L'harmonisation du droit des groupes de société, La proposition d'une directive de la Commission de la C.E.E.*, *Giur. Comm.*, 1986, p. 846-856; M. LUTTER, *The Law of Groups of Companies in Europe: A Challenge for jurisprudence*, Deventer (Kluwer Law and Taxation), 1983; K. GLEICHMANN, *Bericht über die Arbeiten zur normative Erfassung des Problems der verbundenen Unternehmen, insbesondere der Konzerne, Bei der Europäischen Rechtsangleichung und im Rahmen der Schaffung Europäischen Gesellschaftsrechts*, in "Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, Eine Symposium des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht", Hamburg, 1991, pp. 581-608; Y. GUYON, *Examen critique des projets européens en matière de groups de sociétés (le point de vue français)*, in "Les groups de sociétés en droit européen", K. HOPT (éd.), Berlin, 1982, p. 155-174.

³⁷⁷ L'adeguatezza delle informazioni sociali rileva sia per ostacolare l'abuso della maggioranza nei confronti degli azionisti di minoranza, sia per consentire ai creditori sociali di avere adeguate informazioni sul grado di solvibilità della società con cui stipulano gli accordi commerciali.

adottate negli ordinamenti giuridici³⁷⁸. E da tale difformità di approccio si pone il quesito se vi possano essere eventuali diverse conseguenze per la tutela effettiva dei creditori sociali nei gruppi di società³⁷⁹.

La giurisprudenza ha sopperito, nei vari paesi, alla mancanza di una normativa generale sui gruppi di società attribuendo la responsabilità alla società dominante soprattutto mediante l'applicazione dei principi generali del diritto delle obbligazioni e del diritto societario in tema di illecito e di abuso³⁸⁰. In tal modo si è quindi imputata la responsabilità del socio *holding* per danni causati dalla controllata. Con specifico riferimento ai gruppi sono state elaborate alcune teorie giurisprudenziali, fondate sui principi generali del diritto, con l'obiettivo di tener conto della peculiarità dei gruppi e per superare, in determinate circostanze, lo schermo della responsabilità limitata (come la *enterprise law doctrine* degli Stati Uniti e il principio *Rozemblum* in Francia)³⁸¹.

In sintesi il dibattito si dipana intorno ad alcuni punti fondamentali.

Il primo punto attiene alla delimitazione dei soggetti responsabili: innanzitutto i soci controllanti, "dominanti" la società (controllata). Se la responsabilità di questi soggetti è tipologicamente comune ai vari ordinamenti, raro consenso ha trovato

³⁷⁸ G. ROSSI, *Gruppi e Diritto Societario*, in *Atti del Convegno*, op. cit., p. 19: "Si è però, in tali circostanze, abbandonata l'opinione che tendeva a qualificare esclusivamente in termini di illiceità il fenomeno del gruppo, solamente perché contrastante in astratto con la struttura autonoma e catafratta delle singole società, per abbracciare invece la tesi che prende atto che la struttura del gruppo adempie ad una funzione meritevole di tutela sul piano dell'autonomia negoziale e che semmai è la generazione delle sue funzioni, come avviene per tutti gli istituti giuridici, a dover essere sanzionata".

³⁷⁹ Si veda A. PAVONE LA ROSA, *Osservazioni sulla proposta di nona direttiva sui gruppi di società*, op. cit., p. 832 : "[...] una regolamentazione uniforme dei gruppi non può e non deve soffocare le particolari "vocazioni" delle imprese operanti nei diversi Paesi della Comunità, né può ignorare le differenze di ordine organizzativo e funzionale che caratterizzano le imprese stesse".

³⁸⁰ Non mancano, si è visto, alcune tesi volte ad attribuire la responsabilità del socio dominante nei gruppi sulla base di indici presuntivi discendenti da situazioni di dominio nei gruppi di società.

³⁸¹ Tuttavia tali teorie si sono sviluppate nel contesto delle teorie tradizionalmente applicate nei principi generali dell'illecito civile e dell'abuso del diritto tradizionalmente utilizzate in controversie aventi ad oggetto rapporti di controllo in contesti semplificati (unico azionista, socio persona fisica, assenza di gruppi). Si veda per tale osservazione K. J. HOPT, *Legal issues and the questions of policy in the comparative regulation of groups*, in *Atti del Convegno*, op. cit., p. 56.

l'approccio volto a far altresì rispondere i dirigenti e/o gli amministratori³⁸², o terzi, che abbiano agito per conto dei soci controllanti, nonché, con particolare riferimento nei casi dei gruppi di società particolarmente articolati, anche i soci di società "sorelle"³⁸³, ovvero ancora anche i soci posti al vertice della catena di controllo. La responsabilità limitata viene, in linea generale, essenzialmente derogata per imputare la responsabilità al solo socio della società "schermo" e non anche ad altri soggetti eventualmente coinvolti.

Il secondo profilo riguarda la delimitazione dell'oggetto della responsabilità, generalmente riconosciuta in relazione ai debiti della società controllata nei confronti dei creditori sociali. Pare invece isolata la soluzione, adottata dall'ordinamento tedesco³⁸⁴ in tema di gruppi "di diritto", che contempla una responsabilità organica del socio dominante il quale è obbligato, periodicamente alla fine di ogni esercizio, anche a ripianare autonomamente tutte le passività della controllata.

Un ulteriore profilo attiene all'individuazione dei soggetti meritevoli di protezione: creditori della controllata e azionisti di minoranza³⁸⁵. La tutela degli azionisti di minoranza è riconosciuta innanzitutto mediante la previsione di regole ausiliarie di informativa sociale e di gestione dei rapporti all'interno del gruppo (sotto il profilo della *governance* e dei conflitti di interesse). Minore attenzione pare essere stata adottata dalla giurisprudenza ad azioni dirette da parte degli azionisti di minoranza, ritenendosi adeguate le disposizioni già previste dal diritto societario nei rapporti tra soci di minoranza e di maggioranza³⁸⁶, salvo alcune ipotesi di abuso

³⁸² Si tratta di fattispecie previste in particolare in Francia e in Inghilterra in contesti di insolvenza della società il cui *management* è ritenuto responsabile. È fattispecie essenzialmente dottrinale invece la tesi volta ad estendere tale responsabilità anche al management della controllante.

³⁸³ È una tesi elaborata da parte della giurisprudenza americana.

³⁸⁴ Tale fattispecie era inizialmente prevista nel progetto di IX Direttiva comunitaria dei gruppi societari (poi abbandonato).

³⁸⁵ La giurisprudenza di *common law*, si è visto, ha riconosciuto il diritto a risarcimento del danno a carico del socio dominante, sia ai cd. creditori volontari della controllata sia ai creditori da fatto illecito.

³⁸⁶ Si veda E. WYMEERSCH, *Actionnaires de contrôle, actionnaires institutionnels et groupes de sociétés en droit comparé*, in Atti del Convegno, op. cit., p. 74 : "Le droit des groupes, dans la mesure où il existe en tant que discipline spéciale, est essentiellement une application du droit commun des

dell'azionista di controllo³⁸⁷.

Un filone diffuso in tutti gli ordinamenti, anche a livello legislativo oltre che giurisprudenziale, attribuisce la responsabilità dei soci di dominio in contesti patologici di insolvenza delle società controllate, imputando al socio dominante la responsabilità per debiti della controllata. Si tratta di fattispecie, non centrale nella presente indagine, che si menziona per la presenza in tutti gli ordinamenti di significativa giurisprudenza e specifiche previsioni di legge per affermare la responsabilità dei soci di controllo per i debiti delle società insolventi.

Si è visto che la protezione dei creditori e dei soci di minoranza (nei casi in cui è prevista)³⁸⁸, nell'ambito dei gruppi, avviene in base ad un approccio nella maggior parte dei casi incentrato su indici-standard³⁸⁹ di individuazione dell'impresa unitaria (pur in presenza di una pluralità di persone giuridiche autonome) anziché sulla base di regole giuridiche proprie dei gruppi societari (come invece è il caso della

sociétés, sous réserve de quelques aménagements sur lesquels on reviendra par après. Dans cette conception, les minoritaires ne sont pas préjudiciés par le seul fait qu'il y a un contrôle de la part du groupe. Par conséquent, il n'y a pas lieu de prévoir en droit des sociétés des mesures particulières relatives à l'entrée dans le groupe: la crainte d'un conflit entre les intérêts du groupe et les minoritaires ne justifie pas qu'on légifère sur le fond du problème. Ce n'est que dans la mesure où il apparaîtrait que l'actionnaire de contrôle ferait un usage abusif de son pouvoir de domination qu'il pourra être obligé soit de s'abstenir de certaines décisions, soit de garantir la société filiale contre les conséquences néfastes de sa domination, soit encore à racheter les actions minoritaire".

³⁸⁷ Si veda E. WYMEERSCH, *Actionnaires de contrôle, actionnaires institutionnels et groupes de sociétés en droit comparé*, in Atti del Convegno, op. cit., p. 81: "Dans une certaine mesure, l'intérêt du groupe pourra prévaloir sur l'intérêt propre de la société filiale".

³⁸⁸ Di talché l'interesse configgente potrebbe (e dovrebbe) comunque essere meritevole di tutela, fatta eccezione per le situazioni effettivamente patologiche, di sfruttamento abusivo dello schermo societario, che comportino evidente danno ai creditori ed agli azionisti di minoranza. In altri termini, si configurerebbe una responsabilità del socio dominante, qualificata dalle peculiarità del contesto del gruppo, in cui alla tutela della direzione unitaria si sostituirebbe la sanzione dell'abuso di tale unitaria direzione economica.

³⁸⁹ Sull'utilizzo, nell'ambito di strategie regolatorie nel diritto dell'economia, di regole – che impongono o proibiscono certi comportamenti – e di standard che riservano a giudici o a figure analoghe la precisa determinazione *ex post* dei contenuti del precetto normativo, si veda AA.VV. *Diritto societario comparato*, (a cura di L. ENRIQUES), op. cit., p.32.

Germania, almeno per quel che riguarda i gruppi contrattuali)³⁹⁰.

Invero, al di là delle divergenti modalità adottate in ciascun ordinamento³⁹¹, un elemento comune di critica che ha contribuito a limitare le deroghe al principio di responsabilità limitata riposa sulla sostanziale difficoltà di definire sotto il profilo giuridico i contorni del gruppo societario³⁹². Tali critiche hanno quindi condotto verso una teoria maggiormente sensibile a circostanze economico-fattuali concrete che diano evidenza di situazioni di abuso e quindi di illecito per giustificare il superamento dello schermo societario³⁹³. Ed è nell'individuazione degli estremi, e dei limiti, in cui configurare l'abuso (qualificato) di tale direzione unitaria nel contesto

³⁹⁰ Allo strumento giuridico utilizzato, costituito da precetti generali del diritto delle obbligazioni, si affiancano quindi elaborazioni volte a qualificare il fenomeno del gruppo societario. Ciò contribuisce ad una rivalutazione del gruppo tutelabile salvo le forme di abuso.

³⁹¹ Si veda AA.VV. *Diritto societario comparato* (a cura di L. ENRIQUES), op. cit., p. 109 ove si osserva che "La strategia delle regole, come le previsioni sulla conservazione del capitale sociale, è più efficace quando il sistema di finanziamento è di tipo conservativo e incentrato sulle banche e quando la legge o le istituzioni del mercato restringono i fenomeni di elevato indebitamento in rapporto ai mezzi propri o gli acquisti di azioni proprie. In passato, queste condizioni erano generalmente prevalenti nell'Europa continentale, con il risultato che le regole sulla conservazione del capitale rappresentavano un onere piccolo o inesistente sulle operazioni finanziarie. Oggi, invece, esse rappresentano un peso considerevolmente più elevato all'interno di un ambiente più incline al rischio e orientato al mercato." M. LUTTER, *Limited Liability Companies and Private Companies*, in *XIII International Encyclopedia of Comparative Law*, 1997, pp. 2-58, secondo cui la divergenza sarebbe altresì dovuta al fatto che gli ordinamenti di *civil law* perseguono contemporaneamente più obiettivi: ottenere conferimenti dai soci, agevolare il finanziamento delle imprese e tutelare i creditori.

³⁹² Importanti studi internazionali, anche relativamente recenti, approfondiscono le tematiche della convergenza funzionale degli strumenti e meccanismi giuridici dei diritti societari di diversi ordinamenti: si veda in particolare R.J. GILSON, *Globalizing Corporate governance: Convergence of Form or Function*, 49, *American Journal of Comparative Law*, 329, 2001; J.C. COFFEE, *The Future as History: the Prospect for Global Convergence in Corporate Governance and its Implications*, 93, *Northernwestern University Law Review*, 641, 1999.

³⁹³ L'esigenza di adottare criteri e tipologie ben definite di casi in cui poter ipotizzare il superamento della persona giuridica derogando al principio della responsabilità limitata, per evitare un pericoloso erodersi del principio di certezza del diritto è argomento diffuso nella dottrina continentale europea in particolare in quella tedesca posta a fondamento della *Konzernrecht* del 1965: si veda T. RAISER – R. VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, Monaco, 2006, § 29, p. 448 e ss. Si tratta di approcci che, beneficiando l'esame flessibile del contesto giuridico-economico cui valutare la deroga al principio della responsabilità limitata lato portano al rigetto di una "responsabilità organica" giuridicizzata dei gruppi di società. Ma tale impostazione, che da un lato mantiene il ruolo centrale del principio di responsabilità limitata, non è andata esente dalle critiche di chi, muovendo dal rischio di un'applicazione ampia di principi giuridici generali, quali l'abuso del diritto e l'*exceptio doli*, tipici dei sistemi di *civil law*, denuncia l'inevitabile contrazione della certezza del diritto che si verrebbe in tal modo a creare così svuotando il ruolo cardine della responsabilità limitata che si vorrebbe invece tutelare.

di un gruppo, il solco in cui la giurisprudenza e la legislazione dovrebbero concentrare la propria attenzione³⁹⁴. In tale contesto, il legislatore italiano ha affrontato il problema, traendo in parte spunto dalle soluzioni di altri ordinamenti esaminati nel presente capitolo, pur con significative peculiarità meritevoli di approfondimento.

³⁹⁴ Si veda AA.VV., *Diritto societario comparato*, op. cit., p. 108: “L’esperienza europea suggerisce che l’approccio francese incentrato sull’”impresa” rifletta l’attuale pratica delle strutture di gruppo in Europa meglio delle regole di indennizzo del Konzernrecht. A quanto pare né i soci di minoranza né i creditori prendono particolarmente sul serio le norme tedesche sull’indennizzo fino al momento in cui una società controllata non sia insolvente o prossima all’insolvenza, momento in cui è probabile che sia troppo tardi, perché la società controllata sarà ormai anch’essa, molto probabilmente, insolvente. Ne deriva un diffuso scetticismo sulle regole tedesche, che rende così l’approccio francese il modello principale per l’armonizzazione europea.” Si veda altresì P. HOMMELHOFF, *Protection of Minority Shareholders, Investors and Creditors: The Strengths and Weaknesses of German Corporate Group Law*, 2, *European Business Organization Law Review*, 61, 2001, p. 65; E. WYMEERSCH, *Groups of Companies*, in R.M. Bauxbaum ed al. (a cura di), *European Business Law*, 1991, p. 227.

CAPITOLO IV

LE SOLUZIONI ITALIANE AL PROBLEMA DEI GRUPPI: LE DEROGHE AL PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ LIMITATA

4.1. INTRODUZIONE

Dopo l'esame degli ordinamenti stranieri, è ora giunto il momento di analizzare la disciplina italiana in tema di gruppi di società ed in particolare di esaminare in che misura il dogma della responsabilità limitata dei soci nelle società di capitali subisce in questo contesto delle deroghe.

Come si è visto, in tutti gli ordinamenti esaminati il problema fondamentale alla base del fenomeno dei gruppi societari è che esso rivela una costante dicotomia tra unità e autonomia: unità del gruppo dal punto di vista economico gestionale e autonomia soggettiva delle singole società che ne fanno parte dal punto di vista giuridico³⁹⁵.

Anche in ambito italiano il prepotente irrompere dei gruppi societari nella scena economica ha reso sempre più necessaria ed urgente una disciplina giuridica del fenomeno dal punto di vista generale, del suo inquadramento dogmatico e del suo funzionamento, nonché dal punto di vista patologico e sanzionatorio, per la tutela di dei soggetti deboli (i c.d. *outside stakeholders*).

Tuttavia, anche in Italia, così come si è visto negli altri paesi, l'esigenza di una compiuta disciplina giuridica dei gruppi si è scontrata con una serie di problematiche.

³⁹⁵ Come affermava A. MIGNOLI, *Introduzione*, in *I gruppi di società, I quarant'anni della Rivista delle Società*, Atti del Convegno Internazionale di Venezia 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1995. p. 11 "l'avvento del gruppo sconvolge l'ordinato giardino della venerabile persona giuridica (la società per azioni). Oggi il gruppo occupa nel grande tessuto dell'impresa uno spazio sempre più ampio: alla società, stella isolata, fa seguito tutta una serie di costellazioni o, meglio, una nebulosa dai contorni incerti e mutevoli. La realtà attuale è quella dei gruppi e non quella della singola società, ed è a questa realtà che devono rivolgersi l'attenzione del giurista e la cura del legislatore".

Nei paragrafi che seguono si tenterà quindi di fornire un quadro della disciplina italiana in materia i gruppi societari. Si partirà da una breve indagine storica sull'evoluzione giuridica della "questione" dei gruppi di società nel contesto italiano, per procedere con una panoramica sulla riforma del diritto societario, facendo particolare riferimento alla, non più nuova, disciplina dell'attività di direzione e coordinamento ed alle modifiche subite dal principio di responsabilità limitata nelle S.r.l.. Si tenterà quindi di delineare un quadro, per quanto possibile completo, delle ipotesi di estensione della responsabilità e del rischio dell'impresa ai soci di società di capitali nel contesto dei gruppi societari, facendo altresì brevissimi cenni alle ipotesi di responsabilità penale, alle vicende fallimentari. Tutto ciò per valutare, infine, come tali ipotesi incidono sul dogma della responsabilità limitata dei soci e dell'autonomia patrimoniale delle società di capitali.

Si vedrà così come il principio di responsabilità limitata sia in realtà andato ampliandosi nel contesto del diritto commerciale italiano e come la strada del superamento dello schermo della personalità giuridica sia una strada in salita, lastricata di eccezioni più che di regole.

Le ipotesi di abuso della personalità giuridica appaiono per lo più risolte, nel diritto italiano, non attraverso il meccanismo del *piercing the corporate veil*, ma ricollegando le responsabilità al concreto esercizio e coinvolgimento dei soci nella gestione della società (è ciò sia nelle società individuali sia nei gruppi), sia attraverso la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, sia attraverso le altre ipotesi di etero gestione, che vanno ad affiancarsi alla responsabilità primaria degli amministratori, sia attraverso le vecchie figure, sviluppate dalla dottrina e dalla giurisprudenza antecedente alla riforma, del socio tiranno, dell'impresa fiancheggiatrice e ancora dell'amministratore di fatto.

Molte sono invece le questioni, per varie ragioni, che non saranno discusse. Si tenterà, per quanto possibile, di mantenere ristretta e sintetica la configurazione delle varie fattispecie e delle relative problematiche dal punto di vista generale, dando atto delle differenti interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali, cui per la

maggior parte si rinvia, per concentrarsi invece sull'aspetto patologico della responsabilità dei soci nell'ambito dei gruppi di società. Non sarà esaminata né la disciplina generale dei gruppi, né, ad esempio, verranno esaminati i gruppi cooperativi paritetici la cui specificità richiederebbe un'apposita e separata trattazione³⁹⁶. Neppure verrà approfondita, oltre lo stretto necessario, l'indagine sulla responsabilità contrattuale e extracontrattuale, questione che è ovviamente alla base di ogni discorso sull'eventuale superamento del principio di responsabilità limitata, ma che richiederebbe una trattazione a sé, che fuoriesce dall'impostazione e generale del presente elaborato.

4.2. EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DEI GRUPPI SOCIETARI NEL DIRITTO ITALIANO

4.2.1. Le prime impostazioni dogmatiche fenomeno

Anche nel contesto italiano, fin dall'inizio del XX secolo il "problema" dei gruppi societari era ben noto e largamente dibattuto³⁹⁷.

³⁹⁶ Si vedano, per tale ultimo argomento, fra i molti, F. GRAZIANO (a cura di), *La riforma del diritto cooperativo*, Padova, 2002; G. BONFANTE, *Sub art. 2545 septies*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario diretto da V. BUONOCORE, La società cooperativa riformata: i profili della mutualità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, I, pp. 507 ss.; E. PAOLINI, *Il gruppo cooperativo*, in *Contr. e Impr.*, 2003, pp. 619 ss.; G. COLANTONIO, *Una figura giuridica nuova: il gruppo cooperativo paritetico*, in *Riv. Coop.*, n. 2, 2004, pp. 138 ss.; G. MARASÀ, (a cura di), *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, Padova, 2004; A. BASSI, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Milano, 2004; R. GENCO (a cura di), *La riforma delle società cooperative*, Milano, 2004; Id. *Gruppi cooperativi e gruppo cooperativo paritetico*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, p.509; C. BORZAGA e A. FICI (a cura di), *La riforma delle società cooperative. Vincoli e opportunità nel nuovo diritto societario*, Trento (Edizioni31), 2004; R. GENCO, A ZOPPINI, *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)*, in *Riv. Soc.*, 2005, 4, p. 760; R. SANTAGATA, *Il gruppo cooperativo paritetico (una prima lettura dell'art. 2545-septies c.c.)*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, p. 524; Id., *Commento all'art. 2545-septies*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI ed altri, *Società cooperative*, a cura di G. PRESTI, Milano, 2006, p. 457 ss; U. TOMBARI, *Società cooperative e gruppi di imprese (gruppo cooperativo paritetico e gruppo cooperativo eterogeneo)*, in *Giur. Comm.*, 2007, 6, p. 739; .

³⁹⁷ Così P. SPADA, *Gruppi di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1992, II, p. 22, osservava che "se la comunità giuridica non ha saputo definire con persuasivo consenso l'essenza concettuale del fenomeno, essa ha pur sempre saputo individuare i punti problematici e le prospettive utili aperte alla loro soluzione".

Tale fenomeno era non solo già ampiamente diffuso nella realtà sociale, ma era anche ritenuto coerente con i valori del ordinamento, valori che trovano una piena espressione nel principio della libertà di iniziativa economica e nel principio della legittimità del controllo societario³⁹⁸. Mancava, tuttavia, un sicuro ancoraggio normativo e sono state quindi la dottrina e la giurisprudenza che, attraverso un faticoso e tortuoso percorso, hanno tentato di tracciare le linee caratterizzanti della materia sia dal punto di vista dogmatico sia dal punto di vista patologico³⁹⁹.

³⁹⁸ Come ha sottolineato U. TOMABRI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997 “alla base del gruppo vi è senza dubbio una manifestazione della libertà di iniziativa economica del soggetto di controllo. Se si considera infatti che nella libertà d’iniziativa economica di cui all’art. 41 primo comma Cost. rientra anche la libertà di scegliere l’organizzazione dell’attività che si intende svolgere la scelta di costituire un gruppo equivale alla scelta di esercitare la propria iniziativa economica attraverso più centri d’imputazione, le società del gruppo direttamente o indirettamente controllate” p. 5 e ss..

³⁹⁹ I primi studi sistematici sulla materia si possono far risalire agli anni 30 del secolo scorso. Sono di quegli anni le prime due opere di carattere monografico sul tema: F. MESSINEO, *Le società di commercio “collegate”*, Padova, 1932 e V. SALANDRA, *Il diritto delle unioni di imprese (ConSORZI e gruppi)*, Padova, 1934. Per ulteriori riferimenti si vedano, tra i moltissimi che si sono occupati delle problematiche relative ai gruppi, C. VIVANTE, *Le società finanziarie (holdings) e la loro responsabilità*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1935, I, p. 593; V. PASTERIS, *Il “controllo” delle società collegate e le partecipazioni reciproche*, Milano, 1957; B. LIBONATI, *Holding e investment trust*, Milano, 1959; Id., *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981; AA.VV., *La disciplina dei gruppi di società nella “novella” del 1974*, Milano, 1978; P.G. JAEGER, *I gruppi tra diritto interno e prospettive comunitarie*, in *Giur. Comm.*, 1980, I, pp. 916 e ss.; Id., *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. Comm.*, 1994, I, pp. 476 e ss.; G. SBISÀ, *Il gruppo di società nell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (criteri di individuazione)*, *Giur. Comm.*, 1980, I, pp. 257 e ss.; AA.VV., *Il gruppo di società e il bilancio consolidato di gruppo*, Milano, 1981; G. LA VILLA, *Società strumentali e profili di responsabilità*, Milano, 1981; G. FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese. Esperienze e proposte*, Atti del Convegno di studi tenutosi a Bellagio il 19-20 giugno 1981, Milano, 1982; A. PAVONE LA ROSA, *I Gruppi di società, contributi per uno studio critico*, Bologna, 1982; Id. “Controllo” e “gruppo” nella fenomenologia dei collegamenti societari, in *Dir. fall.*, 1985, I, pp. 10 e ss.; Id., *Le società controllate – I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 2**, Torino, 1991, pp. 581 e ss.; F. CHIOMENTI, *Osservazioni per una costruzione giuridica del rapporto di gruppo fra imprese*, in *Riv. Comm.*, 1983, I, pp. 257 e ss.; C. ANGELICI, *La partecipazione azionaria della società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. XVI, t. 2, Torino, 1985, pp. 330 e ss.; Id., *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *Jus*, 1991, pp. 155 e ss.; A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e Impr.*, 1986, pp. 737 e ss.; B. VANETTI, *Il gruppo nello Statuto della impresa e nella legge Prodi*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1986, pp. 747 e ss.; M. AMMENDOLA, *Unità direzionale e organizzazione del rapporto di gruppo*, in *Riv. Soc.*, 1986, pp. 1262 e ss., AA.VV., *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, 1987; R. ALESSI, *La disciplina dei gruppi multinazionali nel sistema societario italiano*, Milano, 1988; F. SETTE, *Dal gruppo di imprese all’impresa di gruppo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, I, pp. 267 e ss.; F. DI SABATO, *Concentrazioni e gruppi nel diritto interno*, *Giur. Comm.*, 1988, I, pp. 528 e ss.; G. SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo di imprese*, Milano, 1990; AA.VV., *Il gruppo di imprese nella realtà giuridica italiana*, Padova, 1990; L. A. BIANCHI, *Informazione societaria e bilancio consolidato di gruppo*, Milano, 1990; M. BIN, *Gruppi di società e diritto commerciale*, in *Contr. e Impr.*, 1990, pp.

Per quanto riguarda l'individuazione della fattispecie, si ricorda in primo luogo che, mentre il Codice di Commercio del 1882 nulla diceva in materia di controllo e di gruppi di società, il Codice Civile del 1942 se ne occupava, seppur in via limitata e con un'unica disposizione (art. 2359 c.c.). L'art. 2359 c.c., avente ad oggetto il "controllo" fu poi modificato con la successiva Legge n. 216 del 1974, che introduceva una disciplina più analitica delle ipotesi di controllo e prevedeva specifici divieti in relazione alle partecipazioni incrociate ed alla diluzione del capitale sociale.

Ma già sul concetto di "controllo" e sul rapporto problematico di tale nozione con quella di "gruppo" sono sorti i primi dibattiti: da un lato, vi erano coloro che reputavano il concetto di gruppo coincidente con quello di controllo, e dall'altro lato, coloro che, invece, ritenevano che per l'integrazione della fattispecie fosse necessario l'elemento ulteriore della direzione unitaria⁴⁰⁰. L'evoluzione legislativa, e l'introduzione della legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, introducendo normativamente il concetto di "direzione unitaria", hanno poi dato ragione a tale seconda impostazione, che ha così finito per prevalere.

507 e ss.; R.M. PETRICCIONE, *Gruppi di società*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. commerciale*, VI, Torino, 1991, pp. 429 e ss.; D. PETTITI, *Il gruppo di imprese o società*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1992, I, pp. 827 e ss.; F. VELLA, *Le società holding*, Milano, 1993; F. FENGHI, *Riflessioni sui gruppi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1994, I, pp. 437 e ss.; M. LAMANDINI, *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, Milano, 1995; A. CERRAI, *I gruppi di impresa nell'esperienza giuridica europea*, in *Riv. Soc.*, 1995, pp. 389 e ss.; AA. VV., *I gruppi di società, Atti del Convegno internazionale di studi - Venezia*; 16-17-18 novembre 1995, a cura di P. BALZARINI- G. CARCANO - G. MUCCIARELLI, 3 voll., Milano 1996; G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996; U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, op. cit.; G. LEMME, *Il "governo" del gruppo*, Padova 1997; N. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, op. cit.; F. GALGANO, *I gruppi di Società*, Torino, 2001; N. ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica*, Padova, 2002.

⁴⁰⁰ Tra coloro che aderivano alla prima impostazione si può citare B. LIBONATI, *Holding e investment trust*, op.cit.. L'opposta tesi è stata sviluppata in particolare da A. PAVONE LA ROSA, *La responsabilità da "controllo" nei gruppi di società*, in *Riv. Soc.*, 1984, *passim*; P.G. JAEGER, *I "gruppi" tra diritto interno e prospettive comunitarie*, op. cit.; M. AMMENDOLA, *Unità direzionale e organizzazione nel rapporto di gruppo*, op. cit.; G. SBISÁ, *Il gruppo di società*, op. cit., esclude invece l'esistenza di univoche nozioni di gruppo e controllo nel nostro ordinamento; G. LEMME, *Il "governo" del gruppo*, op. cit., il quale afferma che il gruppo è individuato sulla base di tre caratteristiche "essenziali ed irrinunciabili": rapporto di controllo, direzione unitaria, interesse di gruppo. Da ultimo giova citare G. MINERVINI, *Intervento*, in AA.VV., *Il gruppo di società e il bilancio consolidato di gruppo*, Milano, 1981, p. 66-67, il quale distingue tra gruppi accentrati e gruppi decentrati a seconda che la direzione unitaria manchi del tutto ovvero sia essenziale alla struttura funzionale.

Sotto il profilo strutturale, l'opinione da sempre più diffusa, riconosceva nel gruppo un fenomeno unitario solamente sul piano economico, cui corrispondeva tuttavia, sul piano giuridico, una pluralità di società distinte. In tal senso la giurisprudenza di legittimità è stata a lungo fortemente ancorata al principio di separatezza, dal punto di vista giuridico, delle società del gruppo, tanto da opporre seria resistenza ai tentativi di superamento di tale principio, anche in ipotesi di evidente abuso⁴⁰¹.

Un approccio maggiormente elastico si poteva ritrovare nella giurisprudenza in materia di diritto del lavoro, ove si affermava che l'autonomia giuridica delle società del gruppo non valeva ad escludere l'imputabilità alla capogruppo del rapporto di lavoro, ma ciò solo ogni volta che fosse evidente un "abuso" una "frode" o "una simulazione"⁴⁰².

Particolarmente rilevante, nel percorso di riconoscimento dei gruppi di società, quale modello organizzativo dell'impresa, sia positivo dal punto di vista economico, sia meritevole di tutela dal punto di vista giuridico, è la sentenza Caltagirone del 1990 (Cass. Civ. n. 1439/1990). La sentenza in questione, pronunciandosi su una fattispecie teoricamente riconducibile alla figura della *holding* persona fisica, ha

⁴⁰¹ Secondo la giurisprudenza "il gruppo di imprese non costituisce un soggetto giuridico o comunque un centro di interessi autonomo rispetto alle società collegate" (Cass. Civ. 8 maggio 1991 n. 5123, in *Foro It.* 1992, I, p. 817). Nello stesso senso si vedano, tra le molte, anche, Cass. Civ. 23 novembre 1987 n. 8659, in *Giust. Civ. Mass.* 1987 fasc. 11; Cass. Civ. 8 luglio 1988 n. 4523, in *Giust. Civ. Mass.* 1988, fasc. 7; Cass. Civ. 21 gennaio 1999 n. 521, in *Corr. Giur.* 1999, p. 1529; nel merito App. Roma 1 luglio 1985 in *Foro It.* 1986, I, p. 781; Tribunale di Napoli, 19 marzo 1985 in *Riv. Dir. Comm.* 1988, II, p. 251, App. Milano 11 luglio 1991, in *Le Società* 1991, p. 1664.

⁴⁰² Così la Corte di Cassazione aveva affermato che "il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società di un medesimo gruppo non comporta il venir meno dell'autonomia delle singole società dotate di personalità giuridica distinta, alle quali continuano a far capo i rapporti di lavoro del personale in servizio presso le distinte e rispettive imprese; pertanto non è di per sé solo sufficiente a far ritenere che gli obblighi inerenti ad un rapporto di lavoro subordinato, intercorso tra un lavoratore ed una di tali società, si estendano ad altre dello stesso gruppo", ma tale principio non vale ad escludere, peraltro, "la possibilità di ravvisare un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro - anche ai fini della sussistenza o meno del requisito numerico necessario per l'applicazione della cosiddetta tutela reale del lavoratore licenziato - ogni volta che vi sia una simulazione o una preordinazione in frode alla legge del frazionamento di un'unica attività fra vari soggetti" (Cass. Civ., sez. Lav., 3 agosto 1991 n. 8532, in *Giur. It.* 1992, I, 1, 1997; sempre sul punto si veda anche Cass. Civ. 1 aprile 1999 n. 3136, in *NGL*, 1999, p. 467; e Cass. Civ. 23 agosto 2000 n. 11033, in *Giust. Civ. Mass* 2000, 1824).

riconosciuto che una persona fisica può essere qualificata come *holding* qualora eserciti attività imprenditoriale, in maniera professionale, con propria organizzazione, e spendita del nome. Secondo tale sentenza, unico limite alla legittimità del fenomeno dei gruppi societari e della direzione unitaria da parte della controllante è costituito dal divieto di porre in essere atti pregiudizievoli per le singole controllate⁴⁰³.

⁴⁰³ La rilevanza storica della sentenza in esame, Cass. Civ. 1439/1990, è subito evidente se sol si pensa che è stata pubblicata in quasi tutte le riviste con commenti di innumerevoli autori: in *Giur. It.*, 1990, I, 1, pp. 713 e ss., con nota di R. WEIGMANN; in *Giust. Civ.*, 1990, I, pp. 622 e ss., con nota di F. FARINA, *Società holding, holding personale ed attività d'impresa*, *ivi*, pp. 2911 e ss.; in *Dir. Fall.*, 1990, II, pp. 1005 e ss., con nota di U.I. STRAMIGNONI, *Il fallimento della società collaterale*; in *Il Fallimento*, 1990, pp. 495 e ss., con nota di F. LAMANNA, *La holding quale impresa commerciale (anche individuale) e il dogma della personalità giuridica*; in *Le Società*, 1990, pp. 598 e ss., con nota di G. SCHIANO DI PEPE, *L'imprenditore holding*; in *Giur. Comm.*, 1991, II, pp. 366 e ss., con nota di N. RONDINONE, *Esercizio della direzione unitaria ed acquisto della qualità d'imprenditore commerciale*; in *Riv. Dir. Impr.*, 1991, pp. 316 e ss., con nota di A. JORIO; in *Riv. dir. Comm.*, 1991, II, pp. 515 e ss., con note di B. LIBONATI, *Partecipazione in società ed esercizio di attività economica in forma d'impresa*, *ivi*, pp. 552 e ss. e di L. SAMBUCCI, *L'attività mediata dell'impresa holding: l'art. 2361 c.c.*, *ivi*, pp. 564 e ss.. Sul punto si veda anche F. GALGANO, *L'oggetto della holding è, dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. e Impr.*, 1990, pp. 401 e ss.; P. SPADA, *Della permeabilità differenziata della personalità giuridica nell'ultima giurisprudenza commerciale*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, pp. 429 e ss. Giova qui, anche tenuto conto della rilevanza della sentenza in esame, citare alcuni passi di tale sentenza. Per quanto riguarda il riconoscimento dell'importanza dei gruppi, si legge: *"il modello organizzativo delineato, pur se costituisce una novità, nel suo assetto organizzativo, rispetto alla concezione atomistica dell'impresa societaria da cui muove il nostro codice civile, non solo costituisce quello generalmente attuato dai più importanti gruppi privati italiani, ma ad esso si ispira anche la struttura dei nostri gruppi pubblici, corrispondendo alle più moderne esigenze organizzative e funzionali delle imprese di grandi dimensioni in un'economia di mercato in fase avanzata. L'utilità che da esso deriva sul piano della pianificazione e dello sviluppo della produttività delle imprese, può in linea generale fare ritenere meritevole di tutela giuridica la sussistenza di quelle aggregazioni imprenditoriali che allo schema indicato si uniformino; né le possibilità elusive, da valutare e sanzionare caso per caso, possono annullare l'utile funzione, nell'evoluzione di una economia avanzata, del modello strutturale ed operativo indicato. [...]"* ed ancora *"Come è stato autorevolmente sostenuto, in un'organizzazione del tipo indicato, non vi è nulla di irrimediabilmente in contrasto con il vigente sistema normativo, purché si rispetti il limite che le deliberazioni esecutive non devono causare pregiudizio alle singole controllate. Il limite del vincolo, rispetto alle direttive della holding, per gli amministratori delle società controllate, quindi, sta proprio nella tutela dell'interesse della singola società, apprezzato dai suoi stessi amministratori [...]"*. Per quanto riguarda le caratteristiche essenziali del fenomeno il giudice di legittimità dichiarava che *"La direzione economica unitaria e l'autonomia formale delle imprese partecipanti al gruppo costituiscono momenti qualificanti del fenomeno. [...] La direzione unitaria si differenzia dal semplice controllo, in quanto quest'ultimo costituisce una situazione potenziale di esercizio di influenza dominante, mentre per l'esistenza del gruppo è necessario l'esercizio effettivo di detta potenzialità. Inoltre la direzione unitaria del gruppo, ancorché alla sua base vi sia il fenomeno del controllo, si evolve rispetto ad esso con una diversificazione qualitativa, se non altro perché il controllo è un fenomeno che può riguardare un'unica controllante ed unica controllata, mentre la direzione unitaria del gruppo ha come caratteristica essenziale la pluralità delle controllate, coordinate dall'unica controllante in un'organizzazione imprenditoriale complessa (dal punto di vista economico)"*. Tale sentenza ha inoltre individuato il

Veniva così posto l'accento su uno dei principali problemi del fenomeno dei gruppi societari, ovvero la questione del conflitto di interessi. Il conflitto di interessi è infatti un problema endemico dei gruppi societari dal momento che l'interesse della controllante è riferito all'andamento dell'intero gruppo e può ben discostarsi da quello dei soci minoritari delle singole società controllate, che invece continuano ad avere riguardo esclusivamente all'andamento ed ai risultati della singola società cui partecipano. Basti in proposito pensare che, quando una società partecipa ad un gruppo, può risultare razionale una sua conduzione non improntata a criteri di economicità (come si è visto nel capitolo 2 che precede).

Dottrina e giurisprudenza hanno a lungo dibattuto sull'ammissibilità di un concetto unitario di interesse di gruppo⁴⁰⁴, per giungere infine all'elaborazione della teoria dei c.d. vantaggi compensativi, che pur riconoscendo la meritevolezza degli

perimetro ed i parametri in virtù dei quali può riscontrarsi la sussistenza di una *holding* societaria o individuale a capo di un gruppo di società, che possono qualificarsi imprenditore commerciale se “*con apposita organizzazione e continuità professionale, esercitano un’attività di direzione, coordinamento e programmazione delle società commerciali controllate, idonea ad incrementare sul piano economico i profitti (in tal caso l’impresa è comune a più imprenditori, ossia le società che l’esercitano direttamente e 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 servizio resi alle società commerciali controllate, purché tale attività sia svolta in nome proprio ed economicamente remunerata*”. In tale contesto la Corte abbracciava la teoria dell’oggetto sociale della *holding* quale oggetto mediato, che consisterebbe nell’esercizio indiretto, tramite i poteri di direzione, della stessa attività posta in essere dalle società controllate. Tale impostazione è stata peraltro criticata da chi considerava l’attività di direzione e di coordinamento già, di per sé, attività di impresa avente un oggetto specifico e peculiare. Si veda in proposito, fra tutti, G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, op. cit..

⁴⁰⁴ La formula linguistica “interesse di gruppo” è ampiamente utilizzata per diversi fini dalla dottrina italiana, la quale, tuttavia, si esime dal fornirne una definizione e dal darvi un riconoscimento positivo. Tra gli autorevoli interventi in materia, si vedano, F. FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, op. cit., 81 ss.; A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, op. cit., il quale è tra i primi ad affermare l’esigenza di studiare tale fenomeno “*Piaccia o non piaccia, lo si dica sottovoce o apertamente, ci sia o no una disciplina dei gruppi, la verità è che oggi esistono società a sovranità limitata; società che vivono di vita riflessa e della controllante seguono l’ascesa e il declino; società alieni iuris; società che fanno parte, per usare il linguaggio brutale della stampa e della borsa, di una “scuderia”. Questa essendo la situazione reale, occorre individuare e ridefinire l’interesse sociale nei suoi nuovi atteggiamenti e contenuti*”: p. 737. Si vedano inoltre sull’argomento U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, op. cit., p. 220 ss.; F. SPADA, *L’amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in Aa.Vv., *Il gruppo di imprese nella realtà giuridica italiana*, Padova 1990, p. 32 ss; G. SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo di imprese*, Milano, op. cit.. e infine, per uno sguardo d’insieme, V. BARCA, *Interesse di gruppo e qualificazione del contratto*, in *Giust. Civ.* 1999, 11, 3095.

interessi extrasociali di gruppo, eventualmente anche a discapito delle singole controllate, afferma che la legittimità di tali interessi va valutata alla luce del risultato complessivo del gruppo, tenendo in considerazione i vantaggi di cui le controllate possono beneficiare per l'appartenenza al gruppo stesso⁴⁰⁵.

⁴⁰⁵ In tal modo si riconosce la meritevolezza di tutela degli interessi realizzati tramite la direzione unitaria in considerazione dei vantaggi di cui possono beneficiare le società facenti parte del gruppo (sia sotto il profilo finanziario, in termini di affidamento, anche creditizio, che sotto il profilo industriale, in termini di realizzazione di economie di scala e di utilizzazione di servizio di comune interesse). Tra i principali studiosi che hanno sviluppato la teoria dei vantaggi compensativi si veda in particolare P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, p. 710 ss.; Id., *Operazioni intragrupo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*, nota a Cass. civ. sent. 5 dicembre 1998 n. 12325, in *Giur. it.*, 1999, p. 2317; Id., *Persona, giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999, p. 98; Id., *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, p. 624. La teoria dei vantaggi compensativi è stata poi elaborata secondo due diverse accezioni: (i) la visione elastica, secondo cui la conformità all'interesse sociale delle scelte immediatamente negative per la società deriverebbe dal solo fatto di essere dotate di razionalità e coerenza rispetto ad una politica economico-finanziaria di gruppo e ritenendo quindi di poter includere nel novero dei vantaggi "compensativi" anche quelli meramente ipotetici. Secondo tale impostazione sarebbe sufficiente quindi una "compensazione virtuale" correlata alle politiche di gruppo ed ai vantaggi conseguiti tali da compensare la politica della società danneggiata; e (ii) la visione rigida, che invece richiede una valutazione matematica e strettamente quantitativa dell'effetto compensativo, in cui possono essere presi in considerazione solamente i vantaggi concreti e attuali. Si richiede, quindi una compensazione effettiva perché possa ritenersi lecito l'atto posto in essere. Per una rassegna delle diverse teorie si veda N. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999, p. 600; F. DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni virtuali*, *Giur. Comm.*, 2000, p. 338; S. ROSSI, N. ABRIANI, P. MONTALENTI, F. MUCCIARELLI e R. SACCHI, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. Comm.*, 2002, p. 613 e ss; R. GISMONDI, *Il conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Dir. Fall.*, 1998, I, p. 174 e ss. Vi è inoltre una teoria alternativa non recente che prevedeva non la semplice compensazione ma la redistribuzione del vantaggio di gruppo. Si veda per tali osservazioni G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, op. cit., p. 204. Parte della dottrina ha contestato la teoria dei vantaggi compensativi rilevando principalmente che la possibilità di una compensazione tra l'atto dannoso e il vantaggio per la singola società derivante dall'appartenenza al gruppo non potesse comunque escludere la sussistenza di un conflitto tra l'interesse particolare (ossia l'interesse di gruppo) di cui è portatore l'amministratore e l'interesse della singola società. Si veda A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, op. cit., 728 e ora in *La società per azioni. Problemi-Lettere-Testimonianze*, Milano, 2002, I, 123. Per un esame, seppur sommario, della giurisprudenza sul punto si vedano, *inter alia*: Cass. Civ. sent. 5 dicembre 1998 n. 12325, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 3095; Cass. Civ., sent. 21 gennaio 1999 n. 521, in *Giust. Civ.*, 1999, 1529, ove si legge : "in nome dell'interesse o logica di gruppo non può essere sacrificato il patrimonio delle singole società, ove questa non consegua, sia pure in via indiretta, un preciso vantaggio da un'altra operazione posta in essere secondo l'indirizzo economico unitario"; Cass. Civ. 6 marzo 1999, n. 1925 in *Giur. Comm.*, 2000, II, p. 168; Cass. Civ. 1 aprile 1999, n. 3136; Cass. Civ. 14 settembre 1999, n. 9795 in *Giur. Comm.* 2000, II, p. 168. E da ultima, intervenuta appena dopo la riforma del diritto societario, si veda Cass. 24 agosto 2004, n. 16707, in *Le Società*, 2005, n. 2, p. 164, con nota di G. CIAMPOLI, *I "vantaggi compensativi" nei gruppi di società*, ove si legge "L'autonomia soggettiva e patrimoniale che pur sempre contraddistingue ogni singola società appartenente ad un gruppo impone all'amministratore di

4.2.2. Le prime soluzioni prospettate per i casi patologici di “abuso”

Altro problema rilevante creato dal fenomeno dei gruppi societari è stato ovviamente quello di individuare le forme ed i meccanismi per sanzionare efficacemente le distorsioni (gli abusi) che spesso e volentieri caratterizzano tale struttura di impresa, su cui la dottrina e la giurisprudenza italiana sono state chiamate a pronunciarsi soprattutto in relazione al momento patologico dell'insolvenza⁴⁰⁶.

In tale contesto, prima ancora di porsi come specifica questione legata al fenomeno dei gruppi, il dibattito è stato alimentato dal più generale problema dell'“abuso della persona giuridica”, vale a dire dell'utilizzo anormale e patologico della forma societaria.

Il concetto di “abuso” della persona giuridica trae ovviamente spunto dal più generale concetto di abuso del “diritto”⁴⁰⁷, cui si è già brevemente accennato nei precedenti capitoli.

perseguire prioritariamente l'interesse della specifica società cui egli è preposto; e dunque non gli consente di sacrificarne l'interesse in nome di un diverso interesse che, se pure riconducibile a quello di chi è collocato al vertice del gruppo, non assumerebbe alcun rilievo per i soci di minoranza e per i terzi creditori della società controllata”, anche se non è del tutto agevole comprendere per quali delle due teorie (rigida o elastica) la Suprema Corte abbia voluto propendere. Si vedano in ogni caso sul punto i successivi paragrafi 4.4.4 e 4.4.5.

⁴⁰⁶ F. FIMMANÒ, *I “gruppi” nel Convegno internazionale di studi per i quarant'anni della Rivista delle società*, Riv. Notar., 1996, p. 503 e ss. segnalava correttamente come il riconoscimento del fenomeno dei gruppi “è quasi costantemente avvenuto nella fase patologica, quando, a scopi diversi, si è dovuto procedere a far emergere, quasi a stanare, il gruppo dai fortini e dalle difese poste dal diritto societario e soprattutto dal principio della responsabilità limitata del socio e dai dogmi della persona giuridica”

⁴⁰⁷ La figura dell'abuso concerne, sotto un profilo concettuale, ipotesi in cui un comportamento, che formalmente integri gli estremi dell'esercizio del diritto soggettivo, debba ritenersi però privo di tutela nell'ordinamento sulla base di criteri “non formali” di valutazione. In particolare, l'esercizio di un diritto è suscettibile di sconfinare nell'abuso ogni volta che il soggetto si serva delle facoltà e dei poteri assegnati – facendo ricorso allo schermo protettivo di una fattispecie normativa – per perseguire un interesse diverso. I criteri in base ai quali poter effettuare la valutazione di non meritevolezza di tutela di un determinato esercizio del diritto sono tradizionalmente riconducibili a due filoni: “*La prima versione, di ispirazione cattolica, giudica l'atto secondo un metro di ordine morale, che trascende i rapporti sociali; la seconda, di ispirazione laica e solidaristica, fonda invece il giudizio sulla congruità dell'atto ai valori “sociali” fatti propri dal sistema*”, così C. SALVI, *Abuso del Diritto*, I) *Diritto Civile*, in

L'abuso del diritto è, come visto, una categoria giuridica che sorge dall'esigenza di equità e di porre un freno all'esercizio di diritti effettuato secondo modalità "censurabili", che creano una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio subito da terzi, assoggettando l'esercizio di tali diritti ad un giudizio di merito, ulteriore rispetto a quello della formale conformità alla legge⁴⁰⁸. Lo strumento dell'abuso del diritto è quindi certamente una potente arma in

Enc. Giur. p. 1. L'importanza e la criticità della tecnica di valutazione è evidenziata da G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, Ragionevolezza e Logica Giuridica*, a cura di G. MANIACI, Milano, 2006, p. 128 secondo il quale "Ovviamente, la determinazione dello specifico criterio di valutazione alla luce del quale giudicare abusivo l'atto di esercizio del diritto è l'elemento che contrassegna le diverse teorie dell'abuso del diritto che si contendono il campo". Osserva, sul punto C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, pp. 108-109, che l'abuso potrebbe verificarsi: "sia quando manchi una disposizione espressa che sanzioni un eventuale abuso (quali sono, ad esempio, quelle che vietano l'emulazione e la minaccia di far valere un diritto); sia quando l'interesse sotteso all'iscrizione del diritto non sia espressamente individuato dalla norma, e – conseguentemente – meno visibile risulti, sul piano della fattispecie normativa, la direzione delle prerogative riconosciute al soggetto alla sua realizzazione. Ma la circostanza che l'interesse non sia espressamente definito dalla norma non significa che l'ordinamento tolleri un esercizio arbitrario delle facoltà e dei poteri che costituiscono il contenuto del diritto; il diritto è uno spazio di libertà, non di arbitrio; e alla sua attribuzione è sempre sotteso, pur se non esplicitamente individuato, un interesse". In altri termini si tratterebbe di una ipotesi in cui l'attribuzione di un certo diritto, effettuata in via generale ed astratta dall'ordinamento, finisce per disattendere nel caso concreto le finalità che la giustificano o, comunque, finisce per determinare una situazione che l'ordinamento non dovrebbe tollerare (ad esito dell'applicazione di un criterio giuridico o extra giuridico di valutazione).

⁴⁰⁸ Si veda S. RODOTA', *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1967, I, p. 87 che individua l'elemento più significativo nel panorama giuridico: "nel venir meno di taluni privilegi [...] del soggetto privato. Ci si trova in presenza di settori in cui ad un sistema di immunità si sostituisce un sistema di più vasta responsabilità dell'azione". Secondo parte della dottrina l'abuso del diritto trae, in senso lato, le proprie origini dall'*exceptio doli generalis*, antico istituto del diritto romano applicato in ambito processuale, con il quale si consentiva al giudice di "correggere" l'esercizio di un diritto quando si appalesava contrario all'equità. Per una ricostruzione delle regole fondamentali, derivate dal diritto romano, e dalle massime utilizzate nella definizione dell'abuso e dell'emulazione si veda S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana*, in *Bull. Ist. Dir. Rom.*, XLVI, 1939, pp. 1 e ss.; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1977, pp. 180 e ss. il quale afferma che la regola fondamentale, in riferimento alla discriminazione delle rispettive sfere di libertà di azione sarebbe data da ULPIANO, sulle orme di ARISTONE, in D. 8, 5, 8 § 5: "*in suo [...] alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*". La regola secondo la quale "*Qui iure suo utitur neminem iniuria facit; iuris executio non habet iniuria*" per S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile, V, la proprietà*. Milano, 1938, p. 108 rappresenta il pilastro della costruzione dell'abuso del diritto romano. Si veda inoltre S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino, 1950, pp. 158 e ss. Tuttavia, esclude che si possa parlare di abuso del diritto in senso proprio nel sistema giuridico del diritto romano G. GROSSO, *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, pp. 161-163. Secondo tale autore la teoria dell'abuso del diritto propriamente intesa non poteva trovare cittadinanza in ordinamenti non caratterizzati da un dualismo delle fonti nel senso della distinzione tra organi autorizzati alla formulazione di regole generali ed astratte ed organi demandati

mano ai giudici, che consente di adeguare il diritto alle esigenze del caso concreto, ma è anche uno strumento capace di aprire varchi immensi alla certezza e prevedibilità del diritto.

L'istituto, nonostante le critiche, ha di recente conosciuto sempre maggior fortuna⁴⁰⁹, ed è persino considerato un principio generale del diritto comunitario⁴¹⁰.

alla loro applicazione nel caso concreto. Si veda altresì A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, op. cit., pp. 6. Si veda G.B. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2007, p. 155 il quale osserva che "L'*exceptio doli* era un istituto del diritto romano, che trovava origine all'interno del processo formulare. Essa era accordata quando l'esercizio di un diritto da parte del titolare appariva in modo evidente contrario all'equità. In queste ipotesi lo *ius strictum* veniva "corretto" dal pretore e ricondotto alla *naturalis aequitas*. La figura si iscrive quindi nella tipica struttura del sistema romano, composta da *ius civile* e da *ius honorarium*. [...] Nel diritto romano esistevano due tipi di *exceptio doli*: 1) *exceptio doli generalis seu praesentis*: eccezione volta a paralizzare l'esercizio attuale di un diritto che, *iure stricto*, effettivamente competerebbe ad un soggetto, qualora tale esercizio urtasse contro l'equità; 2) *exceptio doli praeteriti*: eccezione volta ad invalidare un negozio giuridico concluso a seguito di artifici e raggiri posti in essere a danno di uno dei contraenti (e quindi in base a circostanze pregresse, passate, preterite"; F. RANIERI, *Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du Civil Law*, in *Rev. Int. Droit Comp.*, 1998, pp. 1055 e ss. Nato come istituto di diritto processuale l'abuso del diritto ha poi acquisito una consistenza sostanziale pur mantenendo il fine originario di correggere "l'iniquità" alla quale porterebbe l'applicazione formalistica del diritto civile. Una volta acquisita tale valenza sostanziale, l'*exceptio doli*, sopravvissuto nel *corpus iuris* e nel diritto comune quale punto di collegamento tra il diritto e la morale (Osserva C. SALVI, *Abuso del Diritto, I) Diritto Civile*, in *Enc. Giur.*, p. 1 "La nozione di abuso, elaborata dai glossatori e dagli scrittori di diritto comune come strumento di raccordo tra la sfera del diritto e quella della morale, viene abbandonata, sia sul piano teorico che su quello normativo, nella fase di formazione del moderno diritto privato."), scompare poi nelle codificazioni illuministiche fondate sul principio generale della "certezza del diritto". Anche il giusnaturalismo non favorì lo sviluppo del concetto dell'abuso del diritto giacché "quello che è voluto è giusto ed equo, quello che è giusto ed equo non può che essere voluto" (si veda F. RANIERI, *Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du Civil Law*, op. cit., p. 1056). Ciò è anche uno dei motivi più pregnanti di critica all'istituto dell'abuso del diritto anche nel secolo scorso ed ai giorni nostri.

⁴⁰⁹ Osserva G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, op. cit., p. 119: "Negli anni Sessanta, in un clima di più generale rinnovamento della cultura civilistica italiana alla luce di valori e principi ricavabili dalla Costituzione repubblicana del 1948, ritroviamo una dotta e assai influente rivalutazione della teoria dell'abuso del diritto, utilizzata come istanza particolare di un più ampio programma metodologico antiformalistico, che poneva l'enfasi sul pluralismo giuridico e sui cosiddetti corpi sociali intermedi. Alla fine degli anni Novanta, infine, la formula sembra conoscere una nuova fortuna, con l'apparire di una pluralità di interventi variamente favorevoli alla rivalutazione del divieto di abuso del diritto, improntati a svariate metodologie antiformalistiche (tra le quali si notano alcune riproposizioni del pluralismo e del solidarismo cattolico, e le suggestioni della analisi economica del diritto)."

⁴¹⁰ Si veda M. GESTRI, *L'abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003 p. 23. Si ritiene che il successo di tale istituto abbia ragioni variegata anche correlate allo svilupparsi di istanze elaborate dalle moderne teorie economico-sociali e dall'approfondimento fatto dall'analisi economica del diritto. In generale suole affermarsi che l'abuso del diritto trova ragion d'essere in determinate situazioni in cui diversamente si assisterebbe ad un "fallimento della programmazione normativa" (L'espressione è di A. GAMBARO, *Abuso del Diritto, II. Diritto comparato*

Nell'ordinamento italiano, in assenza di una norma espressa, la dottrina si è tendenzialmente divisa tra coloro che ritengono che nel nostro ordinamento non possa trovare spazio un principio generale di "abuso del diritto"⁴¹¹ e coloro che, invece, sostengono che esso sia, a ben guardare, tra i principi cardine del nostro sistema giuridico (richiamato ad esempio dagli artt. 833, 1175 e 1375 c.c.)⁴¹².

Ciò detto, per quanto riguarda la specifica figura dell'abuso della persona giuridica, numerose sono state le teorie avanzate da dottrina e giurisprudenza per far fronte a fattispecie patologiche, ma poche si sono in realtà concretate in un vero e proprio superamento dello schermo della persona giuridica (come si vedrà a breve)⁴¹³.

Come noto, i primi tentativi dogmatici di risolvere le problematiche create dalle ipotesi di "abuso" della persona giuridica risalgono alle teorie di WALTER BIGIAVI

e straniero, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988, p. 1) nell'ambito della distribuzione di vantaggi tra situazioni soggettive che si confrontano nelle differenti forme di organizzazione giuridica.

⁴¹¹ Si veda M. ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, Pavia, 1954, pp. 101-105; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., ristampa 1989, Napoli, 1966, pp. 76-77.

⁴¹² P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, pp. 205 e ss.; R. SALVI, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. Dir.*, 1958, vol. I, p. 166; U. BRECCIA, *Abuso del Diritto, Diritto Privato*, III, Padova, 1998, p. 119. In particolare si è rilevato che nel codice civile sono riscontrabili, per ciascuno dei principali settori dei diritti soggettivi disposizioni di carattere generale per le quali ciascuno di tali diritti deve essere valutato alla stregua del criterio di buona fede o di correttezza. Queste disposizioni esprimerebbero il medesimo principio generale, ovvero che l'astratta conformità del comportamento del soggetto al contenuto di un diritto soggettivo non lo mette al riparo da ogni valutazione di illiceità.

⁴¹³ Per una esame delle fattispecie in cui si è posto il problema dell' "abuso della persona giuridica" nella giurisprudenza italiana in tema di gruppi di società si rinvia a F. GALGANO, *Il punto sulla giurisprudenza in tema di gruppi*, in *Contr. e Impr.*, 1991, p. 892 e ss. ove l'autore osserva come "Una ingerenza della capogruppo che superi i limiti della sua fisiologica sovraordinazione alla società controllata si è manifestata, nell'esperienza, secondo la seguente tipologia: a) nomina, quali amministratori della controllante, di personale sprovvisto di qualsiasi qualificazione professionale, scelto solo in ragione della assoluta fedeltà ai voleri degli amministratori della controllante; b) integrale precostituzione delle decisioni dell'organo amministrativo della controllata, agente quale mero esecutore degli ordini impartiti dalla controllante [...]"; (per le quali si veda Tribunale di Orvieto, 4 novembre 1987, in *Giur. It.*, 1988, I, 2, p. 501 e Tribunale di Roma, 6 dicembre 1980, in *Foro It.*, 1981, I, p. 1189) "c) sistematica confusione dei patrimoni della controllante e della controllata [...]" (per cui si veda Appello Roma, 28 ottobre 1986, in *Giur. It.*, 1987, I, 2, p. 460; Tribunale di Roma, 3 luglio 1982, in *Foro It.*, 1982, I, p. 2897; Tribunale di Roma, 15 marzo 1980, in *Giur. Comm.*, 1980, II, p. 958, entrambe relative al caso Caltagirone; Appello Roma, 19 febbraio 1981, in *Riv. Dir. Comm.*, 1981, II, p. 145); "e) lesione, da parte della controllante e con la complicità degli amministratori della controllata, della integrità patrimoniale della seconda, attuata o con rapporti contrattuali in perdita per la controllata [...]" (per cui si veda Cass. Civ. 8 maggio 1991, n. 5123, in *Giust. Civ. Mass fasc. 5*).

dell'imprenditore occulto e del "socio tiranno"⁴¹⁴. Secondo tale teoria, in caso di abuso della persona giuridica (che si poteva verificare, ad esempio, in caso di totale confusione di patrimoni), il socio "tiranno" poteva essere chiamato a rispondere dei debiti della società, in quanto imprenditore occulto che si avvale della società personificata quale prestanome. Tale impostazione, che non ha mai avuto molto seguito in giurisprudenza⁴¹⁵, non implica, a ben vedere, alcun superamento dello schermo della persona giuridica ed anzi la perfetta autonomia, anche patrimoniale, delle persone giuridiche ne costituisce il presupposto logico. La responsabilità del socio tiranno non si fondava, infatti, sull'essere socio ma sull'essere imprenditore occulto.

A fianco delle teorie bigiaviane si possono poi citare le teorie di ASCARELLI della c.d. "supersocietà di fatto", poi variamente sviluppate dal loro stesso autore. Tentando un'estrema sintesi, secondo tali teorie, basate sul meccanismo della simulazione, tra la società ed il socio "tiranno" si sarebbe venuta a creare una super società di fatto, sub-specie di società collettiva irregolare, con conseguente

⁴¹⁴ Si veda in proposito W. BIGIAMI, *Fallimento di Soci Sovrani, Pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, in *Giur. It.*, 1954, I, 2, p. 691; Id. *L'Imprenditore occulto nelle società di capitali e il suo fallimento in estensione*, ibidem, 1959, I, 2, p. 166; Id., *Responsabilità illimitata del socio tiranno*, in *Foro It.* 1960, I, p. 1180; Id., *"Imprese di finanziamento" come surrogati del socio tiranno-imprenditore occulto*, *Giur. It.*, 1967, IV, p. 49, oltre alle due monografie *l'Imprenditore occulto*, Padova, 1954 e *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962.

⁴¹⁵ Qualche tiepida adesione si può ritrovare in Tribunale Ravenna, 10 giugno 1954 e Tribunale di Ancona 6 luglio 1954 entrambi in *Giur. It.*, 1954, I, 2, p. 688, e un rinvio a tale teoria sembra ritrovarsi in Cass. Civ. 1418 del 24 febbraio 1983, in *Giust. Civ. Mass 1983, fasc. 2*. Tuttavia la sentenza della Corte di Cassazione n. 4577 del 9 dicembre 1976, in *Giur Comm.* 1977, II, pp. 628 e ss., invece ha respinto decisamente la teoria bigiaviana del socio tiranno. In tale contesto la Corte dichiarò che il comportamento del socio sovrano-tiranno "pur se con intensità e con forme più o meno accentuate", era un fenomeno fisiologico delle società di capitali, "tutt'altro che infrequente e in certa misura connaturato al normale funzionamento della società, basato sul principio di maggioranza; onde il socio che di queste disponga, per l'entità delle quote o il numero di azioni possedute, è per ciò stesso in grado di esprimere una volontà determinate e quindi di determinare la vita della società; la quale ancorché governata in modo dispotico, non per questo finisce di essere una persona giuridica distinta da chi la governa e responsabile essa soltanto, col suo patrimonio dei debiti sociali".

responsabilità illimitata dei suoi membri⁴¹⁶. Ma anche tali tesi sono state ampiamente criticate⁴¹⁷.

Ancora si possono citare i tentativi di Pietro Verrucoli che ha cercato di applicare al sistema italiano la teoria del “*piercing the corporate veil*”, considerato di esclusiva appartenenza dei sistemi giuridici angloamericani⁴¹⁸.

⁴¹⁶ Si veda in proposito T. ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955; Id., *Studi in tema di società*, Milano 1952; Id., *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro It.*, 1956, I, pp. 405 e ss.; Id., *Ancora sul socio sovrano e sulla partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, in *Foro It.*, 1957, I, pp. 1443 e ss.. Si vedano sul punto anche A. BRUNETTI, *Trattato delle società*, Milano, 1948, I, p. 195; A. GRAZIANI, *Società*, III ed., Napoli, 1952, p. 61; G. ROMANO PAVONI, *Imprenditore occulto e società di fatto tra persone fisiche e società di capitali*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1952, II, p. 53. Nella giurisprudenza si veda Cass., 30 giugno 1955, n. 2016, in *Dir. Fall.*, 1955, II, pp. 609 e ss.. Contrarie si vedano invece la già citata Cass. Civ. 9 dicembre 1976, n. 4577, in *Giur. Comm.*, 1977, II, p. 628; Cass. Civ. 15 novembre 1985, n. 5602, in *Foro It.*, 1986, I, p. 1619; Tribunale di Venezia, 13 novembre 1987, in *Le Società*, 1988, pp. 179 e ss..

⁴¹⁷ In primo luogo è stato osservato che la teoria della “super società di fatto” si risolverebbe in un sostanziale peggioramento della posizione dei creditori sociali. Questi ultimi subirebbero non solo il pregiudizio materiale derivante dalla violazione delle norme societarie ma anche il pregiudizio formale conseguente al mutamento del regime giuridico conseguente all'applicazione della teoria. Inoltre, dal punto di vista giuridico si è ritenuto che non è configurabile nel diritto italiano la figura della simulazione di una società di capitali. In giurisprudenza, negano l'ammissibilità della simulazione sulla base del 2332 c.c., tra le altre, Cass., 14 maggio 1992, n. 5735, in *Giur. Comm.*, 1993, II, p. 461 ss.; Cass., 17 novembre 1992, n. 12302, in *Mass. Foro It.*, 1992; Cass. 9 luglio 1994, n. 6515, in *Giur. Comm.*, 1995, II, p. 625 ss.; Cass., 28 settembre 1994, n. 7899, in *Le Società*, 1995, p. 342 ss.; Cass., 28 aprile 1997, n. 3666, in *Le Società*, 1997, p. 1138, nonché in *Giust. Civ.*, 1997, I, p. 2129, con nota di V. SALAFIA, *E' ammissibile la simulazione delle società di capitali?*. In dottrina, sul punto della simulazione nelle società di capitali, si vedano, tra gli altri, P. ABBADESSA, *Nullità delle società per mancanza dell'atto costitutivo*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1974, II, p. 174; C. ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975, p. 205; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, vol. 2, Diritto delle società*, Torino, 1991, p. 112-173; G. PALMIERI, *Simulazione e nuova disciplina della nullità della S.p.A.*, in *Giur. Comm.*, 1991, I, p. 61 ss.; G. DI CHIO, *Simulazione del contratto costitutivo di società di capitali*, in *Le Società*, 1992, p. 1091. Le critiche alle teorie ascarelliane si sono poi, e soprattutto, fondate sul fatto che la giurisprudenza italiana ha costantemente negato l'ammissibilità della partecipazione di una società di capitali ad una società di persone, in quanto ritenuta contraria a norme imperative, quali quelle che presiedono alla tutela dei soci e dei creditori, alla responsabilità degli amministratori ed alla redazione del bilancio. Si vedano in tal senso Cass., 2 gennaio 1995, n. 7, in *Dir. e Giur.*, 1997, p. 563 con nota di F. GUIDA, *La partecipazione di società di capitali a società di persone contrasta con una disciplina giuridica imperativa*; Cass., 10 novembre 1992, n. 12087, in *Mass. Foro It.*, 1992. Parte della giurisprudenza aveva persino negato la legittimità della partecipazione di una società di capitali in veste di socia accomodante ad una società in accomandita semplice, così, Cass., 23 giugno 1988, n. 5363, in *Foro It.*, 1988, I, p. 3248 con nota di MARICONDA. Qualche oscillazione invece, da parte della giurisprudenza di merito, per tutte, si veda, Tribunale di Udine, 9 novembre 1996, in *Dir. Fall.*, 1997, II, p. 746 con nota di F. RAGUSA MAGGIORE, *Partecipazione di una società di capitali a una società di persone, il problema non è ancora definitivamente risolto*.

Secondo un'ulteriore impostazione, che prendeva le mosse dalle concezioni neo-riduzioniste della persona giuridica⁴¹⁹ il socio che "abusava" della persona giuridica decadeva dal privilegio, connaturato nel concetto di persona giuridica, della responsabilità limitata. Ciò in quanto a fronte dell'abuso venivano meno le condizioni in presenza delle quali quel privilegio, della responsabilità limitata, era stato concesso dall'ordinamento giuridico⁴²⁰.

Sempre nel tentativo di sanzionare situazioni patologiche di "abuso", la dottrina ha tentato di utilizzare la clausola generale dell'illecito aquiliano di cui all'art. 2043 c.c., nella sua accezione di tutela aquiliana del credito. In tal senso la società controllante, che sia concorsa, con il proprio comportamento, nell'inadempimento contrattuale della società controllata era chiamata a rispondere verso i creditori di questa. E ciò, ancora una volta, senza mettere in discussione l'alterità soggettiva delle due società⁴²¹.

Riepilogate così in estrema sintesi, alcune delle principali teorie dottrinarie sull'argomento, si segnala che, come accennato, la giurisprudenza di legittimità si è invece mostrata a lungo restia ad imporre al socio tiranno o alla società controllante

⁴¹⁸ Si veda in proposito P. VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Milano 1964.

⁴¹⁹ Nelle sua accezione più moderna che non nega l'esistenza sulla scena giuridica di altri soggetti oltre alle persone fisiche, ma riconosce al contempo la natura normativa del concetto di persona giuridica e della relativa disciplina positiva.

⁴²⁰ Si veda per tale tesi F. GALGANO, *I gruppi di società*, op. cit., pp. 207 e ss.. In tal senso anche Tribunale di Milano, 25 maggio 1997, richiamato da App. Milano, 22 marzo 2000, con nota di M. SPERANZIN, *Fallimento in estensione dell'unico socio e limite temporale al fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2001, II, 257 s.

⁴²¹ In numerose occasioni la giurisprudenza ha riconosciuto la natura di responsabilità aquiliana per il terzo che, con il proprio comportamento commissivo od omissivo, abbia concordo nell'inadempimento contrattuale del debitore. Famose sul punto sono il Caso Superga (Cass. 4 luglio 1953 n. 2058) ed il successivo *revirement* con l'altrettanto famoso Caso Meroni (Cass. S.U. 16 gennaio 1971, n. 174); e fra le più recenti si menzionano qui Cass., 20 ottobre 1983, n. 6160, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1440; Cass., 15 giugno 1988, n. 4090, in *Foro It.*, 1989, I, c. 1568. Sul punto si veda F. GALGANO, *Il punto sulla giurisprudenza in materia di gruppi di società*, op. cit. p. 897 e prima ancora, Id. *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli "obiter dicta" della Cassazione)* in *Contr. e Impr.*, 1987, p. 376 ss; per ulteriori esemplificazioni giurisprudenziali si veda N. ZORZI, *Il superamento della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito*, in *Contr. e Impr.*, 1994, p. 1064; B. INZITARI, *La "vulnerabile" persona giuridica*, in *Contr. e Impr.*, 1985, pp. 683-684.

qualsiasi forma di responsabilità, restando per lungo tempo ancorata all'assolutezza del binomio persona giuridica - responsabilità limitata. I giudici della Suprema Corte erano infatti soliti affermare che *“la limitazione di responsabilità al capitale sociale col mezzo della costituzione di una società avente personalità giuridica è scopo ritenuto dal nostro ordinamento meritevole di tutela”* e *“in nessun caso colui che ha inteso, ricorrendo a questo istituto, limitare la propria responsabilità al capitale investito nella società, possa rispondere col proprio personale patrimonio”*⁴²².

Quando, infine, la giurisprudenza ha deciso di abdicare, in casi eccezionali e per lo più collegati ad ipotesi patologiche di insolvenza, al dogma dell'autonomia patrimoniale delle persone giuridiche, lo ha fatto principalmente attraverso il meccanismo dell'impresa c.d. fiancheggiatrice o della *holding* persona fisica. La responsabilità del socio (o della società) tiranno è stata radicata nell'individuazione di un'autonoma impresa, c.d. fiancheggiatrice, a latere dell'impresa formalmente costituita, e che svolgeva essa stessa attività imprenditoriale e, come tale, assoggettabile a fallimento⁴²³. Secondo tale impostazione il socio (o la società) che abusava della personalità giuridica della società controllata veniva chiamato a rispondere non in quanto socio ma in quanto titolare dell'impresa c.d. fiancheggiatrice⁴²⁴. Ma perché ciò accadesse, ovvero affinché l'attività dell'impresa

⁴²² Cass. Civ. n. 3053/1958 in *Foro It.*, 1959, I, p. 1142, e le altre già sopra citate.

⁴²³ Il dibattito, come detto, si è soprattutto svolto in sede fallimentare, per veder riconoscere il fallimento in estensione del socio tiranno, e si è in particolare sviluppato intorno all'interpretazione di una norma di carattere eccezionale quale l'art. 147 1. L. Fall. L'impianto argomentativo della giurisprudenza di legittimità si manifesta come segue: per fallire occorre essere imprenditori, per essere imprenditori occorre esercitare un'impresa, dunque perché il socio tiranno possa in proprio essere dichiarato fallito occorre dimostrare che egli eserciti in proprio un'impresa (e che tale impresa sia insolvente). In tal senso si vedano, a titolo indicativo, tra la giurisprudenza di legittimità, Tribunale di Roma, 14 luglio 1981, in *Foro It.*, 1981, I, c. 2552; Tribunale di Roma, 3 luglio 1982, in *Foro It.*, 1982, I, c. 2897; Tribunale di Venezia, rispettivamente, 22 luglio 1982 e, 30 settembre 1982, in *Fall.*, 1983, p. 900; Appello Roma, 19 febbraio 1981, in *Riv. Dir. Comm.*, 1981, II, p. 145; Tra la giurisprudenza di legittimità si vedano Cass., 19 novembre 1981, n. 6151, in *Foro It.*, 1982, I, p. 2897; Cass., 10 agosto 1990, n. 8154, in *Le Società*, 1991, p. 464 nonché la già citata Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Dir. Fall.*, 1990, II, p. 1005 con nota di U.I. STRAMIGNONI.

⁴²⁴ In una prima impostazione si riteneva che l'attività di tale impresa fiancheggiatrice fosse la medesima, seppur in via mediata, svolta dalla controllata. Successivamente la giurisprudenza ha invece ritenuto che l'attività dell'impresa fiancheggiatrice dovesse essere separabile, autonoma e diversamente qualificata rispetto a quella della società diretta (generalmente individuata in attività di

c.d. fiancheggiatrice potesse essere considerata rilevante, era necessario che si esplicasse in atti negoziali con relativa spendita del nome⁴²⁵. Non solo, per poter di chiarire il fallimento in estensione dell'impresa (o dell'imprenditore) fiancheggiatrice, era anche necessario dimostrarne l'insolvenza. E tutto ciò rendeva estremamente arduo colpire in maniera efficace le ipotesi di abuso.

La giurisprudenza di legittimità ha invece prevalentemente rigettato l'opzione di un'applicazione analogica dell'art. 2362 c.c., che nella previgente formulazione prevedeva la responsabilità illimitata del socio unico, ritenendola norma di natura eccezionale⁴²⁶.

finanziamento, prestazione di garanzie o in genere supporto ed intermediazione nella circolazione del denaro).

⁴²⁵ Tale orientamento, come già rilevato, trae origine e trova conferma nella "Sentenza Caltagirone", che è stata sotto tale profilo criticata, alla luce dei risultati pratici, assolutamente insoddisfacenti cui tale impostazione conduce. La necessità della spendita del nome rende praticamente impossibile il verificarsi della fattispecie. Inoltre la Suprema Corte, ai fini di ritenere applicabile tale teoria ai gruppi di società, con l'imporre delle condizioni di spendita del nome e di autonoma economicità sancisce delle condizioni che non si riscontrano mai nella pratica. Invero l'attività direttiva generalmente non si concretizza nell'adozione di atti negoziali. Tali attività direttive si possono concretizzare ad esempio sia tramite l'esercizio del diritto di voto nelle assemblee delle società controllate ovvero direttamente tramite istruzioni impartite agli amministratori delle società. A tale proposito si veda S. GIOVANNINI, *La holding persona fisica e l'abuso della personalità giuridica*, in *Giur. Comm.* 2004, 1, p. 15 "Richiedere, infatti, la spendita del nome e un'attitudine a produrre un autonomo risultato economico, significa non solo restringere significativamente il campo di applicazione pratica di tale costruzione teorica, ma anche creare una stridente disparità di trattamento tra i creditori che potranno essere soddisfatti dal fallimento dell'impresa collaterale. Si è osservato, infatti, che "i creditori che potranno efficacemente insinuarsi al passivo del fallimento della società di fatto (ossia dell'impresa a latere), sono soltanto quelli nei confronti dei quali la società di fatto o i singoli soci in proprio hanno assunto obbligazioni e tra questi non è purtroppo possibile identificare quei terzi che hanno sempre contrattato con la società di capitali".

⁴²⁶ Per un approfondimento del tema e per alcuni aspetti in materia di diritto comparato si veda V. MANGINI, *Gruppi di imprese ed unità di imputazione giuridica nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, in *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, 1987, pp. 29 e ss.; G. COTTINO, *Diritto Commerciale*, I, 2, Padova, 2002, pp. 204 e ss. La dottrina si è mostrata tendenzialmente favorevole soprattutto in ipotesi di intestazione di azioni ad un mandatario o ad un fiduciario. In tal senso si veda G.L. PELLIZZI, *Unico azionista e controllo totalitario indiretto*, in *Giur. Comm.*, 1981, II, pp. 615 e ss.; G. LA VILLA, *Società strumentali e profili di responsabilità*, Milano, 1981, pp. 82 e ss.; R. WEIGMANN, *Oltre l'unico azionista*, in *Giur. Comm.*, 1986, II, pp. 537 ss.; S. SCOTTI CAMUZZI, *Unico azionista, gruppi, "lettres de patronage"*, Milano, 1979, 3, pp. 120 e 156; Id., *L'unico azionista*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO - G.B. PORTALE, vol. II, tomo 2, Torino, 1991, p. 896; R. RORDORF, *Socio unico e società di capitali*, in *Le Società*, 1994, p. 596. Non sono mancate tuttavia anche in dottrina le opinioni contrarie all'applicabilità in via analogica della norma eccezionale di cui all'art. 2362 c.c., salva solo l'ipotesi che si provi il carattere fittizio o fraudolento

Estrema importanza ha poi avuto, anche nell'evoluzione giurisprudenziale, la previsione normativa di cui all'art. 3, comma 3 della c.d. Legge Prodi (L. n. 95 del 1979) in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, già sopra citata. Tale articolo (poi riprodotto, con formulazione più chiara, nell'art. 9 del D. Lgs n. 270/1999 c.d. Legge Prodi-bis), oltre ad esplicitare il concetto di "direzione unitaria", disponeva la responsabilità degli amministratori della capogruppo per i danni cagionati alle società figlie in caso, appunto, di abuso di "direzione unitaria". A tale disposizione si è da subito attribuita, sia in dottrina sia in giurisprudenza, una portata estensiva ritenendo si trattasse di un principio generale dell'ordinamento, collocandosi all'interno delle figure tipizzate di danno ingiusto, applicabile quindi in via analogica anche al di fuori delle ipotesi dell'amministrazione straordinaria. Inoltre si riteneva che in solido con gli amministratori potesse essere chiamata a rispondere anche la società controllante in virtù del rapporto di immedesimazione organica o in applicazione della responsabilità aquiliana del credito⁴²⁷.

dell'intestazione del residuo pacchetto azionario ad altro soggetto; si veda G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, Diritto delle società*, 2, Torino, 2002, 291 ss.; Id., *La responsabilità del socio nella società a responsabilità limitata unipersonale*, in *Giur. Comm.*, 1994, I, p. 229; G. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 369; G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1982, I, p. 123; Cass. 19 novembre 1981, n. 6151, in *Dir. Fall.*, 1982, II, 302, con nota di RAGUSA MAGGIORE G., *Socio tiranno, azionista unico e persistenza della personalità giuridica*. Tale ultima opinione è condivisa dalla giurisprudenza prevalente, Cass., 9 dicembre 1976, n. 4577, in *Il Fallimento*, 1977, II, p. 628; Cass., 9 dicembre 1982, n. 6712, in *Giur. It.*, 1983, I, 1, p. 201; Cass., 29 novembre 1983, n. 7152, in *Giust. Civ.*, 1984, I, p. 313; Cass. 9 maggio 1985, n. 2879 e Cass., 24 febbraio 1986, n. 1088 in *Giur. Comm.*, 1986, II, p. 537; Cass. 17 gennaio 1987, n. 73, in *Le Società*, 1987, 364; Cass. 27 agosto 1987, n. 7064, in *Le Società*, 1987, 1149; Tribunale di Milano, 11 dicembre 1984 in *Foro Pad.*, 1985, I, p. 75; Tribunale di Roma, 6 luglio 1984 in *Il Fallimento*, 1986, 431; Tribunale di Genova, 12 febbraio 1986, in *Giur. Comm.*, 1987, II, p. 148; Tribunale di Tortona, 11 marzo 1993, in *Dir. Fall.*, 1995, II, p. 746; Tribunale di Spoleto, 28 gennaio 1994, in *Le Società*, 1994, p. 946. Contra Tribunale di Milano, 19 ottobre 1995, in *Le Società*, 1996, 550 e in *Dir. Fall.*, 1997, II, 737; Tribunale di Pisa, 21 aprile 1999, in *Foro Toscano*, 2000, p. 48; Appello Bologna, 27 settembre 2001, in *Dir. Fall.*, 2002, II, p. 96 ss.. In proposito, come già segnalato si ricorda che l'introduzione della S.r.l. uni personale nel diritto italiano è intervenuta in esecuzione della Dodicesima Direttiva Comunitaria in materia societaria.

⁴²⁷ Sulla questione si vedano per tutti P.G. JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo*, in *Giur. Comm.*, 1981, I, p. 416 e ss.; Id. .G. JAEGER, *"Direzione unitaria" di gruppo e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. Soc.*, 1985, pp. 817 e ss.; P. ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano, in gruppi di società*, a cura di A. PAVONE LA ROSA, Bologna, 1982, p. 241; A. BORGIOI, *Direzione unitaria e responsabilità*, in *Riv. Soc.*, 1982, p. 41; F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano 1985, p. 262; P; G. SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo di imprese*, op. cit., pp. 99 e ss.; M. FRANZONI *La responsabilità civile degli amministratori di società di*

Una conferma della validità di tale orientamento è stata poi fornita dall'evoluzione della legislazione speciale successiva alla legge Prodi. Infatti con le leggi del 1 agosto 1986 n. 430 e del 13 aprile 1987 n. 148 sono state previste identiche fattispecie di responsabilità per società fiduciarie, di revisione ed enti di gestione fiduciaria in liquidazione coatta amministrativa.

4.2.3. L'ulteriore evoluzione a partire dagli anni 90'

Dal punto di vista normativo continuavano a proliferare leggi speciali ove compariva, in un modo o nell'altro, il concetto di gruppo. Al di là di interventi di poca importanza nella c.d. legislazione di ausilio, nella legislazione fiscale o valutaria⁴²⁸, a partire dagli anni 90, si moltiplicarono nel nostro sistema legislativo le norme che davano rilievo ai rapporti di gruppo. Il fenomeno dei gruppi iniziò sempre più a far parte del diritto commerciale italiano, seppure sempre attraverso norme settoriali.

capitali, Tratt. dir. comm. e dir. pubblico dell'economia, diretto da F. GALGANO, XIX, Padova, 1994, pp. 65-66; AA.VV. *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Torino, 2000, p. 473. In merito all'applicazione estensiva della norma in questione si era tuttavia ravvisato un limite nella dichiarazione di insolvenza e dell'apertura della procedura concorsuale nei confronti della controllata. In giurisprudenza si veda Tribunale di Napoli, 19 marzo 1985, *Giur. It.*, 1987, I, 2, p. 78; Appello di Milano, 10 marzo 1995 e Appello di Milano, 10 marzo 1995, in *Le Società*, 1995, p. 1437; Cass. 2 luglio 1990, n. 6769, in *Il Fallimento*, 1991, p. 47. Al contrario, per l'applicazione della norma dell'art. 3 della legge Prodi anche in assenza dello stato di insolvenza si era pronunciato espressamente Tribunale di Alba, 25 gennaio 1995, *Giust. Civ.*, 1995, I, p. 1635, Appello di Milano 21 gennaio 1994, in *Le Società*, 1994, p. 923. Sotto altro profilo si è altresì evidenziato che la c.d. legge Prodi *bis* non sancisce alcuna deroga all'autonomia delle singole società del gruppo ma semmai una responsabilità solidale, insieme a tutti gli amministratori della società controllante che hanno impartito direttive dannose, per gli amministratori della controllata i quali, proprio in forza dell'autonomia giuridica della società amministrata, avrebbero potuto, e dovuto, disattendere le direttive svantaggiose. La figura di illecito rilevante in questo contesto è data dall'induzione, mediante direttive pregiudizievoli, da parte degli amministratori della controllante all'inadempimento dei doveri che gravano sugli amministratori delle controllate, con conseguente lesione delle aspettative di prestazione da parte degli azionisti e dei creditori di tali ultime società. Torna così la figura della tutela aquiliana del credito.

⁴²⁸ Si pensi ad esempio alla legge n. 675 del 1977 sulla ristrutturazione e riconversione industriale, alla legge sulla c.d. IVA di gruppo, di cui all'art. 73 del D.P.R. n. 633 del 1972 o al D.M. 12 maggio 1987 in materia appunto valutaria. Peraltro, essendo tali interventi poco coordinati e disordinati si andavano moltiplicando le problematiche interpretative e di riduzione ad unità della disciplina. Per tali profili si veda G. TREMONTI, *La fiscalità industriale*, Bologna, 1988, p. 9 ss.

I tal senso si possono citare il D.Lgs. n. 127/1991 nel 1991 che, in attuazione delle direttive comunitarie in materia di conti annuali e consolidati, ha realizzato l'informazione contabile sui rapporti all'interno del gruppo ed introdotto l'obbligo del bilancio consolidato per la capogruppo⁴²⁹. La Legge n. 480 del 1992, che ha modificato l'art. 22 della legge marchi, precisando che non c'è decadenza dal marchio per non uso da parte della *holding* che ne sia formale titolare, qualora lo stesso venga utilizzato dalle controllate⁴³⁰. La Legge n. 146 del 1992 in materia di mercati regolamentati, che ha sottoposto a particolari discipline i rapporti di gruppo in materia di OPA⁴³¹. La nuova legge bancaria (art. 61, 4° co., D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385) che ha previsto un vero e proprio potere-dovere della capogruppo di emanare "*disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo*" e ove si parla espressamente di "direzione e coordinamento". Il D. Lgs. n. 58/1998 (TUF, art. 12, comma 2), che ha ripreso la stessa dizione.

Sempre a partire dagli anni 90, e dalla famosa sentenza Caltagirone di cui si è già parlato, anche la giurisprudenza, meno attaccata al dato formale, ha iniziato a mostrare maggiore apertura e disponibilità a sanzionare le ipotesi di "abuso" della persona giuridica, soprattutto ove collegate a fattispecie di gruppi societari, sviluppando ulteriormente la teoria della *holding* tiranna⁴³².

⁴²⁹ Su cui si veda per tutti M. BUSSOLETTI (a cura di), *La nuova disciplina dei bilanci*, Torino, 1993, *passim*.

⁴³⁰ In proposito si noti che la giurisprudenza in materia generalmente riteneva che il marchio di cui fosse titolare la *holding* potesse essere liberamente utilizzato dalle controllate in quanto esso contraddistingue i prodotti dell'impresa.

⁴³¹ Si ricorda che l'art. 10 comma 12 della l. 146/1992 sottraeva all'OPA obbligatoria la circolazione del controllo all'interno del medesimo gruppo. Si veda inoltre, l'art. 27, comma 4 che estende il divieto di effettuare contrattazione aventi ad oggetto il titolo dell'offerta anche ai soggetti che controllano o sono controllate o sottoposte a comune controllo dell'offerente.

⁴³² La giurisprudenza di merito, maggiormente restia ad accettare il macchinoso espediente dell'impresa fiancheggiatrice, ripudiava l'idea che ai fini dell'imputazione dell'impresa della *holding* occorresse la spendita del nome. Tale giurisprudenza introdusse la figura della c.d "*holding tiranna*", alla quale (applicandosi analogicamente la regola della responsabilità illimitata del socio unico) dovevano imputarsi le passività di ciascuna società del gruppo. Si veda Tribunale di Messina, 15 febbraio 1996, in *Giur. It.*, 1996, I, 2, p. 533 con nota di E. GLIOZZI e in *Il Fallimento*, 1996, 792, con

Verso la fine degli anni 90 la giurisprudenza di legittimità ha poi adottato anche un atteggiamento meno formalistico in materia di amministratore di fatto⁴³³. Con due sentenze del 1998 e del 1999 la Corte ha infatti stravolto l'orientamento previgente, ritenendo che fosse riconducibile alla figura dell'amministratore di fatto anche l'assunzione non autorizzata della gestione sociale (secondo la teoria dei "rapporti contrattuali di fatto"), senza che fosse necessario alcun atto formale di investitura da parte della società⁴³⁴.

nota di M. MAIENZA, nonché Appello Catania, 18 gennaio 1997, in *Il Fallimento*, 1997, p. 625, con nota di LO SINNO, *Holding personale e fallimento* e in *Dir. Fall.*, 1997, II, p. 415, con nota di F. RAGUSA MAGGIORE, *Sulla holding-persona fisica e sull'estensione all'imprenditore individuale della procedura concorsuale del gruppo*.

⁴³³ Secondo l'orientamento fino ad allora prevalente per l'integrazione della fattispecie dell'amministratore di fatto era comunque necessario un atto negoziale di investitura da parte della società. Solo in tal caso si riteneva, infatti, potessero sorgere in capo al soggetto gestore di fatto gli obblighi propri della figura dell'amministratore. Si vedano, tra le molte, Cass. Civ. 12 gennaio 1984, n. 234, in *Giur. Comm.*, 1985, II, p. 182, con nota di F. BONELLI, *La prima sentenza della Cassazione civile sull'amministratore di fatto*; Cass. Civ. 19 dicembre 1985, n. 6493, *Giust. Civ. Mass.*, 1985, fasc. 12; Cass. Civ. 3 luglio 1998, n. 6519, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, p. 1458.

⁴³⁴ Si veda in proposito Cass. 28 febbraio 1998 n. 2251: "*Il sorgere degli obblighi inerenti all'amministrazione di una società, non ha nella nomina dell'amministratore, sia pure irrituale, da parte dell'assemblea, come presupposto ineliminabile, in quanto in base agli artt. 2028 e ss., c.c., nel nostro ordinamento, l'assunzione non autorizzata della gestione di affari altrui è reputata idonea a far sorgere, a carico del gestore, gli obblighi tipici di colui che ha ricevuto tale incarico dall'interessato, in base ad un valido contratto*"; si veda anche Cass. Civ. 6 marzo 1999, n. 1925 "*Le norme che disciplinano l'attività degli amministratori di una società di capitali, dettate al fine di consentire il corretto svolgimento dell'amministrazione della società, sono applicabili non solo a coloro che sono stati immessi nelle forme stabilite dalla legge nelle funzioni di amministratore ma anche a coloro che si siano di fatto ingeriti nella gestione della società in assenza di una qualsivoglia investitura da parte dell'assemblea, sia pur irregolare o implicita; i responsabili della violazione di dette norme vanno dunque individuati, anche nell'ambito del diritto privato (così come in quello del diritto penale ed amministrativo), non sulla base della loro qualificazione formale, bensì con riguardo al contenuto delle funzioni concretamente esercitate*". Entrambe le sentenze si trovano in *Giur. Comm.*, 2000, 3, p. 167, con commento di N. ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*. Per un esame della figura dell'amministratore di fatto si veda T. ASCARELLI, *In tema di vendita di azioni, responsabilità degli amministratori. Amministratore indiretto*, in *Foro It.*, 1953, I, p. 1630 ss.; Id, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 421 ss.; Id., *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, op. cit. p.413 ss.; N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998. In merito giova anche ricordare che il Rapporto sul diritto europeo dei gruppi di società elaborato dal Forum Europaeum sul diritto dei gruppi di società e pubblicato con il titolo *Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe*, in *Rev. Sociétés*, 1999, p. 41 ss. e p. 285 s., suggeriva l'adozione di una direttiva in tema di gruppi di società, uno dei cui cardini è costituito dal recepimento dell'istituto dell'amministratore di fatto al fine di estendere agli amministratori della capogruppo (e a quest'ultima) la responsabilità per *mala gestio* delle società controllate insolventi. Nella legislazione comunitaria un primo riconoscimento dell'istituto dell'amministratore di fatto si rinveniva nella Proposta di IX Direttiva

Le soluzioni giurisprudenziali, sempre più aperte a riconoscere e a dare rilevanza alle situazioni di fatto al di là degli schemi formali, e la normativa settoriale, sempre più numerosa, erano peraltro ritenute soluzioni insufficienti e inadeguate di fronte alla realtà economica e alla progressiva affermazione sul mercato delle imprese articolate in pluralità di strutture societarie. La dottrina, in continua evoluzione sull'argomento, invocava a gran voce una normativa generale sul fenomeno dei gruppi⁴³⁵.

4.3. LA RIFORMA DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI: OSSERVAZIONI DI CARATTERE GENERALE

In tale contesto ed a seguito di un travagliato dibattito⁴³⁶ è quindi intervenuta la riforma del diritto societario, introdotta con il D. Lgs. n. 6 del 2003 integrandosi (a volte in maniera non lineare) alle normative di settore già sviluppate.

sui gruppi di società, il cui art. 9 prevedeva che *“qualsiasi impresa che si comporti come dirigente di fatto nei confronti di una società risponde verso quest'ultima di ogni danno risultante da tale intervento e derivante da un errore di gestione come se l'impresa facesse parte dell'organo di direzione della società e dovesse quindi vigilare sul rispetto dell'interesse di questa società”*; il capoverso della norma precisava inoltre che per dirigente di fatto si deve intendere *“ogni impresa che eserciti, direttamente o indirettamente, una influenza determinante sulle decisioni prese dall'organo amministrativo della società”*.

⁴³⁵ Si veda A. DACCÒ, *Accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, Milano, 2002; A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, op. cit., p. 729 ss.; F. DENOZZA, *Rules vs. standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni virtuali*, op. cit., p. 327 ss.

⁴³⁶ Si veda in proposito M. VIETTI, *I principi ispiratori della riforma*, in *I principi ispiratori della riforma*, in AA.VV., *la riforma del diritto societario, il parere dei tecnici*, Milano, 2003, p. 19 *“Questa è una riforma che ha molti padri, una riforma che viene da lontano, e di cui noi abbiamo gestito la fase finale, ma senza dimenticare tutto il lavoro che è stato fatto a partire dagli anni 70, che è approdato alla Commissione Mirone, è diventato disegno di legge Fassino e poi di questo Governo. Erano sessanta anni, come è noto, che si attendeva questa riforma, tanto che la materia ormai era regolata da una normativa pacificamente superata. [...]”*. Si veda in proposito A. BASSI, V. BUONOCORE, S. PESCATORE, a cura di V. BUONOCORE - *La Riforma del diritto societario*, Torino, 2003, p. 2 *“Il provvedimento di riforma, comunque lo si voglia giudicare nel merito, costituisce l'epilogo di una lunga storia cominciata quasi mezzo secolo fa, costellata di tentativi non riusciti - si pensi ai progetti Villabruna ed altri intorno alla metà degli anni cinquanta, ai progetti De Gregorio e Santoro-Passarelli tra gli anni sessanta e settanta - e di riforme parziali imposte dagli eventi - si pensi, per fare un solo esempio, alla legge n. 216/1974 istitutiva della Consob e delle azioni di risparmio. Il primo provvedimento organico di riforma societaria, se non si vuol considerare tale il c.d. decreto Eurosim del 1996, è il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 [...]. Dopo l'entrata in vigore del decreto n. 58, il governo dell'epoca mise subito mano a ciò che di questo decreto avrebbe dovuto rappresentare un naturale completamento e cioè la riforma delle società per azioni, ed in particolare di quelle società che, pur*

Limitandosi in questa sede a poche osservazioni di carattere generale, si desidera di seguito porre l'accento su alcune delle principali linee conduttrici della riforma del diritto societario, che per quanto ormai datata e ampiamente analizzata in tutti i suoi numerosi aspetti problematici da autorevoli interpreti⁴³⁷, continua pur tuttavia a mantenere un certo interesse ai fini del discorso che ci si presta ad approfondire in relazione al superamento dello schermo della personalità giuridica, in particolare nel contesto dei gruppi di società.

Le fonti ufficiali dichiarano all'unisono che l'obiettivo principale del provvedimento legislativo in questione era quello di dare alle imprese forza e competitività, così rendendo l'economia italiana più dinamica⁴³⁸. Per raggiungere tale scopo la riforma ha concesso alle imprese un'autonomia senza precedenti per ampiezza e qualità, da lungo invocata dagli operatori. Ruolo primario hanno assunto, quindi, l'autonomia dei privati e la flessibilità⁴³⁹.

non essendo quotate, sono titolari di un capitale diffuso tra il pubblico dei risparmiatori: [...]. Fu nominata una commissione ministeriale, coordinata da uno dei sottosegretari del Ministero di Grazia e giustizia (Mirone), fu presentato un disegno di legge-delega, ma l'interruzione della legislatura non consentì il completamento dell'iter parlamentare. Il governo formatosi dopo le elezioni riprese l'iniziativa, varò una legge delega, che, eccettuata la parte riguardante i reati societari e in misura minore le cooperative, ricalcava la precedente e nominò una commissione ministeriale, sempre presieduta da uno dei sottosegretari del Ministero di Grazia e giustizia (Vietti), la quale ha predisposto l'articolato. Dopo il prescritto parere delle Commissioni parlamentari competenti e l'approvazione del decreto legislativo da parte del Consiglio dei Ministri, il provvedimento è stato pubblicato nel Supplemento della Gazzetta Ufficiale 22 gennaio 2003, ma, con una inusuale vacatio legis, entrerà in vigore solo a partire dal 1° gennaio 2004, per dar modo ai soggetti destinatari di adeguarsi alla nuova disciplina modificando i rispettivi statuti'.

⁴³⁷ Per una prima visione di insieme si vedano AA. VV., *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. COTTINO, P. BONFANTE, O. CAGNASSO e P. MONTALENTI, Zanichelli, 2004; AA. VV., *Il nuovo diritto delle società*, Commentario diretto da A. MAFFEI ALBERTI, Padova 2005; AA. VV. *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, Torino, 2006-2007; AA.VV., *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, Milano, 2008; V. BUONOCORE (a cura di), *La riforma del diritto societario*, op. cit.; M. RESCIGNO, *Etero gestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze, una prima riflessione*, in *Le Società*, n. 2-bis, 2003 p. 331, il quale critica le scelte del legislatore, che finiscono per delineare un sistema incompleto nell'individuazione dei presupposti della responsabilità e nella indicazione delle regole applicative.

⁴³⁸ Si veda M. VIETTI, *I principi ispiratori della riforma*, op. cit..

⁴³⁹ L'aumento dell'autonomia riconosciuta può facilmente riscontrarsi nella libertà di adottare diverse strutture societarie e di *governance* a seconda delle esigenze del caso. Si pensi, inoltre, ad una maggiore flessibilità che si rinviene anche dal lato della raccolta degli investimenti nella libertà e

Ne è conseguita, inevitabilmente, una riduzione del tasso di imperatività e di tipicità, sia sotto il profilo organizzativo, sia sotto il profilo funzionale⁴⁴⁰. L'originaria configurazione pubblicistica delle società di capitali sembra così scomparire, per divenire una semplice vicenda fra privati, un *nexus of contracts* come diceva COASE, di cui si tenta di minimizzare i costi di transazione⁴⁴¹. In tale ottica è stato anche ampliato lo spazio della tutela obbligatoria, di stampo risarcitorio, a discapito della tutela reale⁴⁴².

atipicità degli strumenti finanziari partecipativi. Si veda in proposito F. D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario inderogabile rideterminata: ovvero: esiste ancora un diritto societario*, in *Riv. Soc.* 2003, p. 40.

⁴⁴⁰ F. D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario, op. loc. ult. cit.*, p. 40.

⁴⁴¹ Così B. LIBONATI, *Diritto delle società, manuale breve, Introduzione*, Milano 2008. In tal senso si veda fra i tanti, G. PRESTI, *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private* a cura di P. BENAZZO, S. PATRIARCA e G. PRESTI, Milano, 2003, osserva a p. 7 "in genere si nota un radicale cambiamento di prospettiva nell'ispirazione legislativa. Mentre nell'ancien regime la preoccupazione fondamentale era di evitare comportamenti opportunistici al riparo dal beneficio della responsabilità limitata e, quindi, la chiave fondamentale della disciplina delle società di capitali era la tutela dei terzi, adesso, invece, il focus è sulle esigenze dei soci: scopo primario del diritto societario - come si legge nei documenti redatti dall'High Level Group Comunitario - "è di assicurare a coloro che intendono intraprendere un'attività economica un quadro legale che consenta loro di organizzarla nel modo che essi stessi - anche in termini di equilibrio tra snellezza procedurale e garanzie per i soci estranei alla gestione - giudicano più opportuno per avere successo" ed ancora poche righe dopo "Semplificazione, flessibilità, autonomia, rimozione dei vincoli allo sviluppo e alla competizione, venire incontro ai bisogni delle imprese sono le nuove parole d'ordine; conformemente del resto all'input della legge delega e alle analoghe esperienze straniere con le quali il nostro ordinamento intende entrare in competizione. Si potrebbe osservare che queste ispirazioni sono già passate di moda prima ancora di essere state tradotte in legge. I recenti dissesti americani avrebbero, infatti, innescato la reazione del pendolo che, dopo aver puntato verso il mercato, tornerebbe ora a orientarsi verso il rigore, la rigidità, le norme imperative".

⁴⁴² Il trend attuale è senz'altro favorevole ad accrescere lo spazio riservato alla tutela obbligatoria a discapito di quella reale. Basti pensare alle scelte in tema di inopponibilità ai terzi dei limiti al potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nonché alle clausole di sbarramento della nullità della fusione, della trasformazione e delle deliberazioni assembleari, ovvero ancora alla restrizione delle cause di nullità delle società di capitali iscritte nel registro delle imprese. Le motivazioni del crescente favore per la tutela obbligatoria sono fondate su esigenze di certezza giuridica delle svariate posizioni soggettive che sarebbero coinvolte. Infatti, la tutela reale, nel paralizzare l'operazione societaria nel suo complesso, accorda una protezione sovente superiore al pregiudizio subito, con il conseguente rischio di un suo utilizzo quale strumento di minaccia o ricatto. L'esigenza di stabilità è, del resto, chiaramente enunciata anche nella legge delega della riforma del diritto societario per la quale all'art. 4, comma 7, lett. b, "la sicurezza dei traffici richiede che il rischio di vedere invalidati atti compiuti in passato sia ridotto al minimo, e ciò non solo per l'interesse dei terzi portatori di alcuni diritti ma anche all'interesse della società e dell'impresa". La tutela obbligatoria consente inoltre, ameno secondo alcuni autori, una protezione maggiormente proporzionale e non comporta una paralisi dell'attività di impresa. Essa, tuttavia, come evidenziato da più parti, consente

Tuttavia, come osservava già VINCENZO BUONACORE all'indomani della riforma, *“ogni discorso di autonomia comporta comunque sia un discorso di libertà, perché dell'autonomia la libertà è diretta espressione, sia un discorso di responsabilità, perché dell'esercizio dell'autonomia la responsabilità è diretta e connaturale conseguenza”*⁴⁴³. Ma nella riforma del diritto societario, all'ampliamento dell'autonomia dei partecipanti al rapporto societario, non corrisponde, sempre, un aumento ed ampliamento delle responsabilità, almeno non per tutti i soggetti del rapporto⁴⁴⁴.

Il legislatore della riforma ha poi confermato, anzi aumentato, la possibilità per gli operatori di accedere alla limitazione del rischio nell'esercizio dell'attività di impresa⁴⁴⁵, fino a giungere ad una atomizzazione e separazione del patrimonio e del rischio d'impresa con conseguente limitazione anche delle relative responsabilità. In

che l'illegalità dell'azione dell'impresa resti senza sanzione e, in ogni caso, determina una protezione solo pro-quota. Inoltre, a conti fatti, la tutela risarcitoria comporta un aggravamento del danno, che viene riparato con patrimonio sociale, e quindi posto inevitabilmente a carico del socio stesso che agisce, pro-quota. Ciò comporta anche un aggravio della posizione degli altri soci. Sul punto si veda F. D'ALESSANDRO, *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, in *rivista di diritto civile*, 2003, p. 707. Il tema della maggior efficienza delle c.d. *liability rules* rispetto alle c.d. *property rules* in sede di tutela, tra l'altro, degli interessi degli investitori in strumenti finanziari è particolarmente approfondito dalla dottrina statunitense: si veda, tra i contributi più recenti, L. A. BEBCHUK, *Property Rights and Liability Rules: the ex ante View of the Cathedral*, in *Michigan Law Rev.*, 2001, vol. 100, p. 601 ss.; L. KAPLOW - S. SHAVELL, *Property Rules: an Economic Analysis*, in *Harvard Law Rev.*, 1996, vol. 109, 715 ss.

⁴⁴³ V. BUONOCORE, *La riforma del diritto societario*, op. cit. p. 9. Nello stesso senso si veda G. OPPO, in *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, a cura di A. NIGRO, Milano, 2006, p. 255 secondo il quale libertà e responsabilità costituiscono un binomio di valore universale e che nel contesto del diritto societario l'indagine sulla persistenza di tale rapporto è sollecitata dall'indubbio ampliamento dell'autonomia dei partecipanti nel regolamento del rapporto.

⁴⁴⁴ Si veda G. ROSSI e A. SABATINI, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 40. Si veda sul punto anche Si veda G. OPPO, in *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, op. cit. p. 256, il quale aggiunge inoltre che tale situazione è aggravata dal fatto che *“tra conferimento e partecipazione sociale, dunque tra responsabilità e libertà può non esservi totale corrispondenza nel senso che la partecipazione può non essere proporzionale al conferimento”*.

⁴⁴⁵ Si veda M. GARCEA, *I gruppi “finti”. Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, II, p. 205.

tal senso operano non solo i gruppi di società, ma anche e soprattutto la disciplina dei patrimoni destinati⁴⁴⁶ e della società per azioni unipersonale⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ Sui patrimoni separati, di cui non si tratterà nel presente lavoro, si veda, tra i molti, N. BACCETTI, *Creditori extracontrattuali, patrimoni destinati, e gruppi di società*, Milano, 2009, e P. FERRO LUZZI, *I patrimoni "dedicati" e i "gruppi" nella riforma societaria*, in *Riv. Not.*, 2002, I p. 276 che si occupano del fenomeno proprio in relazione al problema dei gruppi societari. Per una prima visione, più generale, si vedano inoltre, in prospettiva più generale: D. MESSINETTI, *Il patrimonio separato e la c.d. cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, II, 102; F. DI SABATO, *Sui patrimoni dedicati nella riforma societaria*, in *Le Società*, 2002, p. 665; Id., *Strumenti di partecipazione a specifici affari con patrimoni separati e obbligazioni sottoscritte dagli investitori finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.* 2004, p. 13; C. RABITTI BEDOGNI, *Patrimoni dedicati*, in *Riv. Not.*, 2002, p. 1121; P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. Soc.*, 2002, p. 121 ss.; V. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, I, p. 551; C. GRANELLI, *La responsabilità patrimoniale del debitore fra disciplina codicistica e riforma in itinere del diritto societario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002; A. BARTALENA, *I patrimoni destinati: due posizioni a confronto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, p. 83; G. GUIZZI, *Patrimoni separati e Gruppi di società. Articolazioni dell'impresa e segmentazione del rischio: due tecniche a confronto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, p. 641; G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, p. 471; F. D'ALESSANDRO, in *Atti del Convegno di Curmayeur, 27-28 settembre 2002*, Milano, 2003, p. 38 ss.; F. FERRO-LUZZI, *Dei creditori dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2004, p. 107; P. CARRIÈRE, *Opportunità e limiti della nuova disciplina dei patrimoni destinati*, in *Le Società*, 2004, p. 31; G.E. COLOMBO, *La disciplina contabile dei patrimoni destinati: prime considerazioni*, in *B.B.T.C.*, 2004, p. 30; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 40; II, p. 507; V.M. DE SANCTIS, *Società uni personali o patrimoni dedicati?*, in *Studi in onore di V. BUONOCORE*, Torino, 2005.

⁴⁴⁷ L'introduzione della S.p.A. uni personale a fianco della S.r.l. uni personale (introdotta a seguito della Dodicesima Direttiva Comunitaria in materia societaria 89/667 CEE, in esecuzione della quale, in Italia, fu ammessa la possibilità di S.r.l. con unico socio, con D. Lgs. n.88/1993) è stata una delle più importanti novità previste dalla riforma del diritto societario, sul punto si veda, per quanto riguarda la situazione, ante riforma, ove appunto potevano esistere solo le S.r.l. unipersonali solo le S.r.l. *inter alia*, E.C. Corda, *Nuovo orientamento della cassazione in materia di responsabilità ex art. 2362 c.c. della società per azioni unico azionista* (nota a sent. Cass., Sez. Un., 14 dicembre 1981 n. 6594), in *Vita Not.* 1982, p. 103; F. DENOZZA e G. PRESTI, *Questioni in tema di "unico azionista"* (nota a sent. Cass., Sez. Un., 14 dicembre 1981 n. 6594, App. Milano 5 febbraio 1982), in *Giur. comm.* 1982, II, p. 614; M. IEVA, *In tema di responsabilità dell'unico azionista* (nota a sent. Cass., Sez. I, 29 novembre 1983 n. 7152) in *Riv. Not.* 1984, p. 653; V. MANCINI, *Società con unico azionista: recenti sviluppi giurisprudenziali e prospettive*, in *Giur. Comm.* 1984, I, p. 681; P. IZZO, *Il socio sovrano ed il socio tiranno: prospettive di superamento della tradizionale soluzione del problema*, in *Il Fallimento* 1986, p. 432; R. WEIGMANN, *Oltre l'unico azionista*, in *Giur. Comm.* 1986, II, p. 538; Id., *Società di un solo socio*, in *Digesto, Comm.*, XIV, Utet, Torino, 1997, 209; S. SCOTTI CAMUZZI, *La società' con unico azionista come fenomeno tipico del gruppo societario*, in *Riv. Soc.* 1986, p. 465; Id., *Società di comodo e unico azionista indiretto*, in *Riv. Soc.* 1990, p. 1372; P.L. TROJANI, *"De iure condendo": la società unipersonale in margine ad una proposta di direttiva comunitaria*, in *Vita Not.*, 1988, p. 1343; C. CAPPONI, *L'impiego dell'art. 2362 c.c. in materia di superamento della personalità giuridica*, in *Vita Not.* 1987, p. 548; id., *Superamento della personalità giuridica?* (nota a sent. Cass., Sez. I, 17 maggio 1986 n. 3266), in *Riv. Dir. Comm.* 1988, II, p. 4; Id., *Socio predominante e rischio d'impresa*, in *Riv. Dir. Comm.* 1989, p. 381; A. MALATESTA LAURINI, *Responsabilità e fallimento dell'unico azionista*, in *Riv. Not.*, 1988, p. 1283; L. GHIA, *Considerazioni sulla responsabilità patrimoniale dell'unico*

Il principio di responsabilità limitata è così uscito rafforzato dalla riforma, in quanto strumento fondamentale di sviluppo dell'economia, e non più legato, come a lungo si era creduto, né all'esercizio collettivo dell'impresa, né alla presenza imprescindibile della struttura corporativa o assembleare, che non si devono più ritenere essere tratti caratterizzanti della personalità giuridica⁴⁴⁸.

azionista, in *Il Fallimento* 1989, p. 253; R. VOIELLO, *Le società unipersonali nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Not.* 1990, p. 5; P. ARMENGAU, *L'impresa unipersonale a responsabilità limitata*, in *Riv. Not.* 1990, 65; U. APICE, *Riflessioni sul progetto Pajardi. Il socio unico azionista*, in *Dir. Fall.* 1991, I, 797; M. S. SPOLIDORO, *La legge sulla s.r.l. uni personale*; in *Riv. Soc.* 1993, II, p. 9; G.F. CAMPOBASSO, *La responsabilità del socio nella s.r.l. uni personale*, in *Giur. Comm.* 1994, I, p. 229; G. SCOGNAMIGLIO, *La disciplina della s.r.l. unipersonale: profili ricostruttivi*, in *Giur. Comm.* 1994, I, p. 237; id., *I contratti tra la s.r.l. e il suo unico socio*, in *I Contratti* 1995, II, p. 437; V. DI CATALDO, *I contatti tra la società a responsabilità limitata unipersonale ed il socio unico. Prime proposte interpretative*, in *Giur. Comm.* 1995, I, p. 340; G. CESARO, *In tema di S.r.l. uni personale*, in *Riv. Dir. Imp.* 1996, I, p. 15; C. IBBA, *La società a responsabilità limitata con un solo socio*, Torino, 1995; E. Gelato, *Gruppi" e "società unipersonali": note sulla limitazione di responsabilità nelle s.r.l. monosocio*, in *Giur. Comm.* 1996, I, p. 674; M. FERRO, *Responsabilità del socio unico nelle società di capitali*, in *Il Fallimento* 1996, II, p. 435; L. PICCIAU, *Estensione del fallimento al socio unico di società di capitali* (nota a sent. Trib. Milano 22 aprile 1997), in *Le Società* 1997, II, p. 1315; M. A. PETTINARI, *La società a responsabilità limitata con socio unico*, Milano, 1998; C. SARTEA, *Fallimento in estensione del socio unico di s.p.a.: il tribunale di Milano su inquietudini vecchie e nuove*, in *Giur. Comm.* 1998, II, p. 609; F. RICCI, *Nozione di "socio unico" ed eccezionalità della disciplina: ragioni di una riaffermazione*, in *Riv. Dir. Comm.* 1998, II, p. 144; S. TAURINI, *L'onere della prova nel giudizio ex art. 2287 c.c.* (nota a Trib. Napoli 8 maggio 2001 (ord.)), in *Le Società* 2001, p. 1082. Dopo la riforma del diritto societario si vedano in particolare, *inter alia*, G. MINUTOLI, *Riflessioni sulla responsabilità illimitata del socio unico di società di capitali*, in *Le Società*, 2005, p. 1364 ; A. PAVONE LA ROSA, *L'unico azionista tra "vecchia" e "nuova" normativa*, in *Giur. Comm.* 2005, I, 427; M. MAUGERI, *Finanziamenti dell'unico socio e avvio dell'impresa sociale* (nota a Trib. Milano 29 giugno 2005), in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, II fasc. 5, p. 633; P. FRUGIULE, *Il concetto di socio unico tra forma e sostanza* (nota a Cass., sez. I, 31 gennaio 2008 n. 2422), in *Riv. Not.*, 2008 fasc. 6, p. 1463.

⁴⁴⁸ Si veda A. GAMBINO, *La responsabilità dell'impresa e la gestione*, *Quad. Giur. Comm.*, Milano, 2006, p. 78 e ss.. Il legislatore ha infatti definitivamente sancito che il beneficio della limitazione della responsabilità non è incompatibile con l'esercizio unipersonale dell'attività d'impresa, introducendo appunto anche la S.p.A. unipersonale, limitazione della responsabilità che tuttavia opera solo e soltanto a condizione che siano rispettate determinate forme di pubblicità e informazione poste a garanzia dei terzi. Come dice D. GIORDANO, *Le limitazioni all'autonomia privata nelle società di capitali*, Milano, 2006 p. 49 "la personalità giuridica e la limitazione della responsabilità pertanto non sono più legate, come a lungo si è creduto, all'esercizio collettivo dell'impresa, alla presenza imprescindibile della struttura corporativa inderogabile [...] ma sono perfettamente compatibili con l'esercizio unipersonale dell'impresa [...] è opinione comune, infatti, che il principio assembleare caratterizzi il procedimento deliberativo delle persone giuridiche e delle società di capitali in particolare. Questo convincimento ha radici antiche che possono farsi risalire al diritto intermedio ed alla difficoltà avvertita dalla dottrina del tempo di astrarre dalla somma dei singoli l'esistenza di un soggetto concettualmente distinto da essi. L'universitas, infatti, veniva concepita come entità separata dalle persone che la componevano solo allorquando agiva legittime congregata et convocata, per tornare a frazionarsi, una volta che l'assemblea fosse sciolta nella pluralità dei suoi membri. La

Tuttavia, la compresenza di tali e tante figure ed ipotesi di limitazione del rischio e della responsabilità (gruppi, società uni personali, patrimoni destinati), come osservato da alcuni commentatori preoccupati, può creare significative interferenze e nuove forme di abuso; preoccupazioni su cui tenteremo di tornare in seguito⁴⁴⁹.

La responsabilità nella riforma delle società di capitali tende sempre più ad essere collegata all'esercizio effettivo della gestione dell'impresa. Il tentativo sembra essere quello di trasferire il rischio dell'attività di impresa su chi effettivamente la gestisce. La linea normativa è infatti orientata, da un lato, a circoscrivere l'estensione della responsabilità di impresa solo ai concreti abusi gestionali e,

*dottrina ottocentesca elaborava ulteriormente il concetto e, attraverso la c.d. teoria organica, faceva dell'assemblea l'elemento unificante della personalità giuridica sotto il profilo della manifestazione di volontà [...] l'evoluzione si ebbe con i codice del 1942 che per primo non qualificava più le società commerciali come enti collettivi nei confronti dei terzi. L'elemento caratterizzante allora si individuò nella struttura corporativa [...] L'idea che la persona giuridica si caratterizzi nella presenza di una struttura corporativa [...] tuttavia [...] nel codice del 1942 erano ben previste strutture corporative non dotate di personalità giuridica. L'antinomia venne ricomposta ritenendo che il discrimen era nell'inderogabilità o meno di tale struttura [...] l'idea che la struttura corporativa sia da considerarsi un elemento essenziale ed inderogabile della personalità giuridica è stata tuttavia fortemente ridimensionata dalla riforma del diritto societario che ha sminuito il ruolo tradizionalmente assunto dall'assemblea" Si veda, in proposito anche B. LIBONATI, *Introduzione, Diritto delle Società, Manuale breve*, op. cit., p. 9 e s. "il sistema novellato è invece, per così dire, molto più disinvolto. La segmentazione di responsabilità cui può addivenirsi quando si eserciti attività d'impresa si semplifica nella costruzione e si moltiplica nelle forme, non ritenendosi in definitiva più nemmeno necessaria una pluralità di investitore dunque una gestione collettiva e consentendosi anzi, a priori, il frazionamento dell'intervento operativo in centri di imputazione economicamente autonomi anche quando coordinati. Si moltiplicano altresì i vestiti che può assumere la raccolta dell'investimento. Il dinamismo della costruzione commercialistica ne viene agevolato, ma si rafforza la preoccupazione per la non semplice applicazione di un sistema tanto aperto, che esige cultura appropriata da parte di tutti coloro in una od altra veste vi intervengono. Il fenomeno del gruppo viene ancora affrontato in via unitaria e in visione incompleta, attenta al suo momento patologico, di poca importanza sul mercato, piuttosto che alla sua evoluzione fisiologica; occorreranno sviluppi interpretativi". Sempre secondo B. LIBONATI la società unipersonale, costituita per atto unilaterale, è oggi possibile solo nell'applicazione delle discipline delle società di capitali, laddove l'organizzazione è pervenuta a un livello di complessità tale che la sua scansione per fasi e la responsabilità limitata all'investimento nella società rendono indifferente che ci si riferisca a uno o più soci. Nell'ambito del riparto delle funzioni all'interno della struttura societaria appare definitivamente sovvertita l'antica tradizione di rapporti tra proprietà ed amministratori, che vedeva la prima dotata di competenze originarie e pertanto anche generali. Le competenze dell'assemblea tendono, per effetto della riforma ad essere specifiche e residuali a fronte di una competenza sostanzialmente generale degli amministratori.*

⁴⁴⁹ In proposito P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003, che si domanda "se questo genere di concorrenza tra le forme non possa generare nuove forme di abuso o in qualche modo persuadere che il risparmio di costi amministrativi in ipotesi associato allo strumento patrimoniale puro sia solo apparente e comunque non in grado di vincere la vocazione autoreferenziale del modello societario", p. 28.

dall'altro, a prevenire tali abusi con l'accentuazione del valore dell'informazione endosocietaria⁴⁵⁰.

Pienamente coerente con questo quadro sistematico, si pone la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, che costituisce, come osservato da molti, una norma di portata storica⁴⁵¹. Ma non solo, verso la valorizzazione dell'effettiva attività gestoria va anche l'art. 2476, comma 7, c.c. in materia di responsabilità dei soci gestori nelle società a responsabilità limitata. Così gli interpreti hanno iniziato ad ipotizzare che un elemento essenziale della riforma, caratterizzante in via generale l'intera disciplina delle società di capitali, possa essere la previsione di una serie di ipotesi di responsabilità da etero-gestione⁴⁵², di cui si tentano di individuare i tratti definitori.

⁴⁵⁰ M. VIETTI, *I principi ispiratori della riforma*, op. cit. p. 19 "stiamo pensando e ripensando al sistema cercando di salvare l'impostazione di una disciplina che guardi alla sostanza dei fenomeni economici più che alle vesti di volta in volta indossate dagli operatori, perché questo potrebbe indurre a comportamenti furbeschi ed alla fine elusivi della norma, ma evitando di lasciare troppi margini di discrezionalità che non diano agli operatori la certezza necessaria". E così, sempre M VIETTI in AA.VV., *La responsabilità dell'impresa, convegno per i trent'anni di giurisprudenza commerciale*, Bologna 8-9 ottobre 2004, Milano, 2006, p. 157: "gli indirizzi sulla responsabilità dell'amministratore di fatto e dell'impresa fiancheggiatrice e la disciplina legislativa sull'abuso della direzione unitaria nei gruppi di società indicano che la linea di tendenza per la repressione dell'abuso nelle economie avanzate inserite nel mercato finanziario internazionale non sia rappresentata da strumenti che tolgano il velo alla personalità giuridica, la cui responsabilità limitata al patrimonio sociale è essenziale per attrarre i capitali di rischio degli investitori. In altri termini, non è consentito aggiungere surrettiziamente alle condizioni di legge per il riconoscimento della fattispecie della società di capitali un'ulteriore condizione fondata su una supposta clausola generale. La linea di tendenza è invece nel senso di sanzionare, con tecniche diverse dalla riconduzione della responsabilità d'impresa ai soci, l'attività gestoria illegittima o abusiva che provoca danno ai terzi. Il rapporto tra responsabilità dell'impresa sociale e responsabilità del socio ha in tal senso un preciso inquadramento sistematico, restando fermo che la responsabilità del socio è esclusa in virtù di un principio generale essenziale all'afflusso all'impresa dei capitali degli investitori" E prosegue affermando "Infatti il rischio conseguente all'abuso dell'attività amministrativa non può gravare sui terzi. Esso grava non solo sugli amministratori che hanno commesso o tollerato la gestione non corretta, ma anche sul socio di controllo che ha amministrato di fatto l'impresa o l'ha abusivamente fiancheggiata o ha abusato della direzione unitaria di gruppo".

⁴⁵¹ Si veda P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, Commentario diretto da A. MAFFEI ALBERTI, Milano, 2005, p. 2302: "si tratta di una norma di portata storica, dedicata ad un tema, quello dei gruppi di società, al centro dell'attenzione degli studiosi da decenni, finora regolato per frammenti sparsi nel codice civile".

⁴⁵² Si veda A. IRACE, *La responsabilità per atti di eterogestione*, in V. SANTORO (a cura di), *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, pp. 187 e ss.

Nella ricerca di una prospettiva comune, alle S.p.A. e alle S.r.l., del regime di responsabilità del socio che si sia ingerito nella gestione, acquistano ulteriore rilievo le indicazioni tracciate dalla dottrina e dalla giurisprudenza ante riforma sulle varie ipotesi di abuso della personalità giuridica, sull'imprenditore occulto, sulla società fittizia, sulla *holding* individuale e sull'amministratore di fatto. Tali figure non sembrano infatti essere state abbandonate, ma anzi vanno ad affiancarsi alla nuova disciplina dell'etero-gestione, a sanzione delle fattispecie più gravi e patologiche, di vera e propria "finzione".

Si tenterà quindi di seguito, come promesso, di individuare tali ipotesi di responsabilità da eterogestione, ponendo particolare attenzione, in questo esame, al contesto dei gruppi societari ed a come, eventualmente, tali fattispecie pongono in crisi l'antico dogma della responsabilità limitata.

4.4. LA RESPONSABILITÀ DELLA CAPOGRUPPO (E DELLA SOCIETÀ ETERO-DIRETTA?)

4.4.1. Osservazioni di carattere generale

Come già ampiamente argomentato la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento costituisce una novità importante del nostro ordinamento⁴⁵³.

⁴⁵³ Per uno sguardo ai numerosi commenti in materia di gruppi si vedano, tra gli altri, F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. e Impr.*, 2002, pp. 1015 e ss.; Id., *Il nuovo diritto societario*, in Trattato Galgano, vol. 29, Padova, 2003, p. 163 ss.; Id., *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna – Roma, 2005; Id. e C. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato Galgano*, vol. II, Tomo 1°, Padova, 2004, p. 163 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. Soc.*, 2003, pp. 765 e ss.; V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Le Società*, 2003, p. 390; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità*, op. cit., pp. 1232 e ss.; A. NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, p. 379; F. D'ALESSANORO, *Società per azioni: linee generali della riforma*, in *La riforma del diritto societario, Atti del Convegno di Courmayeur del 27 settembre 2002*, Milano, 2003, p. 42; Id., *La nuova disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 765 ss.; D.U. SANTOSUOSSO, *Finanziamenti e garanzie a titolo gratuito infra-gruppo*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario, Atti dei seminari tenuti dalla Cassa Forense di Roma nel periodo 12 maggio-10 luglio 2003*, Roma, 2003, 425; G. SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. e Impr.*, 2003, 598; Id., in AA.VV., *Codice Civile commentato*, libro V, a cura di

In proposito la scelta adottata dal legislatore italiano non è stata quella di disciplinare in maniera analitica e generale il fenomeno dei gruppi societari, alla

G. ALPA e V. MARICONDA, sub 2497 ss., Milano, 2005, 1811 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, op. cit., pp. 195 e ss.; Id., *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e PORTALE, 3, Torino, 2007, p. 945; AA.VV., *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P. BENAZZO S. PATRIARCA, Milano, 2003, pp. 237 e ss.; R. COSTI, *Il gruppo cooperativo bancario paritetico*, in B.B.T.C., 2003, pp. 379 e ss.; L. ENRIQUES, *Gruppi di società e gruppi di interesse*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, p. 247 ss.; A. IORIO, *I gruppi*, in AA.VV., *La riforma delle società, Profili della nuova disciplina*, a cura di S. AMBROSINI, Torino, 2003, p. 195 ss.; G.B. PORTALE, *Riforma delle società e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 145; M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, op. cit., p. 335 e ss.; R. WEIGMANN, *I gruppi di società*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, p. 201 ss.; M. VIETTI, *L'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Rass. Giur. En. Elettrica*, 2004, p. 717; C. CARANO, *Responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, II, p. 429.; U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, pp. 61 e ss.; G. MINERVINI, *Cronache della grande impresa*, in *Giur. Comm.*, 2004, 4, I, pp. 894 e ss.; N. ABRIANI, *Gruppi di società, Commentario delle società di capitali*, a cura di G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES, Vol. V. Napoli, 2004. sub art. 2497 ss., pp. 1853 e ss.; P.F. CENSONI, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in AA.VV., *Il rapporto Banca-Impresa nel nuovo diritto societario*, a cura di S. BONFATTI, G. FALCONE, *Atti del Convegno di Lanciano 9-10/5/03*, in *Quaderni di Giur. Comm.*, 2004, pp. 233 e ss.; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, *ivi*, 2004, p. 541 ss.; M. CERA, *Capogruppo bancaria e nuovo diritto societario. Prime valutazioni*, in *Dir. Banca e merc. fin.*, 2004. pp. 176 e ss.; F. DI GIOVANNI, *La responsabilità della capogruppo dopo la riforma delle società*, in *Riv. Dir. Priv.* 2004, p. 31 ss.; G. FIGÀ TALAMANCA, A. GENOVESE, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita Not.*, 2004, p. 1189 ss.; AA.VV., *Diritto delle società, Manuale breve*, Milano, 2004; I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Le Società*, 2005, p. 1197 ss.; F. GIORGIANNI, *La responsabilità nei gruppi*, in *Studi in onore di V. BUONOCORE*, Milano, 2005, p. 2753 ss.; F. GUERRERA, *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2005, vol I, p. 25; P. DE BIASI, *Sull'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Le Società*, 2005, p. 946 ss.; P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2479*, op. cit., pp. 2302 e ss.; A. GAMBINO, *Limitazione di responsabilità, personalità giuridica e gestione societaria*, in *Il nuovo diritto delle Società, Liber amicorum*, Gian Franco Campobasso, diretto da P. ABBADESSA E G.B. PORTALE, 1, Torino, 2006, p. 50; M. MAGGILOLO, *L'azione di danno contro società o ente capogruppo (art. 2497 c.c.)*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 176; A. DACCÓ e G. TATOZZI, *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, sub art. 2497 c.c., Padova, 2007, p. 2939 ss.; S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007; R. PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, vol. 3, Torino, 2007, p. 889 ss.; R. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, vol. 3, Torino, 2007, p. 799 ss.; A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, 3, Torino, 2007, p. 833 ss.; M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa*, Milano, 2008, pp. 251 e ss.; P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata spunti di riflessione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, n. 3 pp. 279 e ss..

stregua del legislatore tedesco e di quello spagnolo⁴⁵⁴, né si è prevista, consapevolmente, una precipua definizione giuridica del fenomeno dei gruppi⁴⁵⁵.

Accantonata, dunque, ogni pretesa definitoria, il legislatore ha posto alla base della nuova disciplina la semplice situazione “di fatto” dell’esercizio di “attività di

⁴⁵⁴ La scelta adottata dal legislatore italiano va nella direzione opposta rispetto a quella seguita dal legislatore spagnolo in sede di riforma. L’art. 590 della proposta di legge spagnola sui gruppi di società fornisce, infatti, la seguente nozione di gruppo “1. esiste un gruppo di società quando una società è sottomessa al potere di direzione di un’altra o quando varie società risultano sottomesse al potere di direzione di una medesima persona fisica o giuridica o di varie persone che agiscono sistematicamente di concerto. 2. Si intende per società dominante quella, che mostra potere di decisione sopra una o più società, che si qualificano dominate. Le norme contenute in questo codice relative alla società dominante si applicano a qualsiasi persona fisica o giuridica che abbia il potere di decisione sopra più società dominate. 3. Il gruppo di società non è dotato di personalità giuridica”.

⁴⁵⁵ Nella disciplina normativa approvata non compare il termine Gruppo, che invece compariva insistentemente nella delega al governo, ovvero nel capo 10 della legge 3 ottobre 2001 n. 366 (Gruppi). “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 di coordinamento contemperino 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 del 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 dal gruppo, ed eventualmente il diritto di recesso quando non sussistono le condizioni per l’obbligo di offerta pubblica di acquisto”. La scelta, come accennato è stata consapevole, ed infatti, nella relazione illustrativa al D. Lgs n. 6/2003 nota 13 si legge “Come noto, la vigente disciplina del Codice Civile poco o nulla considera il fenomeno del gruppo, fenomeno, d’altro canto, estremamente importante e attuale, nonché oggetto di un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Nell’attuare la delega, all’art. 2497 si è innanzi tutto ritenuto non opportuno dare o richiamare una qualunque nozione di gruppo o di controllo, e per due ragioni: è’ chiaro da un lato che le innumerevoli definizioni di gruppo esistenti nella normativa di ogni livello sono funzionali a problemi specifici; ed è altrettanto chiaro che qualunque nuova nozione si sarebbe dimostrata inadeguata all’incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica. Sotto altro aspetto si è ritenuto che il problema centrale del fenomeno del gruppo fosse quello della responsabilità, in sostanza della controllante, nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata”. Tale decisione, è stata apprezzata da molti autori; si veda in proposito V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, op. cit., p. 390 e ss. ove si legge “la nuova norma non fornisce la nozione di unità della direzione e coordinamento, come è giusto che sia, dato che funzione delle norme giuridiche non è quella di dare definizione e nozioni, ma quella di prescrivere o vietare condotte”. Il legislatore ha evitato consapevolmente, di fornire una definizione di gruppo o di controllo, secondo F. GIORGIANNI, *La responsabilità nei gruppi*, op. cit., p. 108-109 afferma che “si tratta di una scelta prudente e condivisibile che conferma la rilevanza meramente economica del fenomeno del gruppo”. Una volta accantonata ogni pretesa definitoria, il legislatore ha posto alla base della nuova disciplina la semplice situazione “di fatto” dell’esercizio di “attività di direzione e coordinamento”. La scelta del legislatore, se da un lato elimina rischi derivanti da cristallizzazioni nozionistiche in una fattispecie in continua evoluzione (punto che – si è visto – essere stato oggetto di critiche nel sistema tedesco), dall’altro lato impone una non sempre agevole indagine sugli elementi che caratterizzano il concreto svolgimento dell’attività di direzione e coordinamento. Così si veda in tal senso S. GIOVANNINI, *La responsabilità di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, op. cit., p. 2 e ss.; F. GALGANO, *I gruppi di società*, op. cit., p. 8.

direzione e coordinamento". Tale scelta, se da un lato elimina rischi derivanti da cristallizzazioni nozionistiche in una fattispecie in continua evoluzione (punto che – si è visto – essere stato oggetto di critiche nel sistema tedesco), dall'altro lato impone una non sempre agevole indagine sugli elementi che contraddistinguono il concreto lo svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento.

Per di più, per individuare la disciplina dei gruppi occorre applicare in maniera congiunta, e non sempre agevole a livello pratico, non solo le disposizioni di cui al capo X del codice civile, ma anche le varie disposizioni sparse all'interno del Codice Civile⁴⁵⁶ oltre che, infine, le disposizioni relative allo specifico tipo sociale adottato⁴⁵⁷.

Sembra comunque potersi affermare, nonostante l'assenza di una definizione, che il legislatore abbia costruito la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento sulla base del gruppo gerarchico accentrato⁴⁵⁸, ma la disciplina è comunque ritenuta applicabile anche alle ipotesi di gruppo paritetico⁴⁵⁹. E del resto il legislatore ha adottato, quale parametro presuntivo di riferimento per l'applicazione della disciplina in questione, un concetto di controllo che è molto ampio e che include anche il c.d. controllo esterno sulla base di rapporti contrattuali⁴⁶⁰. Si esclude, tuttavia, che siano

⁴⁵⁶ Tra cui titolo puramente esemplificativo si posso citare l'obbligo degli organi delegati di riferire al consiglio di amministrazione, art. 2381 comma 3, c.c.; il potere riconosciuto al collegio sindacale di richiedere notizie agli amministratori anche in riferimento alle società controllate, nonché di scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate, art. 2403-bis, comma 2 c.c.)

⁴⁵⁷ Così G. SBISÀ, *La responsabilità della capogruppo*, in, *La disciplina dei gruppi nella riforma del diritto societario*, *Rass. Giur. dell'En. Elettr.*, 4/2004, p. 677.

⁴⁵⁸ Così G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, op. cit., p. 202.

⁴⁵⁹ Si vedano sul punto, fra i tanti, R. SANTAGATA, *Il gruppo cooperativo paritetico (una prima lettura dell'art. 2545-septies c.c.)*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, p. 524; id., *Commento all'art. 2545-septies*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI op. cit. ; id. *Società cooperative*, a cura di G. PRESTI, Milano, 2006, p. 457; R. GENCO, *Gruppi cooperativi e gruppo cooperativo paritetico*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, p. 509; A. ZOPPINI, *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)*, in *Riv. Soc.*, 2005, 761-762; U. TOMBARI, *Società cooperative e gruppi di imprese (gruppo cooperativo paritetico e gruppo cooperativo eterogeneo)*, in *Giur. Comm.*, 2007, 06, p. 739.

⁴⁶⁰ Per quanto riguarda la questione del controllo contrattuale giova citare una recente sentenza del Tribunale di Pescara 2 febbraio 2009, in *Foro It.* 2009, 10, p. 2829, ove si osserva che "La possibilità di configurare un esercizio del potere di direzione e coordinamento su base contrattuale implica - in altri termini e come rilevato da parte della dottrina - la necessità di individuare clausole contrattuali che

così stati legittimati, anche nel nostro ordinamento, i c.d. contratti di dominio, riconosciuti nella legislazione tedesca⁴⁶¹.

La normativa è estremamente problematica, cosicché, come spesso avviene nel contesto giuridico italiano, ben lungi dal sedare i contrasti ha invece riaperto, ancor più vivace, il dibattito⁴⁶². Gli articoli 2497 c.c. e seguenti, presentano numerosi

attribuiscono ad uno dei contraenti il potere di incidere sulla politica di mercato dell'altro. [...] Pertanto, in tanto può validamente porsi un problema di riconducibilità di una qualsivoglia azione della "parte dirigente/coordinante" [...] verso la "parte etero-diretta/coordinata" ad una ipotesi di "mala gestio eteronoma" della prima ai danni della seconda (nel senso di cui all'art. 2497 c.c.), in quanto quella azione costituisca - per chi la "subisce" - l'effetto di una imposizione, ossia di un atto cogente dal punto contrattuale e non già (mancando il potere contrattuale di imporla in capo al contraente asseritamente "apicale") di una libera scelta di autonomia privata dell'altro contraente [...]. Infatti la sentenza espone "Se invece quelle "direttive" non fossero (sulla base del contratto) coercibili da parte dell'un contraente nei confronti dell'altro, quest'ultimo che (ciò nonostante) vi si conformasse (evidentemente per le più disparate ragioni sottese al campo della opportunità e della discrezionalità imprenditoriale), lo farebbe sotto la propria responsabilità (rectius, nell'esercizio della propria autonomia privata), assumendo come proprie, ad ogni effetto, le relative decisioni. Onde lo stesso non potrebbe pretendere (a posteriori) di imputare alla controparte (e non al proprio "rischio d'impresa") le conseguenze economiche e giuridiche di quelle scelte (non obbligate) di cui invece avrebbe dovuto e potuto valutare (previamente) la portata e gli effetti". Pertanto, tra gli accordi indicativi della sussistenza dell'attività di direzione e coordinamento sembrano potersi far rientrare, a titolo esemplificativo: a) le disposizioni statutarie che subordinano la capacità contrattuale degli amministratori ad autorizzazioni da parte del socio di riferimento; b) le intese tra più società volte ad istituire un coordinamento di tipo amministrativo, organizzativo o finanziario (c.d. gruppo orizzontale); c) in generale, tutti gli accordi che si concretizzano nella presenza di una direzione comune di più imprese (per esempio, nel caso in cui vi sia coincidenza tra gli organi amministrativi delle società del gruppo). Sul punto si veda A. IRACE, *Commento all'art. 2497*, in AA. VV., *La riforma delle società, Commentario del D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura M. SANDULLI e V. SANTORO, III parte Torino 2003, p. 311 e ss. spec. 349.

⁴⁶¹ Tali contratti sono ritenuti incompatibili con il nostro ordinamento in quanto determinano una situazione di vera e propria sudditanza della società dominata, in conseguenza della quale i suoi amministratori sono tenuti a dare esecuzione alle direttive provenienti dalla holding, anche a prescindere dall'interesse delle società controllate. Naturalmente, ciò è possibile in quanto, secondo la legge tedesca, unica responsabile dei danni eventualmente cagionati è la capogruppo mentre gli artt. 2497 e 2392 c.c. non escludono la responsabilità degli amministratori delle controllate per l'esecuzione delle indicazioni provenienti dalla *holding*.

⁴⁶² Si veda H. SIMONETTI, *Commento all'art. 2497, Responsabilità*, in *Codice commentato delle nuove società* (a cura di BONFANTE-CORAPI-MARZIALE-RORDORF-SALAFIA), Milano, 2004, p. 1206 "Sul presupposto, allora, che "il problema centrale del fenomeno del gruppo fosse quello della responsabilità, in sostanza della controllante, nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata", si è preferito muovere dal dato di fatto dell'attività di direzione e coordinamento nel tentativo di definire, nell'ambito, più generale, dei fenomeni di unione o collegamento tra imprese, la nozione di gruppo. In questo senso, il principale elemento di differenziazione del gruppo di imprese in senso proprio, ... viene individuato nell'elemento del controllo. La nozione di gruppo è tuttavia più ampia, in quanto comprensiva anche del fenomeno del gruppo in senso orizzontale o paritetico".

nodi interpretativi, già solo sul piano del significato letterale dei termini, spesso ambigui, e delle numerose formule generali⁴⁶³.

Ardua appare, infatti, la caratterizzazione stessa della fattispecie descritta nell'articolo 2497 c.c., sotto il profilo sia dei soggetti chiamati a rispondere, sia della condotta riprovevole, sia della tipologia della responsabilità (se contrattuale o extracontrattuale), sia infine del danno risarcibile (se diretto o indiretto e se i vantaggi compensativi debbano intendersi in senso stretto e aritmetico, o in senso aperto valutativo).

Ma non solo, l'articolo in questione è stato oggetto di critiche anche per la sua illogicità e incoerenza di fondo. Ci si riferisce in particolare ai problemi di coordinamento creati dal 3° comma dell'art. 2497 c.c. ed al fatto che il socio finisce per non ottenere mai l'integrale ristoro del pregiudizio sofferto, dal momento che, ponendo il risarcimento del danno a carico della società, il socio è costretto, in una percentuale proporzionata all'entità della propria partecipazione, a farsene carico⁴⁶⁴.

Tale impianto normativo esige quindi una concretizzazione giurisprudenziale dei propri tratti caratterizzanti. Si tratta di un'opera della giurisprudenza cui il

⁴⁶³ In proposito molti autori hanno lamentato come proprio l'uso delle clausole generali renderà irto di difficoltà il compito assegnato alla giurisprudenza (A. BASSI, *La disciplina dei gruppi* in A. BASSI, V. BUONOCORE, S. PESCATORE, *La riforma del diritto societario*, op. cit., p. 199 e ss. che la vaghezza di tali clausole rischi di mortificare, se non di pregiudicare in radice, la protezione effettiva dei soggetti tutelati dalle disposizioni in rassegna. Si veda anche G. B. 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, p. 701 e ss.).

⁴⁶⁴ Si veda 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*, Milano 2003, p. 203. il quale osserva, sotto il profilo della criticità degli illeciti coinvolti dall'applicazione della norma, che "nella ipotesi di società che subisce l'illecito esercizio di direzione e coordinamento questa rappresenta proprio il soggetto danneggiato, sicché la possibilità che la stessa intervenga, in luogo della holding autrice del danno ed in realtà sempre per decisione di quest'ultima, a farsi carico del risarcimento spettante ai soci costituisce una soluzione solo in grado di aggiungere danno a danno" p. 214.

legislatore si è affidato con fiducia, riservando di fatto il compito della tecnicizzazione del linguaggio legale all'interprete⁴⁶⁵.

I limiti sopra citati indeboliscono tuttavia la disciplina⁴⁶⁶, già di per sé tutt'altro che rigorosa⁴⁶⁷. Come insinuato da alcuni, potrebbe non trattarsi di un caso: *"l'introduzione di una disciplina rigorosa è stata così rinviata di molti anni"*⁴⁶⁸.

Ma la questione principale, che risorge all'indomani della riforma delle società di capitali è che manca tutt'ora una chiara soluzione di quello che è il problema maggiore del fenomeno dei gruppi, la dicotomia tra unità dell'impresa dal punto di vista economico e pluralità e autonomia delle singole società del gruppo dal punto di vista giuridico. Ci si chiede quindi se la nuova disciplina, nel sancire l'imputabilità

⁴⁶⁵ È diffuso a tal proposito il rilievo che la scelta normativa comporta rischio di inopportune oscillazioni. Si veda P. MONTALENTI, *Osservazioni sulla bozza di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali*, in *Riv. Soc.*, 2002, p. 1542; R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, 1, p. 661; V. CARIELLO, *Primi appunti sulla cd. responsabilità dà attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, II, p. 331. La concretizzazione di tali clausole è rimessa fiduciosamente dalla Relazione all'opera di dottrina e giurisprudenza. In un certo senso, mutuando le parole di G. GAVAZZI, *"il legislatore riserva il compito della tecnicizzazione del linguaggio legale all'interprete"* in *Legislazione e linguaggio perfetto*, in *Linguaggio del diritto a cura di U. SCARPELLI E P. DI LUCIA e M. JORI*, LED Milano 1994, p.305. Tecnicizzazione che secondo alcuni, in particolare V. CARIELLO, *Primi appunti sulla cd. responsabilità dà attività di direzione e coordinamento di società* op. cit., p. 332 la giurisprudenza non sarebbe in grado di operare, *"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 e 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 mininano irrimediabilmente la certezza del diritto in un terreno ove la certezza è non solo importante ma addirittura irrinunciabile"*.

⁴⁶⁶ R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali* in AA. VV., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, p. 3714 secondo il quale l'articolo in esame presenta limiti di formulazione sul piano tecnico, che forse costituiscono il sintomo del carattere non indolore dell'innovazione (rispetto al testo dello Schema governativo).

⁴⁶⁷ B. LIBONATI, *Il sistema del gruppo, controllo di legalità e di merito*, in *Rass. Giur. En. El.*, n. 4, 2004, correttamente osserva *"fate un esempio se prendete la borsa di Milano, non esiste una sola società, tranne quattro o cinque forse, che non sia capogruppo o faccia parte di un gruppo. La disciplina del gruppo non dovrebbe essere a monte della disciplina delle società? Perché in fondo oramai le società sono dei microrganismi nell'ambito di un macrorganismo che costantemente c'è"* p. 663 e ss..

⁴⁶⁸ Così anche G. MINERVINI in, AA. VV., *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, op. cit., p. 105 per il quale l'introduzione della normativa degli artt. 2497 e ss, forzando gli stessi limiti della delega, è stata un'iniziativa inaspettata: ma la sua applicazione è indebolita da tanti dubbi interpretativi.

alla capogruppo per abuso di direzione e coordinamento dei danni subiti da soci e creditori delle società dirette, abbia davvero cambiato qualcosa.

Gli interpreti hanno formulato tesi contrastanti. A fianco di chi ritiene che la legge ora considera il gruppo come *“un’unica impresa anche da un punto di vista giuridico”*⁴⁶⁹ vi sono invece coloro i quali, e sono la maggior parte, affermano che *“l’intervento del legislatore delegato non ha modificato il principio della distinta soggettività e della formale indipendenza giuridica delle società del gruppo. Il gruppo di società non è configurabile come un nuovo soggetto di diritto o come un nuovo centro di imputazione di rapporti giuridici che si sovrappone alle singole società che lo compongono. Il gruppo di società non dà vita ad un’attività di impresa giuridicamente unitaria imputabile alla società capogruppo, ovvero congiuntamente a questa e alle società controllate”*⁴⁷⁰.

Tale ultimo orientamento, prevalente, anzi consolidato, nella giurisprudenza prima della riforma del diritto societario, è stato nuovamente ribadito anche dalla recente giurisprudenza di merito che ha così chiarito come *“deve essere esclusa la*

⁴⁶⁹ G. SBISÀ, *La responsabilità della capogruppo*, op. cit., p. 677.

⁴⁷⁰ Si veda in proposito F. GIORGIANNI, *La responsabilità nei gruppi*, in AA. VV: *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario* op. cit., p. 108-109, e D. CORAPI, in *Pubblicità e trasparenza dell’attività di direzione e controllo*, *Rass. Giur. En. El.*, n. 4, 2004, p. 656 ove si legge che il legislatore italiano *“ha preferito la strada della individuazione di regole che non toccano il principio dell’autonomia delle singole società e che, senza individuare il gruppo come una nuova fattispecie ad essere sovrapposta, intervengono di volta in volta solo per trovare un punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco”*; così anche L. SCHIAVELLO, in *Rass. Giur. En. El.*, n. 4, 2004, p. 741 il quale, all’esito del convegno affermava *“Altra cosa che mi è sembrata un po’ eccessiva è quello che è stato fatto stamattina: il continuo riferimento ad un’unità d’impresa. Non sempre è vero perché molto spesso i gruppi comprendono entità, società che sono completamente lontane dal cuore – business della società madre e quindi hanno logiche imprenditoriali diverse. Bisognerebbe tener conto del bilancio consolidato e quindi delle eventuali perdite che ci possono essere da parte di società del gruppo. In parole povere, nulla esclude che la capogruppo possa mandare alla rovina tranquillamente, uno o più società controllate, lasciarle in liquidazione, o addirittura in via fallimentare, se ritiene di non doversi impegnare ulteriormente a sostenere la società controllata. Noi sappiamo che a molte società, soprattutto quelle con partecipazione pubblica, sia imposto, da parte dell’Europa e da parte dell’Antitrust, la suddivisione di queste società madri in altre società proprio con riferimento alla necessità di evitare la posizione dominante o addirittura monopolistica. Se ragioniamo sempre in termine di unità d’impresa, allora abbiamo scherzato. Se c’è un’articolazione societaria non c’è esattamente e necessariamente unità d’impresa, tanto più quanto queste società controllate stanno in un business completamente diverso”*.

possibilità di estendere la responsabilità contrattuale verso terzi tra società controllante e società controllata (e viceversa) in virtù del rapporto di direzione e coordinamento che lega dette società, atteso che le stesse, al di là dei limitati casi e presupposti di responsabilità previsti tassativamente dall'art. 2497 c.c., rimangono due distinti e separati centri di imputazione giuridica, come si desume chiaramente per le società per azioni dagli art. 2325 e 2331 c.c."⁴⁷¹.

Nonostante le molteplici manchevolezze della normativa, non può completamente negarsi che la legge abbia, comunque, in qualche modo mutato la fisionomia delle cose e non si può fare finta che nulla sia successo.

Infatti è innegabile che la riforma, seppur implicitamente, abbia designato un'area di legittimità dell'attività di direzione e coordinamento e dell'ingerenza nella gestione delle società eterodirette, che vedono di conseguenza il loro potere di autonomia gestionale quantomeno compreso⁴⁷². Così come è certo che la legge ha

⁴⁷¹ Così Tribunale di Benevento 21 agosto 2008 in www.dejure.guffrè.it, o in Guida al Diritto 2009, 3, p. 82.

⁴⁷² In proposito si è tuttavia discusso ampiamente se nell'ottica del legislatore della riforma, la direzione e coordinamento debba essere considerata come un'attività dovuta oppure no da parte della *holding*, ma sul punto torneremo nel prosieguo. Per ora giova citare quanto affermato in proposito da U. TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una S.p.A. "di gruppo" tra disciplina legale e autonomia privata (Appunti in tema di Corporate Governance e gruppi di società)*, in *Riv. Soc.*, 2009, p. 122 "In una prospettiva più generale, si può, dunque, affermare che gli artt. 2497 e ss., c.c., riconoscendo la liceità della attività di direzione e coordinamento di società, assumono, per questa via, un importante valore "organizzativo". Più in particolare, l'art. 2497 c.c. ha una chiara funzione di "privilegio", [...]. Questa funzione di "privilegio" corrisponde, dal lato della società dipendente, ad "una sottoposizione della propria volontà ad una volontà esterna", ossia, appunto, alla volontà della capogruppo; dal lato della società dominante, implica, invece, il formale riconoscimento della possibilità di impartire direttive anche pregiudizievoli (se isolatamente considerate) alla dipendente, purché, tuttavia, siano tutelati gli interessi patrimoniali di quest'ultima società attraverso i meccanismi compensatori di cui all'art. 2497, primo comma, ultima parte, c.c." E l'Autore prosegue osservando come in un ordinamento che riconosce il fenomeno della "eterogestione" della società c.d. dipendente, con tale intensità, persino più che nell'ordinamento tedesco, "non può più essere affermato, in senso assoluto, un principio di (completa) autonomia gestionale (e giuridica) di questo modello di società. [...] In sostanza, se la disciplina legale legittima e consente che il potere amministrativo e gestorio sia "trasferito" dalla controllata alla capogruppo, l'inevitabile conseguenza è che, allo stato dell'ordinamento, non sussiste una piena ed incondizionata "autonomia gestionale (e giuridica)" della società diretta e coordinata". Di opinione diversa è G. GUIZZI, *La responsabilità della controllante*, op. cit., p. 214, il quale afferma che dal dettato normativo emerge "l'idea che la direzione unitaria costituisca una vicenda di cui si deve prendere atto, ma certo non da promuovere, e soprattutto l'idea che essa non può considerarsi dovuta, rappresentando un vulnus all'autonomia operativa delle singole società".

anche sancito, accogliendo così le tesi già abbracciate dalla dottrina e dalla giurisprudenza ante riforma, la legittimità nella gestione sociale del perseguimento di un interesse altro e diversi da quello della società stessa, ovvero l'interesse del gruppo cui la società è parte, sempre nel limite dei c.d. vantaggi compensativi (anche se, come si vedrà, i nodi problematici sul punto non possono dirsi del tutto risolti).

In sostanza si ritiene che, con la titolarità dell'azione, ed indipendentemente dalle ragioni contingenti della stessa, una porta si è aperta sul velo chiuso dell'alterità ed autonomia soggettiva delle società che compongono il gruppo. Il velo è stato ritratto ma non alzato definitivamente. L'autonomia gestionale delle società del gruppo è stata indebolita, la struttura perfetta della persona giuridica, dotata di autonoma soggettività è stata incrinata, ma resta pur sempre lo schermo dell'autonomia patrimoniale.

Ma esaminiamo più in dettaglio la fattispecie della responsabilità da abuso di attività di direzione e coordinamento.

4.4.2. L'individuazione della condotta riprovevole

Come noto ai sensi dell'art. 2497, comma 1, c.c. *“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”*.

a) L'attività di direzione e coordinamento

In primo luogo preme capire che cosa si intenda per “attività di direzione e coordinamento”.

In tale contesto l'esercizio del controllo costruisce una semplice presunzione dell'attività di direzione e coordinamento (art. 2497-sxies c.c.). Sul punto, tuttavia, occorre segnalare che tale presunzione semplice, come correttamente osservato da alcuni, potrebbe nei fatti trasformarsi in una presunzione assoluta⁴⁷³.

Sembra, comunque, che per integrare l'attività di direzione e coordinamento, occorra qualcosa di più e di diverso, sotto il profilo sia quantitativo che qualitativo, del semplice controllo (che secondo alcuni neppure sarebbe necessario⁴⁷⁴), ovvero l'esercizio concreto dell'attività di direzione e coordinamento⁴⁷⁵. Sulla portata delle due locuzioni ci si chiede, opi, se esse siano coincidenti o se facciano riferimento a condotte distinte. Per alcuni autori si tratta di un'endiadi⁴⁷⁶, mentre per altri tale definizione individua due differenti attività⁴⁷⁷:

⁴⁷³ Si veda in proposito P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c., op. cit.*, il quale osserva come “malgrado le presunzioni siano relative, al prova contraria appare assai ardua dato che occorrerà dare prova di un fatto negativo” pp. 2423 – 2424; e ancora egli osserva come “La presunzione relativa introdotta dall'articolo in esame è stata recentemente bollata come disposizione quanto mai improvvida e poco razionale. Si è lamentato infatti che occorrerebbero indici fattuali precisi per effettuare il passaggio logico dall'esistenza del controllo a quella del gruppo” p. 2425.

⁴⁷⁴ Il controllo costruisce un elemento non solo non sufficiente ma neppure necessario, come ipotizza V. CARIELLO e A. PAVONE LA ROSA, in *Trattato Colombo Portale*, op. cit., vol. II, p. 600.

⁴⁷⁵ Secondo A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, op. cit., p. 720 e ss, l'influenza dominante non si esaurisce nell'esercizio dei poteri istituzionalmente spettanti al socio di maggioranza (compresi quelli di scelta di amministratori e sindaci) ma deve implicare, affinché possa parlarsi di direzione unitaria in senso proprio, “l'accentramento, presso gli organi gestori della società controllante o di società intermedie investite di compiti direttivi (holding di settore), di funzioni amministrative inerenti alle diverse entità aggregate”. Sul punto si veda anche G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, op. cit., la quale osserva che l'utilizzo del termine attività, contrapposto implicitamente a quello di atto, tende a rimarcare il fatto che l'attività di direzione e di coordinamento non si risolve nei singoli atti di controllo e presenta un valore aggiunto rispetto ad essi.

⁴⁷⁶ Secondo V. SALAFIA, *Responsabilità della holding*, op. cit., p. 339 “la relativa attività (di coordinamento) non ha sue proprie connotazioni, trattandosi di una modalità della direzione unitaria, consistente nel collegare la direzione unitaria di tutte le imprese del gruppo, in maniera da armonizzarne i fini e le singole operazioni”. Si veda B. IANNIELLO e R. LOTTINI, *I gruppi di imprese, disciplina civilistica, contabile e profili penali*, Milano, 2008, osservano che ai fini di tale ricerca,

(i) L'attività di direzione, che comprenderebbe una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale dell'impresa;

(ii) L'attività di coordinamento, che comprenderebbe l'attività di sinergia tra le diverse società del gruppo nel quadro di una politica strategica complessiva.

La direzione opererebbe in senso verticale, mentre il coordinamento senso orizzontale, entrambe concorrendo all'attività di "direzione unitaria"⁴⁷⁸.

qualche utile elemento può essere recuperato dall'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale in relazione all'abuso di "direzione unitaria" nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. In tale contesto la "direzione unitaria" era intesa come l'attività volta a coordinare la politica economica e le strategie complessive delle società collegate, imprimendo "identità o conformità di indirizzi operativi" a una pluralità di soggetti formalmente distinti, in modo che il "gruppo" risultasse essere gestito "come se si trattasse di una sola impresa". Da tale definizione di "direzione unitaria" emerge che l'endiadi utilizzata dall'art. 2497 c.c. non intende esprimere un concetto diverso e ulteriore rispetto a quello direzione unitaria in quanto il "coordinamento di società" costituisce uno degli elementi che concorrono a qualificare l'attività di "direzione unitaria". Secondo P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, op. cit., "secondo una regola aurea, l'uso di termini significanti diversi, in un sistema scientifico debba normalmente corrispondere a concetti (significati) diversi" 2326. Ma nonostante tale premessa secondo P. DEL SOGLIO, si tratterebbe comunque di due concetti coincidenti; infatti l'Autore prosegue osservando che "la parola coordinamento è utile da un lato per focalizzare l'attività di direzione unitaria sull'unità dei risultati delle società dipendenti, tutti diretti all'interesse di gruppo, e dall'altro per connotare in senso "morbido" il significato del termine direzione [...] è chiaro che, se vi è pluralità di soggetti controllanti, per avere espressione di una direzione unitaria dovrà esserci un preventivo coordinamento fra essi, al fine di stabilire quali siano le direttive da impartire all'unisono alle società dominate" p. 230.

⁴⁷⁷ Si vedano in proposito C. D'ARIES, *Direzione e coordinamento di società: riflessi su controllante e controllate*, in Azienda, 2005, 10, p. 663, e P. DE BIASI, *Sull'attività di direzione e coordinamento di società*, op. cit., p. 946 e ss.

⁴⁷⁸ In proposito si veda da ultimo il Tribunale di Pescara, 2 febbraio 2009, già citato, in *Foro It.*, 2009, 10, p.2829 ove si legge: "L'attività di direzione è comunemente intesa come 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. L'attività di coordinamento è comunemente intesa come la realizzazione di un sistema di sinergie tra diverse società del gruppo nel quadro di una politica strategica complessiva, estesa all'"insieme" di società. La direzione opera- potrebbe quindi dirsi- in senso verticale; il coordinamento in senso orizzontale. Autorevole dottrina ritiene (correttamente ad avviso del Tribunale) che si tratti di un'endiadi di cui il tratto caratterizzante è la direzione unitaria, dovendo allora ammettersi la riconducibilità alla disciplina anche dell'attività esercitata su di un'unica società, non foss'altro perché, in tal caso, si configura comunque un'attività di coordinamento tra la società "dirigente" e la società "eterodiretta". Secondo B. IANNIELLO, *I gruppi di imprese* op. cit. gli "indici rivelatori" dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (tenendo anche conto della Circolare Confindustria 24 luglio 2004) sarebbero la programmazione finanziaria, la definizione di strategie di mercato, l'emanazione di direttive, l'esistenza di patti parasociali. L'Autrice segnala "Indici rivelatori della sussistenza di un'attività di direzione e coordinamento possono essere: la

In concreto non è facile individuare in cosa consista tale attività: si potrebbe trattare della definizione delle strategie del gruppo, della predisposizione di piani strategici, o di una serie di direttive, anche informali, rivolte agli amministratori delle controllate.

Dovrà comunque trattarsi di una serie di atti, ovvero di un'attività continuativa e stabile⁴⁷⁹. In proposito giova menzionare una recente sentenza del Tribunale di Pescara (del 2 febbraio 2009) ove si legge: "*Onde appare legittimo poter concludere nel senso che per attività di direzione e di coordinamento debba intendersi l'esercizio di una pluralità sistematica e costante di incisione sulle scelte gestorie della società subordinata, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali*"⁴⁸⁰.

b) L'interesse imprenditoriale proprio o altrui

Ai fini della responsabilità della capogruppo l'esercizio concreto dell'attività di direzione e coordinamento non è di per sé sufficiente. L'articolo fa, infatti, riferimento alle società o agli enti che agiscono "*nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui*".

Si è discusso se tale locuzione si riferisca all'attività di direzione e coordinamento o alla condotta vietata.

predisposizione di piani strategici, industriali, finanziari e di budget di gruppo, con effettivi poteri decisionali sulla società soggetta; l'emanazione di direttive attinenti la politica finanziaria e creditizia, le acquisizioni, dismissioni e concentrazioni di partecipazioni/attività, con modalità tali da influenzare in maniera rilevante l'attività operativa della controllata; la sistematica formulazione di direttive strategiche e la costante verifica di conforme esecuzione; l'incidenza, in maniera rilevante, sulla gestione sociale e sulla sua attività operativa, sulla base di contratti o clausole statutarie" e conclude rilevando "La valenza dei predetti indici ai fini dell'individuazione della direzione e coordinamento si gradua in modo differente a seconda delle caratteristiche strutturali ed organizzative delle società coinvolte ovvero della natura e del contenuto del rapporto contrattuale considerato." p. 34 e ss.

⁴⁷⁹ F. GALGANO, *Direzione e coordinamento*, op. cit. p. 57 e ss.

⁴⁸⁰ Tribunale di Pescara, in *Foro It.*, 2009, 10, p. 2829, già citato.

Secondo alcuni la frase sarebbe volta all'individuazione dell'attività di direzione e coordinamento svolta ora nell'interesse proprio, come nel caso di una holding apicale, ovvero nell'interesse altrui, come nel caso di una *sub-holding*⁴⁸¹.

Secondo altri invece, il dettato della norma dimostrerebbe la volontà del legislatore di limitare le possibili ipotesi di attività di direzione e coordinamento illecite a quelle esercitate nell'interesse della dominante e/o di terzi. La configurazione dell'illecito presupporrebbe in sostanza un esercizio dell'attività di direzione e coordinamento in conflitto di interessi della controllata⁴⁸².

Inoltre, sin da subito, è parsa poco chiara la ragione dell'aggettivo "imprenditoriale". Si è evidenziato in proposito che non si comprende per quale motivo debbano essere escluse da responsabilità le attività svolte nell'interesse non imprenditoriale. In proposito, è stato sostenuto che per interesse imprenditoriale si debba intendere qualsiasi l'interesse, esclusi solo gli interessi propri e privati degli amministratori, nel qual caso la disciplina in esame non opererebbe⁴⁸³. Secondo altri

⁴⁸¹ F. GALGANO, *Direzione e Coordinamento*, op. cit., osserva quanto segue "Il 1° comma dell'articolo in esame mette in evidenza che questa funzione [n.d.r. di indirizzo e coordinamento] è svolta per perseguire un «interesse imprenditoriale»: è, essa stessa, una funzione imprenditoriale, corrispondente alla funzione di direzione strategica e finanziaria che è presente in ogni impresa". Egli prosegue rilevando "Bisogna subito distinguere fra la holding di vertice, che si pone a capo dell'intero gruppo, e le holding intermedie, o sub-holding, che dirigono e coordinano le proprie controllate, ma sono al tempo stesso dirette e coordinate dalla holding di vertice. La prima, come tiene a precisare il presente articolo, svolge l'attività di direzione e coordinamento «nell'interesse imprenditoriale proprio»; le seconde la svolgono nell'interesse imprenditoriale «altrui»". Ed infine egli tiene a precisare "L'interesse imprenditoriale, cui fa riferimento il presente articolo, non equivale a interesse lucrativo" infatti dal concetto di impresa che è "un concetto di diritto comune o, secondo un'altra terminologia, un super-concetto — riferibile tanto al diritto civile come al diritto amministrativo [...] esula [...] il requisito, tradizionalmente ritenuto ad essa coesistente, del perseguimento di uno scopo di lucro". p. 58-60.

⁴⁸² Anche in questo caso entra nuovamente in gioco il problema della figura unica o plurima dei gruppi, e il legislatore ha evitato di riferirsi ad un interesse di gruppo.

⁴⁸³ Sembrerebbe in sostanza possibile un'interpretazione della norma in virtù della quale la responsabilità della *holding* andrebbe esclusa qualora i suoi amministratori, abusando dei propri poteri, abbiano agito esclusivamente in vista di un interesse estraneo a quello dell'impresa capogruppo, al pari di quanto previsto, in tema di responsabilità amministrativa degli enti, dall' art. 5, comma 2, D.lgs. 231/2001. Si veda sul punto R. PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, op. cit..

autori invece il termine “imprenditoriale” dovrebbe essere inteso nel senso di “non lucrativo”⁴⁸⁴.

Ma le congetture in materia si moltiplicano, e non resta quindi che attendere, speranzosi un intervento chiarificatrice della giurisprudenza.

c) La violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale

Un altro profilo problematico riguarda il fatto che, secondo il dato testuale dell’art. 2497 c.c., la responsabilità per abuso di direzione e coordinamento opera solo nel caso l’attività di etero gestione sia in “*violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*”.

⁴⁸⁴ Così F. GALGANO, *Direzione e Coordinamento*, op. cit. afferma “L’interesse imprenditoriale, cui fa riferimento il presente articolo, non equivale a interesse lucrativo. Il codice civile accoglie un concetto quanto mai ampio di impresa. È un concetto di diritto comune -- o, secondo un’altra terminologia, un super-concetto”, egli osserva come “Di fronte alle imprese mutualistiche si è dovuto allargare la prospettiva, ed affermare che ad integrare la nozione di imprenditore concorre, se non uno scopo di lucro, quello di «ritrarre un utilità economica, consista questa nel lucro od in un risparmio di spesa od in un altro vantaggio patrimoniale» [...]. Questa unitaria nozione di impresa, comprensiva così dell’impresa privata come dell’impresa pubblica, costituisce conferma dell’irrelevanza, per diritto vigente, dell’antico requisito dello scopo di lucro. [...] Il concetto di «interesse imprenditoriale» può così addirsi ad associazioni o fondazioni che svolgano, per realizzare i propri fini ideali, attività definibili come economiche; può addirsi, ancora, agli enti pubblici locali. le cui attività economiche sono dirette a realizzare pubbliche finalità; non si addice, invece, allo Stato” p. 60 e ss. Altra opinione che merita di essere ricordata è quella di R. WEIGMANN, *I gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario, profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, Vol. I. a cura di S. AMBROSINI, Torino, 2004, secondo cui “L’illiceità del danno, per restare alla ingannevole formula legislativa, non dipende dal dirigere la società del gruppo agendo nell’interesse imprenditoriale proprio della controllante, poiché questo può benissimo coincidere con la prosperità delle controllate in cui anche il socio di controllo ha investito i suoi soldi; essa invece dipende dalla «violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» nell’ambito delle controllate stesse e tale illecito comportamento sarebbe di per sé sufficiente a rendere responsabile il socio che lo tiene, anche se non ne traesse nessun beneficio imprenditoriale, per sé o per altri” p. 45 e ss.

La formula in questione è alquanto vaga⁴⁸⁵, ricca di termini ampi e di uso comune. Ma non solo, il dettato normativo pone il dubbio che la norma possa portare alla disapplicazione della c.d. *Business Judgment Rule*, vale a dire la regola secondo cui le scelte discrezionali degli amministratori non sono soggette ad un giudizio di merito *ex post* da parte del giudice, se non nei ristretti limiti della verifica del rispetto dei vincoli imposti dalla legge e in particolare dalla regola della diligenza⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ Il D. Lgs n. 6 del 2003, facendo riferimento alla (corretta) gestione (societaria e imprenditoriale) delle società sottoposte a direzione e coordinamento, ha sciolto l'ambiguità presente nella legge delega – ove si parla di “*adeguato contemperamento dell'interesse del gruppo, di quello delle società controllate e dei loro soci di minoranza*”, art. 10, comma 1, lett. a) della legge 3 ottobre 2001, n. 366 – ponendo in primo piano le esigenze gestionali della società sottoposta a direzione e coordinamento. In proposito R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, op. cit., ha osservato come “*la scelta appare condivisibile sia sul piano del merito – per chi, come me, ritenga che l'interesse del gruppo non esiste e il riferimento ad esso consente di mascherare la protezione dell'interesse della capogruppo e dei suoi soci di controllo – sia soprattutto sul piano del metodo, con un esplicita presa di posizione sugli interessi da privilegiare*” p. 3716.

⁴⁸⁶ Secondo la regola della *Business Judgment Rule*, al giudice è precluso il potere di sindacare il merito (inteso come opportunità) delle scelte gestionali compiute dagli amministratori, dal momento che dette scelte sono manifestazione dei loro poteri discrezionali e, per questa ragione, insindacabili. Detta regola di giudizio è mutuata dall'esperienza statunitense nella quale la *Business Judgment Rule* impone al giudice, al ricorrere di determinati presupposti (tra cui l'assunzione di sufficienti informazioni e l'assenza di un interesse personale nell'operazione), di svolgere l'ulteriore giudizio sulla ragionevolezza della scelta (alla sua rispondenza al *duty of care*), che impone di mandare l'amministratore esente da responsabilità a meno che la scelta non risulti del tutto irrazionale. Si veda in proposito A. DACCÒ, *Il sindacato del giudice nei confronti degli alti generi degli amministratori*, Milano, 2003, pp. 188 e ss.. Nel diritto italiano è ormai consolidato l'orientamento in base al quale la discrezionalità concessa agli amministratori nella gestione dell'impresa non consente al giudice, chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità degli amministratori, di sindacare sull'opportunità o la convenienza delle scelte compiute dargli stessi nell'esercizio delle proprie mansioni. Si veda, in dottrina, F. BONELLI, *Gli amministratori delle s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p.183 ss.. In giurisprudenza invece, sebbene la regola della *Business Judgment Rule*, sia condivisa in via di principio, la sua applicazione non ha sempre portato ad univoche soluzioni applicative, alcuni giudici nei fatti finiscono per indulgere a giudizi di meritevolezza. Si veda ad esempio Tribunale di Milano, 2 marzo 1995, in *Le Società*, 1995, p. 1595, per cui “*gli amministratori devono attenersi a quelle norme di condotta che, secondo il giudizio di ogni avveduto operatore dello stesso ramo in cui agisce l'impresa, possono giudicarsi più appropriate e pertinenti [...]. Pertanto ogni trasgressione di tali regole di avvedutezza e prudenza configura una violazione dell'obbligo di diligenza*”. La giurisprudenza di legittimità e altra parte di quella di merito sono invece più rigorosi nell'applicazione della c.d. *Business Judgment Rule* limitando il giudizio alle modalità con cui è stata adottata la scelta gestionale, per verificarne la corrispondenza ai criteri di cautela, informazione ed avvedutezza necessari ad una scelta ponderata. Si veda in tal senso Cass. Civ. 23 marzo 2004, n. 5718, in *Riv. Not.*, 2005, p. 1571, secondo cui “*se anche il giudice non può sindacare la scelta in sé, deve però controllare il percorso attraverso il quale essa è stata preferita. [...] il discrimine va individuato nel fatto che, mentre la scelta tra il compiere o meno un atto di gestione, ovvero di compierlo in un certo modo o in determinate*

La norma sembrerebbe, infatti, richiedere al giudice di compiere una valutazione e sindacare, anche in maniera del tutto discrezionale, le scelte imprenditoriali⁴⁸⁷.

Inoltre ci si chiede se, al di là della differente formulazione letterale, i principi di corretta gestione sociale ed imprenditoriale coincidano o meno con quelli di corretta amministrazione di cui all' art. 2403 c.c. e all'art. 149 del T.U.F., sul rispetto dei quali deve vigilare il collegio sindacale⁴⁸⁸, e se si tratti di una responsabilità diversa, ed eventualmente aggravata, da quella per negligente gestione di cui artt. 2392 e ss c.c.⁴⁸⁹

circostanze non è suscettibile di essere apprezzata in termini di responsabilità giuridica, al contrario la responsabilità può essere generata dall'eventuale omissione, da parte dell'amministratore, di quelle cautele di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste prima di procedere a quel tipo di scelta". Nell'ambito della giurisprudenza di merito si veda, *inter alia*, Tribunale di Milano, 20 febbraio, 2003, in *Le Società*, 2003, p. 126 ss..

⁴⁸⁷ Secondo R. SACCHI, in *La natura della responsabilità*, op. cit., la disapplicazione della *Business Judgment Rule* non è irragionevole, egli, infatti, osserva "non trovo, infatti, irragionevole, che la business judgment rule non operi in presenza di rapporti infragruppo, quando, dato il maggiore rischio di comportamenti opportunistici, si tratta di verificare il rispetto del duty of loyalty (e non semplicemente del duty of care), come confermato anche dal fatto che l'art. 2497, comma 1, c.c., richiede, perché la responsabilità operi, che la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e di coordinamento agisca nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui" p. 3715 in *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, op. cit.. Si veda anche S. GIORGIANNI, in *Libertà e Responsabilità*, op. cit. p. 114.

⁴⁸⁸ Secondo D. CORAPI, *Pubblicità e trasparenza dell'attività di direzione e controllo di società*, in *Rass. Giur. En. El.*, 2004, n. 4, la "formula è diversa da quella dei principi di corretta amministrazione il cui rispetto è indicato nell'art. 2403 c.c. tra le cose su cui il collegio deve vigilare" p. 657.

⁴⁸⁹ Si vedano sul punto M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze*, op. cit. p. 331. In sostanza mentre secondo alcuni l'attività di direzione e coordinamento è, ad esempio per i soggetti incaricati della gestione, più onerosa della gestione delle società individuali e richiede competenze e un grado di professionalità diversi (ad esempio secondo SALAFIA deve ritenersi corretta l'amministrazione del gruppo, posta in essere dalla holding che esercita l'attività di direzione e di coordinamento, quando la stessa individua, per ciascuna strategia od operazione, il punto di equilibrio tra gli interessi della capogruppo e delle controllate), secondo altri gli "oneri e gli onori" sarebbero i medesimi, e la responsabilità anche nel caso di cui all'art. 2497 c.c., deriverebbe dall'esercizio dell'attività in maniera difforme dalle regole del diritto societario (ovvero in violazione della diligenza richiesta per l'esercizio dell'attività professionale ex art. 1176, comma 2, c.c.) che realizza di per sé quella violazione che l'art. 2497 descrive come abusiva (e così ad esempio C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, op. cit., p. 159).

4.4.3. La natura della responsabilità

Già prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario si era ampiamente discusso sulla natura della responsabilità della capogruppo, se di natura contrattuale o extracontrattuale, e allora sembrava prevalere, almeno in giurisprudenza, la tesi che fondava una eventuale responsabilità della capogruppo sulla scorta della norma generale di cui all' art. 2043 c.c.⁴⁹⁰.

Dopo l'entrata in vigore della riforma del diritto societario, e l'introduzione della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento il dibattito sul punto è ancora più vivace e la dottrina prevalente sembra invece orientata verso un'ipotesi di

⁴⁹⁰ La dottrina e la giurisprudenza *ante* riforma avevano ampiamente discusso sulla natura della responsabilità degli amministratori della capogruppo e della capogruppo stessa, sia in riferimento all'art. 3, ultimo comma, della L. 3 aprile 1979, n. 95 (Legge Prodi) sia in riferimento all'art. 9 del D. Lgs n. 270/1999 (Legge Prodi *bis*) sia in generale in relazione al fenomeno della responsabilità dell'amministratore di fatto e della holding. Si riteneva che la responsabilità degli amministratori della capogruppo e della capogruppo stessa fosse di natura extracontrattuale in quanto non derivante dall'inadempimento di un dovere di perseguire un interesse della società controllata, bensì dalla violazione dell'obbligo di non danneggiarla. In tal senso, e solamente a titolo esemplificativo, si citano M. SANDULLI, *La responsabilità patrimoniale nell'ambito del gruppo in amministrazione straordinaria*, in *Dir. Fall.*, 1984, I, p. 39 e ss; F. GALGANO, *I gruppi di società*, op. cit., p.133 e ss; F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e Impr.* 1985; P.G. JAEGER, *Direzione unitaria di gruppo e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. Soc.*, 1985, p. 815 e ss; A CECCHERINI, *La responsabilità degli amministratori della società controllante*, in *Il Fall.*, 1987, p. 1122 e N. RONDINONE, *I gruppi di imprese, fra diritto comune e diritto speciale*, op. cit., p. 747 e ss.. Altra dottrina invece tendeva ad attribuire agli amministratori della controllante ed alla controllante un vero e proprio obbligo di corretta gestione. Tra di essi si citano, F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori in trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, IV, Torino, 1999, p. 409 e ss. A. PAVONE LA ROSA, *La responsabilità da controllo nei Gruppi di Società*, op. cit. , 1984, p. 401 e ss.; V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano 1979, p. 188 e ss; B LIBONATI, *La responsabilità nel gruppo*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1995, I, p. 593 e ss.; P. ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, op. cit., p. 144 e ss. In giurisprudenza, prima dell'entrata in vigore della riforma la natura contrattuale della responsabilità da direzione unitaria era stata affermata, in giurisprudenza da Tribunale di Milano, 22 gennaio 2002 ove si stabilisce che "Il curatore del fallimento di una società fallita, facente parte di un gruppo di imprese, può agire in responsabilità non soltanto nei confronti degli amministratori della società controllante, ma anche nei confronti di quest'ultima, allorché essa, abusando della direzione unitaria, abbia mancato di osservare i doveri di correttezza verso la società controllata, rendendosi inadempiente (nella specie la controllante aveva continuato ad alimentare la controllata mantenendola in attività, nonostante il suo stato di liquidazione per perdita del capitale sociale)". Si veda per un dibattito in tema anche F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, negli Scritti di F. D'ALESSANDRO, Tomo I, Milano, 1997, p. 477 ss. e già in *Foro It.*, 1988, V, e. 48 ss.

responsabilità contrattuale, anche se non mancano voci contrarie⁴⁹¹; mentre e le prime sentenze di merito si sono unanimemente schierate verso un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale. Molteplici sono le ragioni adottate a sostegno dell'una e dell'altra tesi, che si tenterà di seguito di sintetizzare.

a) La tesi della natura contrattuale

La tesi contrattuale trova le proprie radici nelle teorie sulle situazioni giuridiche vincolate e sui rapporti obbligatori di fatto di fonte legale, nonché da ultimo nei principi che la giurisprudenza ha elaborato in materia di amministratore di fatto⁴⁹².

⁴⁹¹ Per quanto riguarda la dottrina i principali esponenti di tali diversi orientamenti sono i seguenti: (i) Nel senso di una responsabilità contrattuale si vedano N. ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in AA. VV., *Una tavola rotonda su vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, p. 613 e ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, op. cit. p. 189 e ss.; R. WEIGMANN, *Gruppi di società*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, in *Atti del Convegno di Courmayeur, 27-28 settembre 2002*, a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano 2003, p. 201 e ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, op. cit. p.767 e ss.; R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, op. cit., p. 661 e ss.; A. IRACE, *Commento all'art. 2497*, op. cit., p. 311 e ss.; U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, op. cit. p. 61 e ss.; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le Società 2004*, p. 538 e ss.; M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze*, op. cit. p. 331 e ss.; G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV. *Diritto delle società di capitali, manuale breve*, Milano 2005, p. 342 e ss.; F. GIROGIANNI, *La responsabilità nei gruppi*, in AA. VV. *Scritti in onore di V. BUONOCORE*, Milano 2005, p. 2753; S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, op. cit., p. 110 e ss.; (ii) Nel senso di una responsabilità extracontrattuale si sono invece espressi F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, op. cit., p. 186; A. BASSI, *La disciplina dei gruppi*, op. cit., p. 201; G. SBISA', *Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Contr. e Impr.*, 2009, pp. 807 e ss. Per quanto riguarda a giurisprudenza, si veda in primo luogo, per una lucida ricostruzione della distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale Cass. Civ. S.U. 26 giugno 2007 n.14712. Per quanto riguarda invece, nel dettaglio, la materia che qui interessa si vedano, *inter alia*, Tribunale di Roma, 17 luglio 2007, in *Riv. Dir. Comm.* 2008, II, p. 211; Tribunale di Napoli, 28 maggio 2008, in *Le Società*, p. 78 e ancora Tribunale di Napoli 26 maggio 2008, in *Le Società* 2008, p. 316.

⁴⁹² Si veda in proposito Cass. Civ. n.. 1925/1999, in *Giur. It.*, 2000, I, p. 770 e ss., già citata, ove si legge "Il discrimine tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale va ricercato (no già nella fonte, ma) nella natura della situazione giuridica violata: se si tratta di obbligazioni, anche se non derivanti dal contratto, la violazione dà luogo a responsabilità contrattuale; se invece essa consiste nel dovere generale di rispetto delle situazioni giuridiche altrui, la responsabilità ha carattere extracontrattuale" e, in dottrina, soprattutto C. CASTRONOVO, *Responsabilità aquilana e responsabilità contrattuale*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997.

Secondo la teoria contrattuale l'ingerenza della società capogruppo nella gestione delle controllate è fisiologica, e pertanto implica un potere/dovere che ha carattere *latu sensu* organico e non può quindi considerarsi una mera anomalia⁴⁹³. Si è così sostenuto che l'art. 2497 c.c. fissa determinati doveri di comportamento in capo al soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento e dalla violazione di tali obblighi preesistenti, di fonte legale, deriva una responsabilità di natura contrattuale⁴⁹⁴. La direzione unitaria finisce così per essere considerata non solo come lecita, ma anche come doverosa⁴⁹⁵.

⁴⁹³ M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, op. cit., p. 331 e ss. il quale afferma che: "Mi sembra cioè che si assista della presa d'atto da parte del legislatore del fatto che il socio o chi esercita l'attività di direzione e coordinamento di società non possano esser considerati, nella connotazione della struttura e delle regole di responsabilità come un "accidente" esterno paragonabile ad un qualunque comportamento illecito di un terzo; nel momento in cui, con sicurezza lecitamente per l'ipotesi di direzione e coordinamento, ma in realtà anche per quel che concerne la partecipazione del socio, l'attività gestoria venga svolta o influenzata da questi soggetti dagli stessi si esige lo stesso standard di comportamento degli amministratori e così lo stesso trattamento in chiave di responsabilità. Venga essa qualificata responsabilità contrattuale ovvero responsabilità "legale" credo che essa comunque discenda dal rapporto sociale, inteso in senso allargato alla realtà di gruppo".

⁴⁹⁴ In merito, tra gli autori già citati, si veda G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, op. cit., p. 190 e ss. "in ogni caso, è da osservare che la tesi della natura extracontrattuale dell'illecito in esame non potrebbe attagliarsi alla fattispecie, oggi testualmente prevista (dal capoverso dell'art. 2497-sexies), dell'attività di direzione e coordinamento, esercitata sulla base di un contratto con le società che vi sono soggette.". Così anche V. CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità dà attività di direzione e coordinamento di società*, op. cit. p. 331: "Quel che si può affermare è che proprio il riferimento a questo principio impedisce di concepire e costruire la responsabilità della capogruppo esclusivamente — ma anche solo fondamentalmente, come si esprime la Relazione — in termini di responsabilità extracontrattuale. L'art. 2497 c.c. è sì idoneo a coprire condotte propriamente abusive allocabili fra i fatti illeciti; come pure, però e ad anzi maggior ragione, a essere invocato nella ricorrenza di condotte contrarie all'osservanza di precise regole di comportamento corretto cui è legittimo reputare sia tenuta una società o un ente nell'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento. Ma l'inadempimento di obblighi di comportamento gravanti sulla società o l'ente che esercitano 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 una responsabilità di matrice contrattuale, all'esterno come all'interno del gruppo". Con specifico riferimento all'azione dei soci, è stato osservato che "l'esercizio del potere secondo i principi di correttezza, rappresenta un obbligo contrattuale vero e proprio con la conseguenza di rendere applicabile, in caso di inadempimento, non la disciplina dell'illecito aquilano prevista dall'art. 2043, ma piuttosto la disciplina prevista dall'art. 1218, in ipotesi di inadempimento delle obbligazioni, con conseguente spostamento dell'onere della prova sul soggetto titolare dell'attività di direzione e coordinamento. Ad analoghe conclusioni si può pervenire anche quando il potere di direzione e coordinamento derivi da una situazione di fatto; tale potere, una volta costituito attraverso un comportamento tacito a livello negoziale, ma non episodico l'esercizio effettivo dell'attività di direzione e coordinamento - è ugualmente configurabile come un potere-dovere per la

Ancora è stato sostenuto che la relazione fra socio “gestore”, che esercita l’attività di direzione e coordinamento di una società, e i soci della controllata, avrebbe natura contrattuale, in quanto deriverebbe dalla violazione di un persistente dovere fiduciario⁴⁹⁶.

Sempre in tal senso è anche stato osservato che la natura contrattuale della responsabilità della capogruppo trova fondamento nel legame imprescindibile esistente tra responsabilità e potere di gestione. Solo infatti spezzando tale legame, e affermando quindi che la legge di riforma abbia attribuito alla controllante la responsabilità per abuso dell’attività di direzione e coordinamento, senza tuttavia attribuirgli il relativo potere, si potrebbe aderire alla tesi della responsabilità extracontrattuale⁴⁹⁷.

presenza di un contratto implicito” A IRACE, *Commento all’art. 2497*, op. cit., p. 311 e ss.. Facendo poi leva sul fatto che il concetto di controllo rilevante ai fini dell’attività di direzione e coordinamento, si è poi sostenuto che nell’ipotesi di controllo contrattuale la responsabilità non potrebbe, comunque, mai essere di natura contrattuale. Si veda in proposito S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, op. cit. p. 109 e ss., ove l’Autrice, strenua sostenitrice della natura contrattuale della responsabilità della capogruppo fa una lunga lista delle innumerevoli ragioni a sostegno di tale impostazione

⁴⁹⁵ Si veda in proposito G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, op. cit.

⁴⁹⁶ Così si veda P. DAL SOGLIO, *Commento all’art. 2497 c.c.*, op. cit., e R. WEIGMANN, *I gruppi di società*, op. cit., il quale sulla natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità osserva quanto segue: *“nella maggior parte dei casi, chi esercita l’attività di direzione e coordinamento pregiudizievole è il socio di maggioranza, che si comporta scorrettamente verso gli altri partecipanti. Quando invece il controllo è indiretto, alla condotta di chi formalmente domina in assemblea si affianca quella di chi sta al vertice della catena. [...] Ma la violazione delle regole di correttezza non infrange il contratto con i consoci?. Ed allora la responsabilità non deriva, per il socio che ha il controllo diretto dell’assemblea, da un inadempimento contrattuale? Extracontrattuale potrebbe essere la responsabilità di chi ha il controllo indiretto a catena e che induce gli amministratori della società nipote a non assolvere colla dovuta diligenza e lealtà i loro doveri. Sembra dunque faticosamente emergere, dalle nuove norme, un dovere fiduciario a carico del socio di controllo, se persona giuridica (la persona fisica che a sua volta dominasse la capogruppo potrebbe eventualmente essere tirata in palio in quanto avesse preso parte al fatto lesivo, ai sensi del comma 2° dell’art. ult. cit.). Si tratta, come è noto, di un tema fortemente dibattuto anche negli ordinamenti esteri, poiché fino ai tempi recenti dominava la convinzione che l’azionista non potesse essere tenuto responsabile della sua condotta”* p. 146 e ss.

⁴⁹⁷ G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, op. cit., Si veda altresì M. VIETTI, *Le linee guida della riforma del diritto societario*, in *Le Società*, 2003, p. 266 ss., secondo il quale *“il binomio potere – responsabilità è il cuore stesso della*

b) La tesi della natura extracontrattuale

All'impostazione citata si contrappone l'orientamento, condiviso in questa sede, che attribuisce connotazione extracontrattuale alla responsabilità della capogruppo ex art. 2497, 1° comma, c.c..⁴⁹⁸

Gli argomenti avanzati a sostegno di tale impostazione sono molteplici e si fondano innanzitutto su elementi di natura testuale. Si richiama in proposito l'art. 13 della Relazione accompagnatoria al D.Lgs n. 6/2003 ove è precisato che *“la responsabilità dettata da questa impostazione normativa è apparsa fondamentalmente di stampo aquiliano e necessariamente della controllante verso i danneggiati”*⁴⁹⁹. Così ancora il secondo comma dell'articolo in questione parla espressamente di chi *“ha preso parte al fatto lesivo”*.

A conferma di tale assunto vi è anche il fatto che il disposto dell'art. 2497 c.c. richiama gli elementi costitutivi del fatto illecito⁵⁰⁰. Specifica, in primo luogo, l'estremo del “fatto colposo” posto in essere dalla *holding*, che qui consiste nella violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale; identifica quindi il “danno ingiusto” cagionato ai soci o ai creditori della controllata⁵⁰¹.

disciplina del gruppo” dettata dal d.lgs. n. 6/2003, ma il quale poi, invece, sembra propendere per la natura extracontrattuale della disciplina in esame.

⁴⁹⁸ Per l'individuazione della dottrina favorevole a tale orientamento si veda la precedente nota 98.

⁴⁹⁹ Ma in proposito si veda R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle le società ai capitali*, op. cit., p. 668 ss., il quale, correttamente, rileva che l'indicazione fornita dalla Relazione, in quanto non trasfusa in norme “precettive”, non è vincolante per l'interprete, e afferma che, qualora si consideri - come avviene nella Relazione illustrativa - l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento come *“del tutto naturale e fisiologico”*, allora risulta *“più coerente sui piano sistematico qualificare come contrattuale la responsabilità da direzione e coordinamento”*. Lo stesso Autore ammette tuttavia la presenza di argomenti letterali, ricavabili dal testo dell'art. 2497 c.c., che potrebbero suffragare la diversa soluzione della responsabilità extracontrattuale.

⁵⁰⁰ F. GALGANO, *Direzione e Coordinamento*, op. cit., p. 95 e ss.

⁵⁰¹ Osservano B. IANNIELLO e R. LOTTINI, in *I gruppi di imprese*, op. cit., p. 9 *“E d'altro canto lo stesso tenore letterale delle disposizioni contenute nell'art. 2497 c.c., parrebbe evocare gli elementi costitutivi del fatto illecito, consistenti in una condotta che abbia cagionato al convenuto un “danno*

Si è anche osservato che nella disciplina dell'attività di direzione e coordinamento l'esercizio dell'attività stessa è considerata come una circostanza di fatto, ulteriore e diversa dal semplice controllo. Ben si potrebbe quindi ipotizzare una società *holding* che si limiti a detenere la partecipazione di controllo senza tuttavia esercitare di fatto alcuna ingerenza nella gestione delle controllate, al di là dell'esercizio ordinario dei suoi diritti di socio. In opposizione quindi a coloro che ritengono invece che l'attività di etero gestione sia da intendersi anche quale dovere⁵⁰².

Altri autori hanno poi osservato che la fattispecie di responsabilità ex art. 2497 c.c. non appare diversa da quella prevista in capo agli amministratori dagli art. 2394 e 2395 c.c., la cui natura extracontrattuale appare pacifica⁵⁰³.

Infine si è sostenuto che la natura extracontrattuale della norma in questione discende anche dal fatto che essa è diretta a tutelare non una categoria determinata⁵⁰⁴, ma una moltitudine indeterminata di soggetti, ovvero i soci e creditori,

ingiusto". descritto in termini di "pregiudizio arrecato alla redditività della partecipazione sociale" ovvero di "lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società".

⁵⁰² Tale impostazione è coerente con il dettato normativo, che individua nel controllo una semplice presunzione dell'effettivo esercizio attività di direzione e coordinamento. Non si condivide la tesi di coloro i quali affermano che la semplice detenzione delle quote di maggioranza di un'altra società imponga altresì di ingerirsi nella gestione sociale (pena l'eventuale responsabilità per omissione dell'attività di direzione e coordinamento). Tale impostazione, che considera l'attività di direzione unitaria come un dovere della controllante e ritiene rilevanti ai fini dell'imputabilità della responsabilità anche atti di semplice omissione appare una forzatura, come si evince dalla sostanziale mancanza di una disciplina in positivo oltre che incoerente con il dettato normativo, che sembra dare rilievo esclusivamente ad atti commissivi, ma soprattutto appare irrealistica sul piano fattuale e non tiene conto della situazione reale dei gruppi multinazionali.

⁵⁰³ F. GIORGIANNI, *Libertà e responsabilità*, op. cit., p. 120. In proposito tuttavia l'Autore basa tale teoria anche sull'assunto che sarebbero simili anche sotto il profilo del danno sofferto, mentre si ritiene invece che due azioni siano invece estremamente diverse proprio sotto il profilo del danno tutelato, che mentre negli artt. 2394 e 2395 c.c. sarebbe diretto, nel caso di cui all'art. 2497 c.c. sarebbe invece indiretto o riflesso, ma sul punto si veda più approfonditamente nel successivo paragrafo 4.4.4.

⁵⁰⁴ In sostanza la differenza tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale risiederebbe nel fatto che la prima sanziona l'inadempimento di un'obbligazione quale dovere specifico verso un soggetto determinato, mentre la seconda scaturisce dalla violazione di norme di condotta che regolano la vita sociale e impongono doveri verso una molteplicità di soggetti. Si veda in proposito L. MENGONI, voce "Responsabilità contrattuale" in Enc. Del diritto XXXIX Milano, 1988, p. 1072 e ss. e M. FRANZONI, Dei fatti illeciti, in commentario Scialoja Branca, art. 2043, Bologna 1993.

volontari ed involontari, nei cui confronti la capogruppo risponde in conformità dello schema della responsabilità extracontrattuale⁵⁰⁵.

Per la natura extracontrattuale della responsabilità si è anche espressa, unanimemente, la giurisprudenza di merito che ha avuto occasione di pronunciarsi sulla materia dopo la riforma. Si veda in proposito, fra tutte, Tribunale di Napoli 28 maggio 2008, ove il giudice ha inequivocabilmente dichiarato che *“l’abuso dell’attività di direzione e controllo da parte della società controllante, nei confronti dei creditori delle società controllate, rientra nella fattispecie della responsabilità extracontrattuale”*⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ In tal senso si veda in particolare F. GALGANO, *Direzione e Coordinamento* op. cit. “La responsabilità è concepita nei confronti della indeterminata serie dei soci esterni e dei creditori delle società controllate. Se mai la responsabilità per violazione di questo dovere di corretta gestione fosse responsabilità contrattuale, conseguente alla violazione di un dovere di protezione esteso fino a proteggere una serie indeterminata di soggetti, allora sarebbe contrattuale anche la responsabilità ex art. 2043 cod. civ., tradizionalmente ricollegata alla violazione del principio dei *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., 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 1° comma del presente articolo. Qui non è configurabile un contratto sociale in *incertam personam* un dovere di protezione verso la generalità dei consociati, quali potenziali creditori o potenziali soci di minoranza delle controllate dirette o indirette” p. 96.

⁵⁰⁶ Tribunale Napoli 28 maggio 2008, in *Foro It.*, 2009, 6, p. 1960. La sentenza in esame, per giungere a tali conclusioni, analizza in dettaglio la questione, in particolare in relazione alla figura dei creditori; si legge infatti, nelle motivazioni, “La ricostruzione dell’opponente evoca la nozione ampia di responsabilità contrattuale, che autorevole dottrina ha definito come *sineddoche*, reputando che essa si configuri non soltanto al cospetto d’inadempimento di un obbligo di prestazione derivante da contratto, ma anche in ogni altra ipotesi di inadempimento o d’inesatto adempimento di un’obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte. Anche la giurisprudenza, in adesione a tale ricostruzione, mostra di qualificare come contrattuale la responsabilità derivante dalla violazione di obblighi scaturenti non già da contratti, ma da contatti sociali, quando l’ordinamento imponga ad un soggetto di tenere in tali situazioni un determinato comportamento. Di talché la responsabilità contrattuale finisce col distinguersi da quella extracontrattuale in quanto la prima postula l’inadempimento o l’inesatto adempimento di uno specifico obbligo preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto o di una determinata cerchia di soggetti, là dove la seconda deriva dalla violazione del dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui [...]. In questo quadro sistematico, va escluso che la violazione del dovere di corretta gestione da parte dell’holder integri responsabilità contrattuale con riguardo ai creditori dell’impresa eterodiretta, sia pure nell’ampia accezione fornita da dottrina e giurisprudenza. [...] Ciò che l’holder cagiona, determinando la lesione dell’integrità del patrimonio sociale, è il pregiudizio della garanzia patrimoniale dei creditori sociali, che corrisponde alla nozione di danno ingiusto assunta dall’art. 2043 c.c. [...] La clausola generale dell’art. 2043 c.c. ben si presta a fornire tutela aquiliana nell’ipotesi di concorso del terzo nell’altrui inadempimento. E, nel caso in esame, sembra appunto configurabile il

Ovviamente la tipizzazione della responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. comporta che essa costituisca non più un'ipotesi generale di illecito riconducibile all'art. 2043 c.c. ma una autonoma fattispecie di responsabilità, con propri presupposti e con propria delimitazione dell'area del danno risarcibile. In altre parole, la responsabilità di società o ente che esercita attività di direzione e coordinamento dovrebbe sorgere sempre e solo dove i presupposti richiesti all'art. 2497 ss. siano in concreto sussistenti, e dovrebbe sorgere a prescindere dall'esistenza di altre possibili responsabilità altrove previste e regolate. Del resto la stessa Relazione illustrativa afferma che la disciplina così introdotta non si sostituisce, ma si aggiunge, a quella già esistente a tutela dei soci e dei creditori prevista dagli artt. 2395 e 2394 c.c.. Ma sui rapporti tra l'azione in esame e le altre possibili azioni previste dal codice civile si vedrà meglio nel proseguo.

Non mancano infine tesi intermedie, ed anzi sono molti in dottrina a propendere per tale impostazione. Tali autori distinguono tra la posizione dei soci delle società controllate e quella dei creditori: l'azione dei soci della controllata sarebbe di natura contrattuale, in quanto derivante dalla violazione di *“un dovere di protezione a contenuto definito, posto dal legislatore a carico di ben determinati*

concorso del terzo nell'altrui inadempimento, [...]”. Per quanto riguarda invece la posizione dei soci, in una fattispecie di controllo contrattuale, si veda Tribunale di Pescara 16 gennaio 2009, in banca dati www.dejure.giuffre.it, ove si legge, *“La responsabilità in capo alla società dominante ha natura aquiliana e deriva dal fatto illecito del dannoso esercizio del potere contrattuale ai danni della società coordinata e gestita”* e prosegue *“Nell'ipotesi in cui la legittimazione all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società derivi da “un contratto con le società medesime o da clausole dei loro statuti”, sanzionano non già il contratto bensì l’“abuso del contratto”, ossia il fatto illecito del “dannoso esercizio del potere contrattuale ai danni della controparte che quindi- in quel rapporto negoziale (altrimenti lecito)- può trovare il (mero) presupposto estrinseco; [...] Tipizzano quindi con evidenza una ipotesi di fatto illecito ex art. 2043 e segg. c.c., il quale si risolve - in tutte le forme codificate nel nostro ordinamento civile (si vedano Cass. S.U. n. 576/2008 in motivazione; Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 22586 del 2004 in motivazione) - nella descrizione di un nesso, che leghe storicamente un evento dannoso (nella specie la lesione della redditività e del valore della partecipazione sociale della società “controllata) ad un soggetto (il controllante) chiamato a risponderne sulla base di una condotta antiggiuridica (nella specie, l'aver perseguito un interesse proprio violando i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale della controllata)”. Nello stesso senso si veda anche Tribunale di Roma, ord. 13 - 17 luglio 2007, in Riv. Dir Comm., 2008, II, p. 211, già sopra citata.*

soggetti e nell'interesse di altri soggetti ugualmente ben determinati"; mentre quella dei creditori sarebbe invece di natura extracontrattuale⁵⁰⁷.

c) Le conseguenze pratiche delle diverse impostazioni teoriche

La questione della natura contrattuale ovvero extracontrattuale della responsabilità da direzione e coordinamento non è semplicemente accademica, ma ha anche risvolti pratici.

Innanzitutto dalla ricostruzione in termini di responsabilità contrattuale o extracontrattuale discende una diversa allocazione dell'onere della prova.

In caso si tratti di responsabilità derivante dal contratto, l'attore è infatti esonerato dal provare che l'inadempimento è imputabile alla controparte (art. 1218 c.c.)⁵⁰⁸, ma gli sarebbe sufficiente dimostrare la sussistenza dell'obbligo di corretta gestione violato e il danno conseguente all'inadempimento dello stesso, rimanendo a carico del convenuto, ovvero della controllante, provare l'assenza di colpa contrattuale⁵⁰⁹ e la presenza del c.d. vantaggio compensativo che esclude la responsabilità⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ Si veda in proposito R RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, op. cit., p. 538 e ss.

⁵⁰⁸ Secondo F. GALGANO, *Direzione e coordinamento*, op. cit., p. 95 "Chi si pronuncia per una responsabilità contrattuale, a norma dell'art. 1218 cod. civ. perviene comprensibilmente alla valutazione secondo cui «nella responsabilità da direzione e coordinamento sarebbe (stato) opportuno realizzare esplicitamente una regola ampia di inversione dell'onere della prova, nel senso che dimostrata la derivazione di un danno da una operazione avvenuta in costanza di esercizio di attività di direzione e coordinamento spetti alla società che esercita tale attività dimostrare che la stessa corrisponde a principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale». 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 sembra 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".

⁵⁰⁹ P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, op. cit. p. 2340: "Nel primo caso l'attore sarebbe agevolato, dovendo dimostrare l'esistenza della direzione e del coordinamento, le concrete direttive

Diversamente, la natura aquiliana della responsabilità comporterebbe l'onere per l'attore di provare la colpa della capogruppo, il danno subito, nonché il nesso di causalità tra condotta lesiva e danno ingiusto⁵¹¹. Per quanto concerne il fatto colposo della capogruppo, dovrà fornirsi la prova che l'attività di direzione e di coordinamento è stata esercitata in violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria (ed a tal fine soccorrono gli obblighi informazione e soprattutto di motivazione di cui agli artt. 2497 bis e ter c.c.). Si è anche osservato che la prova del danno ingiusto sofferto dai soci dovrà tenere conto della natura degli interessi protetti, che gli interpreti riconducono alla categoria di aspettative

pregiudizievoli impartite dal soggetto dominante, il pregiudizio subito per effetto di esse e il rapporto di dipendenza causale, mentre sui convenuti graverebbe l'onere di cui agli articoli 1218 e 1176 c.c. (in presenza di una ed. obbligazione mezzi), e dunque la prova dell'inadempimento non imputabile in quanto prestazione è stata svolta con la dovuta diligenza, quella conforme ai «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale», o - in aggiunta oppure in alternativa — la prova dei c.d. vantaggi compensativi; nel secondo caso invece l'attore sarebbe onerato anche di dimostrare la colpa dei convenuti, che nella specie si concreta nella violazione dei principi ora ricordati. Il punto è assai delicato. Vi è tradizionale riluttanza ad affermare la responsabilità senza colpa, persino in ambito contrattuale. A prima vista, come il lettore ha già capito, tendiamo ad essere prudenti: nel primo comma è prevista una responsabilità per colpa se aquiliana, una responsabilità da inadempimento di un'obbligazione di mezzi se contrattuale in senso stretto o da violazione colpevole di obblighi - parimenti di mezzi - posti dall'inadempimento se contrattuale in senso ampio (ex lege). Nel secondo comma si parla di responsabilità solidale tout court».

⁵¹⁰ M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze*, op. cit., per cui, p. 335: "Non può non sottacersi, comunque, che specie nella responsabilità di direzione e coordinamento sarebbe (stato) opportuno utilizzare esplicitamente una regola ampia di inversione dell'onere della prova nel senso che dimostrata la derivazione di un danno da una operazione avvenuta in costanza di esercizio di attività di direzione e coordinamento spetti alla società che esercita tale attività dimostrare che la stessa corrisponde a principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Quanto alla prescrizione credo debba essere applicata analogicamente la sua sospensione fintanto che il socio resti tale ovvero il soggetto eserciti l'attività di direzione e coordinamento. Sotto il profilo della legittimazione post-fallimentare credo sia indubbio che essa spetti in via esclusiva al curatore".

⁵¹¹ Si veda sul punto F. GIORGIANNI, in *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, si occupa anche della natura della responsabilità dei gruppi, p. 119: "L'individuazione del tipo di responsabilità non è priva di riflessi concreti. Ove, infatti, tale responsabilità si riconosca di tipo extracontrattuale, chi intenda avvalersene deve dimostrare la riferibilità del danno sofferto alla specifica attività di direzione e coordinamento esercitata nell'interesse estraneo alla società [...] non solo, ma in tale ipotesi il danno risarcibile sarebbe limitato a quello direttamente riconducibile alla specifica illecita attività di direzione. Nell'ipotesi, invece, di una responsabilità di tipo contrattuale, la prova sulla riferibilità dell'atto dannoso sarà rappresentata dalla mera sussistenza di un'attività di direzione e coordinamento senza necessità di dover provare l'effettivo esercizio di tale attività, spettando ai soggetti "presunti" responsabili l'onere di provare la non effettività della direzione unitaria".

legittime e non di diritti soggettivi perfetti⁵¹². Per quanto attiene al nesso di causalità tra fatto colposo e danno ingiusto, gli attori dovranno dimostrare che il danno da loro sofferto è stato causato dall'attività di direzione e di coordinamento della capogruppo⁵¹³.

⁵¹² In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza di merito. Si vedano in particolare Tribunale di Napoli, 28 maggio 2008, in *Foro it.*, 2009, n. 6, p. 1960; e Tribunale di Pescara 16 gennaio 2009, in banca dati www.dejure.giuffrè.it, e soprattutto Tribunale di Roma, ord. 13-17 luglio 2007, in *Riv. Dir. Comm.* 2008, II, p. 211 che espressamente dichiara: “*gli interessi protetti sono aspettative di diritto e non diritti soggettivi perfetti*”.

⁵¹³ Secondo una dottrina autorevole chi invoca la responsabilità dovrebbe anche provare che la società che esercita attività di direzione e di coordinamento abbia effettivamente impartito delle direttive specifiche e che la loro esecuzione abbia causato il danno subito dalla controllata e, indirettamente, dai suoi soci e creditori. Diversamente oltre alla presunzione di direzione unitaria del gruppo si finirebbe per aggiungere “*una seconda, arbitraria, presunzione: quella secondo la quale gli amministratori della holding, per il solo fatto di essere tali, si dovrebbero presumere artefici non solo delle direttive (il che è legittimo), ma anche di qualsiasi operazione posta in essere dalla controllata*”; tanto più che, mentre questa presunzione potrebbe avere un qualche fondamento nei gruppi di piccole dimensioni, non ne avrebbe alcuna con riferimento ai gruppi grandi o medio-grandi, specie se operanti su mercati internazionali: F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, op. cit., p. 1041. Sulla questione dell'onere della prova si è espresso anche il Tribunale di Pescara, 2 febbraio 2009 in *Foro It.*, 2009, 10, p. 2829 “*La fattispecie di responsabilità di cui agli artt. 2497/2497 septies c.c. presuppone in particolare - come detto- la prova (a carico dell'attore che quivi la invoca) della esistenza “cumulativa” non solo della titolarità- in capo alla controllante [...] di un potere di direzione e di coordinamento nei confronti della [società] etero/ diretta coordinata, ma anche degli ulteriori elementi prima richiamati: a) la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale; b) l'agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui; c) il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione e/o la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società; d) il nesso di causalità. [...] discende quindi che: - Non è sufficiente [...] che una qualche condotta della parte “dirigente/coordinante” [...] sia stata destinata al perseguimento di un esclusivo interesse della prima (ovvero di terzi): [...] è invece necessario (perché quella condotta si colori di anti giuridicità) che il perseguimento di quell'interesse da parte della “dirigente/coordinante” sia incompatibile con gli interessi della “eterodiretta/coordinata”. Tale sentenza richiama la giurisprudenza di legittimità sul conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato in materia di invalidità per cui al fine di ravvisare un conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato suscettibile di invalidare il contratto non è sufficiente che il rappresentante persegua interessi propri o di terzi, ma è necessario che il rappresentante persegua interessi propri o di terzi incompatibili con quello del rappresentato, da dimostrare non in modo astratto od ipotetico ma con riferimento al singolo atto o negozio (Cass. Sez. 1, sent. n. 25361 del 17/10/2008; Cass. Sez. 3, sent. n. 23300 del 08/11/2007; Cass. Sez. 3, sent. n. 3630 del 17/04/1996). Nello stesso senso si veda anche, la già più volte citata sentenza del Tribunale di Roma, ordinanza 13-17 luglio 2007, in *Riv. Dir. Comm.* 2008, II, p. 211, cit. relativa ad un ricorso per misure cautelari, ove si afferma: “*l'art. 2497 c.c. ricalca lo schema della responsabilità da fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., prevedendo come fatto colposo la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale ed identificando un danno ingiusto, cagionato rispettivamente ai soci o ai creditori sociali”.....con la conseguenza che “vertendosi in ipotesi di responsabilità di stampo aquiliano” è necessario “si provi: a) l'attività di direzione e coordinamento esercitata in violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale; b) l'esistenza di direttive effettivamente impartite dalla società che esercita la direzione, c) che l'esecuzione delle direttive abbia cagionato un danno, d) il**

Proprio l'estrema difficoltà di soddisfare tale onere probatorio per i soggetti danneggiati, che secondo alcuni si trasformerebbe, nell'ipotesi di adesione all'impostazione extracontrattuale, in una c.d. *probatio diabolica* (considerato che non di rado queste direttive sono confidenziali e non si traducono in atti formali), è spesso considerato l'elemento dirimente in favore della tesi contrattuale⁵¹⁴.

In chiusura si menziona poi la posizione assunta da altri autori ad avviso dei quali la questione del regime probatorio, diversificato a seconda della tesi aquiliana o contrattuale, andrebbe ridimensionata poiché la natura della responsabilità, ex art. 2497 c.c., non è particolarmente significativa per la ripartizione dell'onere probatorio che, in ultima analisi sembra potersi determinare in base ai caratteri propri della condotta prevista dalla norma⁵¹⁵.

Inoltre, dalla ricostruzione in termini di responsabilità contrattuale ovvero extracontrattuale della fattispecie in esame, discendono anche conseguenze diverse in materia sia di quantificazione del pregiudizio risarcibile, atteso che per la responsabilità aquiliana non opera il limite della prevedibilità del danno previsto dall'art. 1225 c.c.⁵¹⁶, sia in termini di prescrizione⁵¹⁷.

nesso causale tra l'attività di direzione e coordinamento della holding ed il danno che deve tenere conto della natura degli interessi protetti che sono aspettative di diritto e non diritti soggettivi perfetti".

⁵¹⁴ Secondo F. GIORGIANNI, op. cit., p. 124: "La tutela dei soci più deboli, offrendo un nuovo e valido strumento risarcitorio, una migliore tutela può trovare più facile soddisfazione attraverso un'azione di natura contrattuale. Solo un'azione di questo tipo, infatti, può consentire una più facile tutela nelle ipotesi di danni certi ed indiscutibili e di patenti e colpevoli abusi, di diffide dimostrazione, degli enti dominanti nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società dominate".

⁵¹⁵ Si veda in proposito A. BADINI CONFALONIERI e R. VENTURA, *Il Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, III, Bologna, 2004, p. 2150.

⁵¹⁶ Per quanto riguarda invece la questione della prevedibilità del danno, il Tribunale di Pescara, 2 febbraio 2009, in *Foro It.*, 2009, 10 p. 2829 a messo in luce come "è altresì necessario (in diretta connessione con quanto appena rilevato) e secondo la nota teorica della colpa, che la dannosità di quella condotta [...] emergesse già al momento della sua realizzazione (ossia ex ante) [...] è infatti noto che la prevedibilità ed evitabilità del danno costituiscono requisiti essenziali nel contesto dei criteri per l'imputazione a titolo di colpa e per giudicare la natura colposa della condotta (cfr. ex multis Cass. Sez. 3, Sentenza n. 11609 del 2005; Cass. 02/12/1996, n. 10723; Cass. 19/08/2003, n. 12124; Cass. 31/05/2003, n. 882.8)".

Importante è anche la differente scelta della legge applicabile, nel caso di gruppi transfrontalieri: se la responsabilità è extracontrattuale si applicherà la legge del luogo in cui è avvenuto l'evento dannoso oppure, a scelta del danneggiato, la legge dello Stato in cui si è verificato il fatto che ha causato danno, ai sensi dell'art. 62 L. 218/1995; se invece la responsabilità è contrattuale, si applicherà il diritto del luogo nel quale il contratto è stato concluso, salva la diversa volontà delle parti, ai sensi dell'art. 25, comma 2, L. n. 218/1995.

Ebbene in caso di adesione alla tesi della responsabilità contrattuale il rischio potrebbe essere quello della sostanziale sottrazione delle società capogruppo straniere alla disciplina italiana. Ma non solo, tale impostazione potrebbe anche indurre le *holding* italiane a trasferirsi in base alla convenienza del diritto straniero applicabile. Una soluzione, seppure non semplice, a tale inconveniente, potrebbe essere l'applicazione della *lex societatis* della società figlia in modo da responsabilizzare così automaticamente l'ente dominante di società italiane costituito all'estero. Uno spunto per l'applicazione della legge nazionale della società dominata è contenuto nel Regolamento CE n. 2157/2001 relativo allo statuto della società europea (SE), ove il quindicesimo considerando stabilisce che *"in virtù delle norme e dei principi generali del diritto internazionale privato, i diritti e gli obblighi relativi alla tutela degli azionisti di minoranza e dei terzi, derivanti per un'impresa dal*

⁵¹⁷ Nell'un caso si tratterebbe di prescrizione quinquennale nell'altro decennale. Alcuni autori sostengono invece che con riguardo alla prescrizione opererebbe sempre e in ogni caso il termine quinquennale di cui all'art. 2949 c.c., trovandosi in materia societaria. Il termine di prescrizione inizierebbe a decorrere dal verificarsi del danno o - per l'azione dei creditori sociali e degli organi delle procedure concorsuali - da quando si manifesta l'insufficienza del patrimonio sociale della società soggetta a direzione e coordinamento, atteso che questo sembra il momento in cui diventa conoscibile la lesione all'integrità patrimoniale. (così A. PATTI, *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, op. cit., p. 258). Secondo M. RESCIGNO, *Etero gestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze*, op. cit., per cui, p. 335: *"Quanto alla prescrizione credo debba essere applicata analogicamente la sua sospensione fintanto che il socio resti tale ovvero il soggetto eserciti l'attività di direzione e coordinamento. Sotto il profilo della legittimazione post-fallimentare credo sia indubbio che essa spetti in via esclusiva al curatore"*. In materia, e con particolare riferimento alla prescrizione del diritto al risarcimento da illecito permanente si veda da ultima Cass. Civ. 24 agosto 2007 17985 c.c., in *Il Fall.*, 2007, p. 407.

*controllo esercitato su di un'altra impresa soggetta ad un diverso ordinamento giuridico sono disciplinati dal diritto applicabile all'impresa controllata*⁵¹⁸.

È stata anche ipotizzata la configurazione dell'art. 2497 c.c. in veste di norma di applicazione necessaria.

La questione dell'applicabilità dell'art. 2497 c.c. a capogruppo estere anche nel contesto dei gruppi multinazionali con società figlie italiane è peraltro estremamente complessa e delicata, se apprezzata in una prospettiva generale. Si pensi, ad esempio, alle possibili interpretazioni estensive del secondo comma dell'art. 2497 c.c. che, nello stabilire la responsabilità solidale di chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e di chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio, potrebbe vedere soci e amministratori della società straniera "capogruppo" chiamati a rispondere con il proprio personale patrimonio.

4.4.4. Il pregiudizio arrecato ai soci e ai creditori sociali

Si è detto che i soci ed i creditori della società controllata sono legittimati all'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo per i danni subiti a causa dell'abuso di direzione e coordinamento da parte di quest'ultima. Mentre il socio lamenta "*il pregiudizio arrecato alla redditività è al valore della partecipazione sociale*" il creditore si duole della "*lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società*".

Con tale disciplina si è inteso prevedere forme di tutela aggiuntive rispetto a quelle preesistenti, con l'obiettivo di conferire una protezione rafforzata agli interessi dei creditori e dei soci delle società che sono inserite in un gruppo⁵¹⁹. Ma tale tutela

⁵¹⁸ Tale soluzione avrebbe il pregio da un lato di parificare la situazione nei casi di responsabilità a carico dell'amministratore di fatto ente e dell'amministratore di fatto persona fisica, atteso che in questo caso non si dubita dell'applicabilità della *lex societatis*, qualunque sia la nazionalità dell'uomo forte, e dall'altro di prevedere contemporaneamente un'unica legge applicabile indipendentemente dalla natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità. Si veda in proposito M. V. BENEDETTELLI, *Il mercato comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, 2003, Riv. Soc.*, 2003, 4, p. 699 e ss.

⁵¹⁹ Si tratta di un'azione, diretta verso la controllante, che si aggiunge alla tutela prescritta dall'art. 2395 c.c. o per i creditori sociali la tutela offerta dall'art. 2394 c.c.. Si veda R. WEIGMANN, *I gruppi di*

rafforzata, se giustificata dal punto di vista di politica legislativa, crea seri problemi di coordinamento quanto alla sua applicazione concreta. In sostanza, si potrebbe dire che è buona l'intenzione ma non altrettanto buona la realizzazione.

Ma procediamo con ordine.

Con riferimento ai soci di minoranza, il primo tema oggetto di indagine è quello del significato del dettato normativo: non è infatti chiaro cosa si intenda per *“pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione”*⁵²⁰.

La norma, sembra aver sancito il riconoscimento nel diritto italiano dello *shareholder value* nel contesto dei rapporti tra soci e società quanto meno nell'ambito dei gruppi societari, e ciò proprio mentre tale paradigma perde rilevanza nel contesto internazionale⁵²¹.

società, op. cit., p. 46, il quale osserva che “È vero che colla gestione scorretta, che è pur sempre espletata dagli amministratori in carica sotto la loro primaria responsabilità (artt. 2392 e seguenti, c.c.), si danneggia anzitutto il patrimonio della società e solo indirettamente le partecipazioni dei soci, le quali sono beni di secondo grado che vivono di luce riflessa. Ma il socio di maggioranza è disposto a pregiudicare il valore della società ed in proporzione della sua stessa quota perché conta di ricavare un beneficio più consistente in qualche altra articolazione del suo impero economico. Apparentemente il rimedio più efficace sembra consistere in un risarcimento alla società danneggiata: tuttavia, anche se in essa l'azione sociale di responsabilità fosse concessa alla minoranza, le somme verrebbero riservate alla società e quindi continuerebbero ad essere gestite dal medesimo socio di controllo che ne aveva promosso lo storno. Per evitare l'inconveniente di essere ricondotti al punto di partenza, si può stabilire che siano direttamente i soci a pretendere il risarcimento del danno patito di riflesso per il diminuito valore delle loro partecipazioni, ben sapendo che, se anche formalmente la legittimazione è riconosciuta a tutti i soci, quello di controllo non avrebbe interesse a dolersi degli effetti del proprio disegno strategico e che quindi, in definitiva, l'azione risarcitoria spetterebbe soltanto ai minoritari in proporzione alle loro rispettive quote.”

⁵²⁰ Come è stato correttamente osservato l'inciso, fortunatamente, sostituisce la formulazione in un primo momento proposta che riguardava afferente al “diritto all'utile” e alla valorizzazione della partecipazione sociale, contenuta nello schema di decreto governativo del 30 settembre 2002. Nella versione finale della norma, la redditività e il valore delle partecipazioni non sono stati più qualificati come diritti dei soci, diversamente da quanto si leggeva nel progetto preliminare dell'art. 2497 c.c.. Nel diritto Italiano il socio infatti non ha alcun diritto all'utile.

⁵²¹ Si veda R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma societaria*, op. cit., p. 3717, secondo il quale *“La norma in esame riveste un ruolo centrale nella riforma e, anzi, si presenta come norma-manifesto dell'approccio culturale che ispira la riforma stessa. Con essa trova espresso riconoscimento il principio dello c.d. shareholder value, che costituisce l'idea guida del dibattito che, raccogliendo gli stimoli della dottrina statunitense, ha influenzato il processo di riforma del diritto societario di questi anni, avviato con il t.u.f. [...]. E che, dopo il Progetto Mirone, ha riprodotto la legge delega n. 366 del 2001 e il d.lgs. n. 6 (e quello n. 5) del 2003. L'elemento che accomuna questi provvedimenti legislativi e progetti, al di là di differenze nelle concrete scelte di*

Sia la “redditività” sia il “valore della partecipazione” rappresentano valori giuridici nuovi nel sistema dei rapporti tra soci, per la cui precisa interpretazione sarà necessaria una lunga opera di affinamento ad opera dei giudici e degli interpreti⁵²².

La “redditività” sarebbe da intendersi in senso di potenzialità redditizia della partecipazione, ovvero del riconoscimento al socio di un’aspettativa a non vedersi escluso il conseguimento dell’utile e la possibilità di percepire i relativi dividendi⁵²³.

La “valorizzazione della partecipazione” sociale, invece, sarebbe da intendersi quale aspettativa al mantenimento del valore di scambio della partecipazione ed alla realizzazione, qualora il socio decida di alienare tale partecipazione, di un adeguato controvalore in denaro⁵²⁴.

Ma resta il fatto che nel nostro ordinamento il socio non ha alcun diritto in merito alla redditività ed alla valorizzazione della propria partecipazione, sembrerebbe quindi, come già accennato, e come sembra del resto orientata la giurisprudenza, che

disciplina positiva [...] è rappresentato dall'abbandono della tradizionale prospettiva “renana”, che pone come obiettivo proprietario del diritto societario la protezione dell'interesse dei creditori sociali, alla conservazione e all'incremento della garanzia, costituita dal patrimonio sociale, per adottare un'impostazione nella quale l'interesse dei creditori sociali e, più in generale degli stakeholders (viene comunque tutelato, ma) 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 in società di capitali.”

⁵²² P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, op. cit., p. 2316 e ss.

⁵²³ Si veda in proposito V. SALAFIA, *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate*, op. cit. p. 5. Si è osservato quindi che la società holding non potrebbe perseguire interessi di gruppo al punto da imporre una società controllata una politica di pareggio di bilancio che comporti un impedimento per i soci del conseguimento degli utili. Ma non si tratterebbe comunque di un diritto del socio a pretendere la massimizzazione del profitto.

⁵²⁴ Si veda in proposito F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 2004, p. 287. Diverse sono le tipologie di atti pregiudizievoli per la redditività o il valore della partecipazione. La controllante potrebbe adottare delle politiche di gruppo che impediscano a priori la remunerazione del capitale della controllata e che deprezzino il valore di scambio delle partecipazioni al suo capitale sociale. Le ipotesi patologiche più evidenti sono ad esempio quelle afferenti alla stipulazione tra la capogruppo e le controllate di contratti di consulenza e forniture di servizi, di tesoreria, amministrativi, di consulenza fiscale e così via, che prevedano corrispettivi da parte di alcune o di tutte le società controllate tali da assorbire gli utili che queste ultime possono conseguire, per trasferirli in capo alla controllante. Sul tema dello *shareholder's value* e delle possibili modalità di lesione di tale valore. Su tale punto si veda V. COLANGELO, *C'era una volta in America. Gli insegnamenti presunti ed i fallimenti veri dell'affare Enron*, in *il Mercato, Concorrenza, Regole*, 2002, p. 455.

l'azione in esame sia a tutela non tanto di diritti soggettivi quanto di un interesse legittimo⁵²⁵.

Il dettato normativo sembra anche aver messo in crisi la tradizionale distinzione tra danno diretto e danno indiretto.

Sino ad oggi il danno diretto legittimava il socio ad agire per un danno dallo stesso subito direttamente nel proprio patrimonio e quindi, coerentemente, il socio aveva diritto a ricevere direttamente nel proprio patrimonio il relativo risarcimento (di cui esempio paradigmatico è l'art. 2395 c.c.); il danno indiretto, invece, legittimava i soci titolari di una determinata partecipazione minima nel patrimonio sociale ad agire per un danno riflesso, in quanto subito quale conseguenza del danno causato, in via diretta, al patrimonio sociale, e quindi, coerentemente, il risarcimento del danno andava alla società, che aveva direttamente subito il danno (di cui è esempio tipico l'art. 2393-bis c.c.).

Ora, tornando alla fattispecie in esame, come sostenuto dalla prevalente dottrina, è difficile ipotizzare che il danno di cui all'art. 2497 c.c. non sia, dal punto di vista del socio, un danno indiretto, o riflesso, che dir si voglia. E ciò in considerazione del fatto che la partecipazione sociale subisce un pregiudizio alla redditività o al proprio valore in conseguenza di un pregiudizio che incide, in primo luogo, sul patrimonio sociale⁵²⁶.

⁵²⁵ In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza di merito citata in precedenza (nota 119) e tra cui si ricorda Tribunale di Napoli, 28 maggio 2008 in *Foro. It.*, 2009, 6, p. 1960, Tribunale di Pescara 16 gennaio 2009 e soprattutto Tribunale di Roma, ord. 13-17 luglio 2007.

⁵²⁶ La redditività ed il valore della partecipazione sono, infatti, conseguenza dalla corretta gestione dell'impresa sociale e rappresentano una proiezione indiretta di risultati che attengono direttamente solo alla sfera economica e giuridica della società. Si vedano V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle società controllate*, op. cit., p. 393; G. GUIZZI, *La responsabilità della controllante*, op. cit., p. 214; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, op. cit., p. 538 e ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.s. dopo la riforma delle società*, op. cit., p. 290; G.F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, p. 84. In giurisprudenza è stato affermato che qualora la società subisca, per effetto dell'illecito commesso da un terzo o da un amministratore, un danno alla consistenza patrimoniale e detto danno sia tale da incidere sul valore della partecipazione sociale, l'illecito colpisce solo il patrimonio della società e non si traduce in un danno diretto all'azionista. Si vedano, in proposito, Cass. 4 dicembre 2002, n. 11787. in *Dir. e Prat. Soc.*, 2003, p. 71 e ss.; Cass. 27 giugno 1998, n. 6364

Se tali considerazioni sono corrette, come si ritiene che siano, non si comprende allora come sia possibile che tale danno indiretto dia diritto al socio ad agire in via diretta (e non surrogatoria) e soprattutto come sia possibile la destinazione “diretta” al socio del risarcimento del relativo danno. Ciò detto, la questione è ulteriormente complicata dalla previsione di cui all’art. 2497, comma 3 c.c., ai sensi del quale la stessa società controllata, che in via diretta ha subito il danno, sarebbe tenuta a risarcire il socio, con conseguente ulteriore depauperamento del proprio patrimonio (di questo ulteriore problema si parlerà nel successivo paragrafo 4.4.8, cui si rinvia).

La norma in questione crea inoltre problemi di coordinamento con l’azione consentita al socio ai sensi dell’art. 2395 c.c. sollevando qualche dubbio di legittimità costituzionale della norma in esame⁵²⁷. A ciò si aggiunga che, come correttamente

in *Foro It.*, 1999, I. 652 e Appello Milano, 10 marzo 1995, in *Le Società*, 1995, p. 1437 e ss.. Il danno subito dal socio della controllata sarebbe quindi un danno riflesso e conseguenza del danno direttamente patito dal patrimonio della società. L’avverbio “direttamente”, presente nel primo comma dell’art. 2497 c.c., non inficerebbe tale interpretazione perché ha solo la funzione di attribuire una legittimazione propria, e non surrogatoria della società, ai soci attori, i quali beneficerebbero dunque dei risultati economici della sentenza favorevole.

⁵²⁷ Per quanto attiene alle critiche di legittimità costituzionale si è osservato che mentre i soci della capogruppo o di una società non inserita in un gruppo possono agire solo con determinate minoranze, i soci della controllata possono agire senza il necessario raggiungimento di dette minoranze: vi sarebbero quindi profili di dubbia costituzionalità in relazione al principio della parità di trattamento ex art. 3 Cost. Si è anche affermato che il nuovo testo dell’art. 2497 c.c. deroga in maniera evidente, non solo al richiamato art. 2395 c.c., ma anche, più in generale, al sistema della responsabilità civile quale si desume dal combinato disposto degli artt. 2043 c.c. e 1223 c.c. Inoltre, sotto altro profilo, si è sostenuto che viene completamente rivisto e modificato il contenuto dell’art. 2395 c.c. compromettendo quindi l’univocità concettuale della categoria del danno diretto risarcibile. Infine tale tipologia di danno sembrerebbe volta a tutelare esclusivamente i soci di minoranza forti a discapito dei creditori e dei soci di minoranza deboli. Secondo P. DAL SOGLIO, *Commento all’art. 2497 c.c.*, op. cit. p. 2319: “La norma in commento afferma una responsabilità, a carico dei soggetti che esercitano la direzione e il coordinamento, per danni cagionati indirettamente ai soci, e con ciò adotta una soluzione radicalmente opposta (in deroga, si è scritto a quella prevista dall’art. 2395 c.c. (nel vecchio e nel nuovo testo), ove l’avverbio « direttamente » ha sempre escluso l’ammissibilità di azioni di questo tipo). Emerge dunque una differenza di trattamento: da un lato il socio può agire contro la capogruppo - e i suoi amministratori, secondo il capoverso dell’articolo in commento - per i danni indirettamente cagionati al valore della sua partecipazione; dall’altro egli non può esercitare la stessa azione contro gli amministratori della dominata, di cui è azionista, perché lo impedisce l’art. 2395 c.c. Eppure, dal punto di vista dell’efficacia causale, vi sarebbe concorso dell’azione - o forse più spesso dell’omissione - dei secondi con l’azione o l’omissione dei primi. Questa disparità sarebbe addirittura bisognosa di composizione ad opera della Corte costituzionale che, intervenendo sull’art. 2395 c.c., dovrebbe « consentire l’azione diretta del socio contro gli amministratori della società anche per i danni da loro

osservato, le disposizioni ammissive del risarcimento diretto al socio del danno riflesso comportano evidenti eccezioni rispetto ai principi posti a tutela del patrimonio sociale⁵²⁸.

Ciò che preme, in conclusione, evidenziare, è che tale previsione appare incoerente con il sistema del diritto societario italiano.

Le difficoltà appena citate hanno indotto alcuni autori a sostenere che il danno del socio sarebbe un danno diretto, facendo leva sul dato letterale della norma (in cui si legge che le società o gli enti sono “direttamente” responsabili nei confronti dei soci e creditori) e sulla considerazione che appunto, a differenza di

*indirettamente arrecatigli », salvo dimostrare che l'art. 2497 ha inteso riprodurre in tema di gruppi la stessa regola dell'art. 2395 ce (cosa piuttosto difficile, già sul piano dell'interpretazione letterale).” Per contro osserva S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, op. cit., p. 179 “La ragione della diversità di trattamento tra la responsabilità della società, slegata da ogni collegamento con altre società, risiede, infatti nell'esigenza di predisporre un'adeguata forma di tutela in una fattispecie in cui il rischio di un conflitto di interessi degli amministratori e del socio di maggioranza, a danno delle società aggregate è particolarmente elevato, se non addirittura , come è stato detto, sistematico, congenito, ossia connaturato alla stessa realtà dei gruppi. Ciò a differenza di quanto accade nella società isolata dove il conflitto d'interessi fra amministratori e società è soltanto un episodio saltuario ed eccezionale e come tale concepito e disciplinato dal legislatore”.*

⁵²⁸ In proposito si veda A. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per danno diretto agli azionisti*, in *Liber amicorum G. F. CAMPOBASSO*, vol. II, op. cit. p. 936 e ss. ove si legge “se una previsione in deroga al requisito del danno diretto può giustificarsi avuto riguardo alla fattuale impossibilità per la società dipendente di esercitare la pretesa risarcitoria di cui è titolare verso la società dominante, non è da escludersi che l'estensione del precetto oltre i limiti dello specifico fenomeno del gruppo – pur essendo coerente con l'obbiettivo gius-politico di rafforzare la tutela dell'investimento dei soci minoritari – impiega nel divieto di analogia posto dall'art. 14 dip. Prel. con riguardo alle norme eccezionali: nella misura in cui, in coerenza con le superiori promesse, le disposizioni ammissive del risarcimento del danno riflesso in favore del socio siano riguardate come altrettante eccezioni rispetto ai principi posti dal regime vincolistico del patrimonio sociale ed espressi sul piano della fattispecie risarcitoria, dal requisito del danno diretto; e si ritenga di conseguenza che né l'art. 2497 c.c. né ad altre ipotesi legislative di risarcimento del danno riflesso a vantaggio del socio possa riconoscersi una forza espansiva all'interno del sistema dell'impresa capitalistica”. L'autore tuttavia poi precisa che nel precetto dell'art. 2497 c.c. possono scindersi due diverse regole: da un lato quella della responsabilità da direzione e coordinamento, che alla luce dell'analogo disposto di cui all'art. 2476, comma7, c.c., può ritenersi espressione di un più ampio principio di responsabilità comune ad ogni forma, più o meno ampia, di etero gestione, e dall'altro quella della destinazione al socio del risarcimento derivante da un danno riflesso che invece, comportando una deroga al regime vincolistico del patrimonio sociale, non sarebbe invece suscettibile di applicazioni o interpretazioni estensive”.

quanto previsto dall'art. 2393 *bis* c.c., il risarcimento del danno deve essere corrisposto direttamente al socio danneggiato⁵²⁹.

Venendo ora, infine, ai creditori sociali, la loro situazione non appare altrettanto problematica. Il pregiudizio rilevante ai fini della responsabilità della capogruppo che legittima il creditore all'azione ex art. 2497 c.c., è la lesione all'integrità del patrimonio sociale. Un concetto già noto all'ordinamento e richiamato proprio dall'art. 2394 c.c., per l'esercizio dell'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti dell'amministratore anche nella società monade⁵³⁰, anche se occorre segnalare che l'art. 2497 c.c. non richiede quale ulteriore condizione dell'azione, l'insufficienza del patrimonio sociale nei termini di cui all'art. 2394 c.c.,

⁵²⁹ R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, op. cit., p. 668 e ss.; A. PATTI, *Commento all'art. 2497 c.c.*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, a cura di G. LO CASCIO, Milano, 2003, p. 253.

⁵³⁰ Si veda R. RORDORF, *I gruppi di società nella recente riforma del diritto societario*, p. 538. In merito ai criteri per la quantificazione del danno da lesione del patrimonio sociale, spesso invocato in sede fallimentare, si desidera richiamare nuovamente la già citata sentenza del Tribunale di Napoli, 26 maggio 2008, in *Foro It.* 2009, 6, p. 1960, che riporta i vari orientamenti in materia "Il metodo di quantificazione del danno proposto dall'opponente è stato sovente applicato come regola di giudizio (vedi App. Bologna 5 febbraio 1997, *Foro It.*, 1997, I, 2284; Trib. Genova 19 settembre 1988, *Foro It.*, Rep. 1989, voce Società, n. 570; Trib. Roma 5 dicembre 1986, *id.*, Rep. 1987, voce cit., n. 508; Trib. Catania 30 agosto 1986, *id.*, Rep. 1988, voce cit., n. 366; Trib. Milano 13 ottobre 1983, *id.*, Rep. 1984, voce Fallimento, n. 516) e non è estraneo ad alcune risalenti decisioni del giudice di legittimità (Cass. 23 giugno 1977, n. 2671, *id.*, Rep. 1977, voce cit., n. 238; 5 gennaio 1972, n. 21, *id.*, Rep. 1972, voce cit., n. 370). Questo criterio è entrato in fase recessiva grazie ad un'inversione di rotta adottata da alcuni giudici di merito (Trib. Milano 29 maggio 2003, in *Foro It.*, Rep. 2004, voce Società, n. 1020; 20 febbraio 2003, in *Società* 2003, 1268; Trib. Milano 18 maggio 1995, *id.*, Rep. 1995, voce Società, n. 713; Trib. Torino 10 febbraio 1995, *ibid.*, n. 709), sino a giungere alla giurisprudenza di legittimità, che ha commisurato il danno alle conseguenze delle violazioni contestate (Cass., 8 febbraio 2000, n. 1375, *Dir. e pratica società*, 2000, fasc. 20, 37; 22 ottobre 1998, n. 10488, *Foro It.*, 1999, I, 1467). Non sembra che si possa meccanicamente ragguagliare la lesione all'integrità del patrimonio sociale alla differenza tra attivo e passivo fallimentare: - da un lato ben potrebbe essere che il lamentato danno o almeno parte di esso sia dovuto ad una avversa congiuntura economica, anziché a specifiche violazioni dei principi di correttezza gestionale. Si rischia d'imputare alla holding la colpa anche di eventi relativi al mercato, quasi a voler convertire l'azione risarcitoria in azione sanzionatoria; - dall'altro, il passivo ammesso può essere inferiore al passivo reale, perché sovente nelle procedure fallimentari le poste attive subiscono una notevolissima falcidia a seguito delle vendite concorsuali. In ogni caso, il criterio in questione si pone in aperto contrasto con le regole che presidiano in generale la quantificazione del danno e che impongono all'attore (nel nostro caso al curatore) di dare prima la prova dell'esistenza di un danno e poi di fornire al giudice gli elementi idonei a consentirne la liquidazione. Il curatore non ha provato le specifiche condotte dannose, il nesso di causalità tra di esse ed il danno che assume prodotto, né ha provato il preciso ammontare di quest'ultimo, limitandosi a richiamare l'importo del passivo fallimentare che, al momento dell'opposizione, poteva ulteriormente lievitare".

ma si limita a richiedere in generale una “*lesione dell’integrità del patrimonio, apparentemente comprensiva, dunque, delle ipotesi in cui il creditore sia titolare di un credito non ancora scaduto per il quale, secondo la distinzione a suo tempo elaborata dalla dottrina*”⁵³¹.

4.4.5. La mancanza del pregiudizio: i vantaggi compensativi

Non sempre l’abuso di direzione e coordinamento comporta l’attribuzione della responsabilità dell’ente controllante. L’art. 2497 c.c. infatti, prevede espressamente due cause di esonero dalla responsabilità (che ovviamente operano nel caso in cui la società capogruppo abbia, nell’esercizio dell’attività di direzione unitaria, cagionato un pregiudizio ai soci della controllata o ai creditori sociali). La prima ricorre “*quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo*”. La seconda riguarda il caso in cui il pregiudizio sia stato “*eliminato a seguito di operazioni a ciò dirette*”.

E’ quindi evidente, come già accennato che il legislatore abbia inteso accogliere la teoria dei c.d. vantaggi compensativi. Sul punto ci si limita a brevi accenni, rinviando alla letteratura sterminata sull’argomento per ulteriori approfondimenti.

Per quanto riguarda la prima ipotesi non è agevole determinare in concreto in che cosa consista l’esonero da responsabilità, quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento⁵³². Sono molteplici le soluzioni interpretative proposte sia in merito alla individuazione dei c.d. vantaggi compensativi⁵³³, sia in relazione ai contenuti ed alle caratteristiche proprie

⁵³¹ M. MAGGIOLO, *L’azione di danno contro società o ente capogruppo*, (art. 2497, 3, c.c.) in *Giur. Comm.*, 2006, 2, pp. 176 e ss.

⁵³² Per un approfondimento sulle teorie elaborate in materia e sulle applicazioni giurisprudenziali si rinvia al paragrafo 4.2 ed alle relative note.

⁵³³ Per un inquadramento dei diversi filoni dottrinali sviluppati in relazione alla norma introdotta con la riforma del diritto societario si veda S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, op. cit., p. 152 e ss.

dei vantaggi stessi, oltre che per la determinazione del momento in cui valutare il risultato complessivo.

In particolare, in base alla teoria dei vantaggi compensativi, si esclude un conflitto di interessi, pur in presenza di un'operazione infragruppo pregiudizievole per la singola società controllata, qualora dall'appartenenza al gruppo derivino alla società stessa vantaggi ritenuti idonei a compensare il danno da questa sofferto⁵³⁴.

Non appare chiaro, tuttavia, a quale delle due diverse prospettazioni della teoria dei vantaggi compensativi il legislatore abbia voluto aderire⁵³⁵, ovvero se a quella più flessibile (quella favorevole al riconoscimento della cd. compensazione "virtuale")⁵³⁶ o a quella più rigorosa (che richiede che la compensazione debba essere effettiva)⁵³⁷. In effetti se da un lato la norma sembra esigere una

⁵³⁴ Si veda R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, op. cit., p. 652; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità*, op.cit., p. 1248; V. SALAFIA, *La responsabilità della holding*, op. cit., p. 394; A. PATTI, Commento all'art. 2497 c.c. in AA.VV. *La riforma di diritto societario*, a cura di G. LO CASCIO, Milano, 2003, p. 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, p. 245.

⁵³⁵ Il dibattito circa il modo di intendere la teoria, a cominciare dal concetto di compensazione, è ampio: si veda in particolare R. RORDORF, *I gruppi nelle recente riforma del diritto societario*, op. cit., p. 543. Una visione comparata tra la responsabilità penale da infedeltà patrimoniale e quella civile da direzione unitaria è sviluppata da A. GAMBINO, *Spunti di riflessione sulla riforma; l'autonomia societaria e la risposta legislativa alle esigenze di finanziamento dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 650.

⁵³⁶ A tale primo orientamento aderisce la dottrina favorevole ad una interpretazione del concetto di risultato complessivo nel senso di "strategia globale" del gruppo. In tal modo si individuerrebbe un interesse qualificato del gruppo, risultante da piani strategici, industriali e finanziari predisposti dalla capogruppo, nonché dalla motivazione delle decisioni assunte dalle società soggette all'attività di direzione e coordinamento. In tale impostazione rientra anche il rilievo riconosciuto alle motivazioni di cui all'art. 2497 *ter* c.c., alla relazione sulla gestione prescritta dall'art. 2497 *bis*, ultimo comma, c.c., ed alle motivazioni illustrate nella Relazione Ministeriale, per addivenire quindi ad un'interpretazione "elastica" dei vantaggi compensativi. In proposito nella Relazione Ministeriale si legge che *"solo la conoscenza delle ragioni economiche ed imprenditoriali di un'operazione può consentire un giudizio sulla correttezza di questa, può cioè consentire di valutare se l'apparente diseconomicità di un atto, isolatamente considerato, trova giustificazione nel quadro generale dei costi e benefici derivanti dall'integrazione di un gruppo oppure no"*.

⁵³⁷ In direzione opposta si è orientata l'interpretazione fondata su esigenze di garanzia di tutela degli "azionisti esterni" - non facenti parte dell'azionariato di controllo dominante nell'ambito del gruppo - nonché dei creditori sociali. L'effetto compensativo è quindi riconosciuto ai soli vantaggi proporzionali al pregiudizio e tali da far risultare il danno, appunto, mancante, nel senso di "quantitativamente"

compensazione effettiva dei vantaggi ricavati dalla politica di gruppo, dall'altro non è ancora pacifico sulla base di quali criteri si dovrà valutare, in ciascun caso concreto, se il danno sia stato o meno compensato ai fini dell'esclusione della responsabilità della capogruppo. In proposito merita di ricordare che invece 2364 c.c. sembrerebbe propendere per la tesi più flessibile, ma sul punto si tornerà nel proseguo.

Un altro profilo dibattuto e sul quale incide la visione più o meno "rigida" od "elastica" del concetto di vantaggio compensativo riguarda il momento cui far riferimento per la valutazione della mancanza del danno⁵³⁸. Tale momento è stato individuato sia con la chiusura dell'esercizio sociale in cui è stata posta in essere l'operazione pregiudizievole e si sono verificati gli effetti negativi, sia alternativamente con il momento di eventuale uscita della società dal gruppo⁵³⁹.

eliminato. A tal fine, quindi, non rilevano i vantaggi compensativi solo ragionevolmente "prevedibili", bensì esclusivamente quelli realizzati in concreto. In giurisprudenza si veda Cass. civ. 24 agosto 2004, n. 16707, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 246 e ss. con nota di F. SALINAS, *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*, in *Giur. it.*, 2005, II, p. 69 con nota di R. WEIGMANN. Secondo la Corte di Cassazione, nella citata sentenza, occorre guardare "non soltanto all'effetto patrimoniale immediatamente negativo di un determinato atto di gestione, ma altresì agli eventuali riflessi positivi che ne siano eventualmente derivati in conseguenza della partecipazione della società ai vantaggi che quell'atto abbia arrecato al gruppo di appartenenza". Sul punto si veda A. BADINI CONFALONIERI e R. VENTURA, *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario diretto da G. COTTINO e G. BONFANTE, O. CAGNASSPO, P. MONTALENTI*, Bologna, 2004, p. 2158.

⁵³⁸ Si veda P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, op. cit., p. 2352: "Occorre preliminarmente prendere atto che il risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento può non essere un dato del passato, ma del futuro. Il testo normativo non colloca tale risultato nel tempo come anteriore alla vocatio in ius del soggetto convenuto in responsabilità". Il ruolo cruciale del momento in cui valutare la "mancanza" del danno è stato in particolare risaltato dalla dottrina che supporta una lettura dei vantaggi compensativi in termini maggiormente "rigidi". Il vantaggio, per essere efficacemente compensativo, pur non dovendo risultare necessariamente contestuale allo svantaggio subito, non dovrebbe essere solo fondatamente prevedibile, ma dovrebbe essere attuale al momento dell'accertamento dell'avvenuta compensazione, anche, se del caso, attraverso l'eliminazione del danno per mezzo di operazioni a ciò dirette. E' stato altresì osservato che sull'assunto del dato normativo risultante dalle espressioni "danno mancante" ed "integralmente eliminato" utilizzate all'art. 2497 c.c. sarebbe necessaria una effettiva proporzionalità tra il pregiudizio prodotto dalla singola operazione e il vantaggio compensativo. Sul punto si veda R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, op. cit., p. 672 e ss.

⁵³⁹ Un'ulteriore alternativa è quella che correla la verifica della mancanza del danno al momento in cui è proposta la domanda giudiziale di risarcimento, ferma restando in sede di concreta quantificazione del danno stesso l'eventuale diminuzione dell'entità in ragione del vantaggio medio tempore acquisito. Questa soluzione implicherebbe tuttavia una valutazione della mancanza del danno in un arco temporale piuttosto ampio, che si estende fino al momento dell'esercizio dell'azione risarcitoria.

Le questioni sopra illustrate si riverberano sull'onere probatorio circa la sussistenza dei vantaggi compensativi⁵⁴⁰. Tale indagine, tuttavia, non potrebbe prescindere dall'esigenza di tener conto delle modalità di conduzione del gruppo. Bisogna, in sostanza, ponderare l'indagine e la qualificazione del pregiudizio e la correlata determinazione dei vantaggi compensativi, ovvero della loro mancanza, contestualizzando l'interesse di gruppo in cui la responsabilità dell'art. 2497 c.c. deve essere valutata⁵⁴¹.

Per quanto riguarda invece la seconda fattispecie, per cui la legge prescrive che non vi è responsabilità quando il danno sia stato integralmente eliminato con apposite operazioni a ciò dirette⁵⁴², la norma, seppure di più facile comprensione, sembra addirittura inutile in considerazione del fatto che mancherebbe comunque l'interesse ad agire se, in via stragiudiziale, il danno sia già stato risarcito⁵⁴³. Si deve

Un'analogia osservazione può essere mossa con riferimento alle tesi che subordinano la responsabilità della capogruppo all'esito di politiche di lungo periodo o addirittura di periodo indeterminato.

⁵⁴⁰ La questione è stata affrontata sulla base delle norme poste a garanzia della trasparenza dei processi decisionali infragruppo. Si è osservato che qualora la giurisprudenza applicasse l'art. 2497 *bis*, comma 5, c.c., pretendendo l'indicazione analitica nella relazione sulla gestione dei rapporti infragruppo e degli effetti – in termini quantitativi - dell'attività di direzione e coordinamento sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati, allora l'onere di dimostrare l'entità e, a monte, l'esistenza dei vantaggi compensativi verrebbe a gravare sugli amministratori: si veda R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, op. cit., p. 672 e ss. Ad analoghe conclusioni giungono altri Autori in base ai principi generali in materia di prova: ove anche l'onere probatorio gravasse sull'attore, "spetterebbe pur sempre al convenuto allegare e dimostrare in via di eccezione i fatti non dedotti dall'attore, idonei a qualificare come corretta la politica di gruppo, nel suo "risultato complessivo", e conseguentemente l'operazione gestoria contestata": R. VENTURA, *Commento all'art. 2497*, op. cit., p. 2158.

⁵⁴¹ Ai fini della valutazione sulla concreta sussistenza di un pregiudizio, occorrerebbe considerare che la conduzione di un'impresa di regola non si estrinseca nel compimento di singole operazioni, ciascuna distaccata dalla precedente, bensì nella realizzazione di strategie economiche destinate spesso a prender forma e ad assumere significato nel tempo attraverso una molteplicità di atti e di comportamenti. Su tali aspetti si veda V. CARIELLO, *Primi appunti sulla cd. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, op. cit., p. 331.

⁵⁴² Si veda R. WEIGMANN, *I gruppi di società*, op. cit., p. 47.

⁵⁴³ In pratica, è prevista la possibilità di avvalersi di quello che in dottrina è stato configurato come una sorta di ravvedimento operoso. Un tale atteggiamento della capogruppo, se e in quanto effettivamente idoneo ad eliminare il danno di cui potrebbe esser chiesto il risarcimento, preclude l'esercizio dell'azione risarcitoria da parte di chi ne avrebbe diritto. Osserva V. CARIELLO, *Primi appunti sulla cd. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, op. cit., p. 337 "Si tratta di domandarsi se l'espressione «risultato complessivo» concerna il risultato apprezzabile,

trattare, dunque, di atti in grado di rimuovere il danno subito dal patrimonio della società eterodiretta, danno che non è stato diversamente compensato dal risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento posta in essere dall'ente capogruppo⁵⁴⁴.

La rimozione del danno subito dal creditore sociale appare di più agevole realizzazione trattandosi di lesione dell'integrità patrimoniale della società⁵⁴⁵. Più complessa, invece, pare la verifica dell'idoneità degli atti diretti a neutralizzare gli effetti patrimoniali del pregiudizio sofferto dal socio.

La previsione normativa lascia, come visto, ampio spazio alle elaborazioni di dottrina e di giurisprudenza il cui intervento pare necessario per meglio delineare i criteri di rilevanza, in termini qualitativi e quantitativi, delle condotte idonee a rimuovere il pregiudizio subito escludendo la responsabilità della capogruppo⁵⁴⁶.

rispettivamente, o alla chiusura dell'esercizio nel corso del quale l'atto pregiudizievole è stato compiuto e/o ha prodotto i suoi effetti; o al momento (eventuale) della c.d. uscita dal gruppo della società diretta e coordinata (ma, per vero, avverto come problematica, perché troppo incerti a nell'an l'adozione di questo parametro di riferimento temporale): ovvero in un altro momento ancora, con valutazione da svolgersi semplicemente al tempo dell'esercizio dell'azione prescritta dall'art. 2497 c.c."

⁵⁴⁴ Quanto ai tempi del c.d. "ravvedimento" non sono previsti limiti cronologici: anche in relazione a tale profilo la giurisprudenza contribuirà a dare indicazioni che incidano in maniera significativa sulla portata ed i limiti temporali di una tale rimozione del danno cagionato. La condotta operosa, nel silenzio della norma potrebbe essere realizzata anche dopo l'esercizio dell'azione e fin quando la causa non sia stata definitivamente decisa. Si ripropone il quesito se l'idoneità compensativa di tali atti sia da commisurarsi in termini quantitativi (come lascerebbe intendere l'utilizzo dell'avverbio integralmente) o qualitativi (atteso il riferimento al risultato complessivo) o addirittura sia possibile attribuire rilevanza anche alla previsione di vantaggi futuri.

⁵⁴⁵ Si tratterebbe, in sostanza di atti volti alla ricostituzione del patrimonio della controllata, in misura corrispondente a quanto sussistente all'epoca anteriore al danno allegato. Tali atti sarebbero adeguati ad eliminare il danno e, di conseguenza, escludendo la responsabilità della capogruppo.

⁵⁴⁶ Osserva P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, op. cit., p. 2354: "In definitiva non resta che affidarsi al buon senso delle corti, qualora scelgano di affidarsi ad un'interpretazione dei nuovi precetti fondata su standard anziché su rules che se introdotte avrebbero perlomeno dovuto brillare di brightness. Purtroppo si è invece costretti, ancora una volta, a fare i conti con un precetto normativo suscettibile di interpretazioni totalmente contrapposte, ognuna delle quali può fondarsi su argomenti logici e (testuali di pari dignità, così che all'operatore alla fine non resta che effettuare una scelta dal sapore discrezionale."

4.4.6. I soggetti legittimati attivi

Le categorie dei soggetti esplicitamente tutelati dalla norma sono i soci di minoranza ed i creditori sociali.

L'art. 2497 c.c. non pare invece prendere in considerazione le esigenze di tutela dei soci di minoranza della società controllante, che ben potrebbero, anche loro, essere pregiudicati dalle logiche di gruppo, sollevando più d'un dubbio sugli strumenti concretamente utilizzabili dai soci di minoranza della controllante in termini di esperibilità di cotale azione⁵⁴⁷.

A tutela dei soci "esterni" della capogruppo si potrebbe tentare di utilizzare l'art. 2409 c.c., che si riferisce anche alle gravi irregolarità nella gestione che possono recare danno alle controllate (ma ai soci di minoranza della controllante in realtà interessano le irregolarità nella gestione delle controllate che possono recar danno alla controllante) o si può pensare al diritto di *exit* del socio.

Per quanto riguarda la posizione dei soci delle controllate, si è segnalato come la fattispecie di cui all'art. 2497 c.c. sia particolarmente favorevole per i soci di

⁵⁴⁷ Segnala in particolare tale lacuna R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, op. cit., p. 675-677 ove si legge "La riforma, mentre dedica ampio spazio alla protezione dei soci e dei creditori delle società sottoposte a direzione e coordinamento (non a caso nella Relazione, 13, si dice che "si è ritenuto che il problema centrale del fenomeno del gruppo fosse quello della responsabilità, in sostanza della controllante, nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata"), nel capo dedicato a direzione e coordinamento di società, ignora completamente il problema, ineludibile in un moderno diritto dei gruppi, della tutela dei soci "esterni" della capogruppo". Si veda in proposito anche G. SCOGNAMIGLIO, *La nuova s.r.l. e i gruppi di società*, in AA.VV., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004 p. 333; G.B. 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, p. 716 e ss. In generale sul problema della tutela dei soci di minoranza della capogruppo prima della riforma si veda M.S. SPOLIDORO, *Tutela dei soci della capogruppo in Germania (con uno sguardo all'Italia)*, in *Riv. Soc.*, 1986, p. 1299. Si veda inoltre S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, op. cit. p. 75 secondo la quale la legittimazione attiva dei soci della capogruppo si giustificerebbe accedendo ad una visione negoziale del fenomeno di gruppo in cui "il principale effetto del collegamento di contratti sociali è rappresentato dalla possibilità del singolo socio di far valere nei confronti di una società del gruppo un inadempimento inerente ad altro contratto sociale, distinto ma collegato al contratto sociale della società nei cui confronti si agisce»: un decisivo supporto argomentativo, inoltre, può essere ricavato dalla circostanza che già nell'articolo 2409 c.c. il legislatore ha riconosciuto le esigenze di tutela dei soci di minoranza della holding".

minoranza, non richiedendo alcuna minoranza qualificata (come invece previsto dall'art. 2393-bis c.c.). Tali più intense tutele potrebbero trovare ragione nella asserita situazione di maggiore pericolo in cui si trova il socio di minoranza allorché la sua società sia eterodiretta, ma certamente possono anche dare adito a facili azioni ricattatorie nonché a disparità di trattamento non sempre giustificate o giustificabili.

In merito ai soci ci si chiede poi se la mancata impugnazione della o delle delibere da cui sia derivato il danno (qualora ovviamente il danno lamentato sia derivato dall'esecuzione di specifiche delibere e non da direttive informali) precluda l'azione nei confronti della controllante anche in considerazione dell'art. 1227, c.c.

Per quanto riguarda invece i creditori sociali sono state evidenziate le peculiari posizioni, in cui verrebbero a trovarsi i creditori sociali di S.r.l. inserita in un contesto di gruppo. Infatti, la nuova disciplina delle S.r.l. non prevede più, almeno esplicitamente, l'azione di responsabilità dei creditori contro gli amministratori. Mentre tale azione ben sarebbe consentita ai creditori di una S.r.l. inserita in un gruppo, ai sensi dell'art. 2497, 2° comma, c.c.⁵⁴⁸. Non solo, in caso di S.r.l. etero diretta, i creditori di questa avrebbero azione nei confronti degli amministratori della controllante, sia essa S.p.A. o S.r.l., o qualsiasi altro ente.

⁵⁴⁸ M.S. SPOLIDORO, *La tutela dei soci di minoranza e dei creditori della holding nella nuova disciplina delle società di capitali*, op. cit., p. 3922, il quale afferma che “i creditori delle s.r.l. controllate, dal canto loro, non potrebbero rivolgersi agli amministratori delle società loro debentrici per ottenere il ristoro dei pregiudizi cagionati alla “integrità del patrimonio della società” (salvi i casi di cui al 2° comma dell'art. 2497 c.c.), ma avrebbero azione nei confronti della società controllante e dei suoi amministratori” l'impostazione a mio avviso non è del tutto corretta o meglio non è correttamente esposta: -in caso di s.r.l. capogruppo: i creditori società madre non hanno alcuna azione mentre creditori società figlie hanno azione; - in caso di s.r.l. controllata: i creditori società hanno azione nei confronti propri amministratori e amministratori società madre; - in caso di s.r.l. unica: i creditori società non hanno alcuna azione contro propri amministratori”. Si veda altresì G. SCOGNAMIGLIO, *La nuova s.r.l. e i gruppi di società*, op. cit., secondo la quale, in relazione alla disparità di trattamento tra creditori di S.r.l. non inserita in un gruppo ed i creditori di S.r.l. inserita in un gruppo “viene da pensare che si sia inteso proteggere più intensamente i creditori di una s.r.l. che sia inserita in un contesto di gruppo (rispetto a quelli della s.r.l. indipendente) poiché la prima – per la sua peculiare posizione – si presta ad essere oggetto di politiche di spolpamento da parte della società preposta all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento”, p. 336.

Alcuni autori hanno sostenuto che una tale diversità di trattamento nel caso delle S.r.l. sarebbe giustificata, ancora una volta, dal diverso grado di esposizione ai conflitti di interesse e ai rischi derivanti dall'inserimento di una società in un gruppo, con conseguente maggiore esigenza di tutela per i creditori in tal caso⁵⁴⁹.

Altri autori hanno invece ritenuto che tale diversità di trattamento sia incostituzionale, e sostengono quindi che anche i creditori di S.r.l. individuale, nonostante il silenzio del legislatore, siano legittimati ad agire nei confronti degli amministratori della società. La giurisprudenza si è espressa in senso negativo, affermando che *“a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 6/03 di riforma del diritto societario, i creditori di una s.r.l. non sono più legittimati a proporre l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori”*. Ciò in quanto *“Le profonde differenze che, con l'entrata in vigore del d. lgs. cit. sono venute a crearsi fra s.r.l. ed s.p.a., non consentono infatti l'aggiramento del dato normativo attraverso il ricorso all'interpretazione analogica”*⁵⁵⁰. Ma sul punto si tornerà anche ne proseguo al successivo paragrafo 4.6.

⁵⁴⁹ Osserva M.S. SPOLIDORO, *La tutela dei soci di minoranza e dei creditori della holding nella nuova disciplina delle società di capitali*, op. cit., p. 3923 : *“Occorre stabilire, ad esempio, se ai soci e ai creditori della capogruppo che si dolgono di trasferimenti di ricchezza dal patrimonio della capogruppo ad una controllata non totalitaria, gli amministratori della capogruppo possono replicare che 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 (art. 2497, 1° comma, ult. frase). Allo stesso modo occorre chiedersi se gli amministratori delle controllate, e le stesse controllate avvantaggiate da un ingiusto sacrificio della controllante, potrebbero essere chiamati a rispondere nei confronti dei soci di minoranza e dei creditori della capogruppo”*.

⁵⁵⁰ Corte d'Appello di Napoli, 26 giugno 2008 e la precedente sentenza del Tribunale sempre di Napoli, in *Le Società*, 2005, pp. 1012-1013. In particolare la sentenza della Corte d'Appello di Napoli prosegue spiegando in dettaglio le ragioni per cui si ritiene che l'azione dei creditori sociali a tutela della conservazione del valore del patrimonio della società non sia più ammissibile nella nuova S.r.l.: *“Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 6/2003 [...] il disposto degli artt. 2393-2395 c.c. non è più richiamato dall'art. 2476 c.c., che oggi disciplina la responsabilità degli amministratori di tale tipo societario. Non sembra superfluo sottolineare, a questo punto, che le regole di funzionamento della società a responsabilità limitata sono state interamente riscritte dal legislatore che [...] ha modellato detta società ispirandosi al principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra soci: la nuova legge riconosce alla s.r.l. un'ampissima autonomia statutaria, consentendole, come è stato rilevato da autorevole dottrina, più che di collocarsi in una posizione a metà strada fra una società di persone e la società per azioni, di gettare un ponte fra i due modelli proprio attraverso la scelta del sistema di amministrazione, [...]. A questa mutata prospettiva corrisponde la mutata disciplina delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori: l'art. 2476 c.c. consente,*

Tema alquanto discusso è inoltre quello della legittimazione attiva (e/o passiva, come si vedrà nel paragrafo che segue) della società controllata nei confronti della capogruppo, e dell'interpretazione dell'art. 2497, comma 3, c.c. , ai sensi del quale l'azione verso la capogruppo è suscettibile di essere esercitata solo se i soci o i creditori della società eterogestita non siano stati soddisfatti preventivamente da questa.

In proposito giova ricordare che nel passaggio dallo schema al testo definitivo, approvato, con d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, la norma ha subito un autentico capovolgimento: è infatti scomparsa ogni traccia di riconoscimento della legittimazione attiva della società abusata all'esercizio dell'azione di responsabilità verso la controllante, per lasciare posto alla previsione di una ambigua norma in questione⁵⁵¹.

infatti, a ciascun socio di esercitare l'azione, ma non garantisce più il dovere di conservazione del patrimonio sociale anche nei confronti dei terzi creditori.[...]. La mancata previsione, nell'ambito della nuova disciplina delle s.r.l., di una specifica azione dei creditori sociali non appare, d'altro canto, frutto di una mera dimenticanza del legislatore [...]. Ebbene, deve escludersi che, nonostante il silenzio della legge, l'azione possa fondarsi su uno dei canoni ermeneutici individuati dal Tribunale (applicazione in via analogica dell'art. 2394 bis c.c. od applicazione della norma generale di cui all'art. 2043 c.c.) [...] Del resto l'affermazione - già ricorrente in dottrina con riguardo alla società di persone - dell'esistenza di un principio generale, per l'appunto ricavabile dall'art. 2043 c.c. [...] non pare tener conto del fatto che, se il legislatore ha volutamente soppresso per le s.r.l. ogni richiamo all'azione dei creditori sociali disciplinata dall'articolo citato, la norma non potrà essere utilmente invocata dai creditori che non possono più soddisfarsi sul patrimonio della società e che intendono agire in giudizio contro i suoi amministratori in via risarcitoria". Nello stesso senso, ovvero nel senso di escludere la permanenza in capo ai creditori della s.r.l. di un'azione a tutela del patrimonio, nonostante il silenzio della legge, si vedano anche Tribunale di Milano 25 gennaio 2006, in *Le Società*, 2007, 320. Nel senso dell'applicabilità dell'art. 2394 c.c. si veda, invece, Tribunale di Pescara 15 novembre 2006, in *Foro It.*, 2007, I, 2262; Tribunale di Udine 11 febbraio 2005, in *Dir. fall.*, 2005, II, 808; in dottrina, tra gli altri, F. BRIOLINI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 768 ss.; R. TETI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, p. 664; S. AMBROSINI, *Commento all'art. 2476*, in *Società di capitali. Commentario G. NICCOLINI - A. STAGNO D'ALCONTRES*, op. cit., p. 1606.

⁵⁵¹ Lo schema di decreto legislativo di riforma del diritto societario approvato dal Consiglio dei Ministri, in attuazione della L. 30 ottobre 2001, n. 366, nell'adunanza del 30 settembre 2002, completava il quadro, facendo seguire un ulteriore comma, così formulato: "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" (comma 3°) In proposito si veda P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, op. cit., p. 2326, il quale ricorda che il 3° comma, nella precedente formulazione "è stato poi soppresso e sostituito con la previsione dell'onere di preventiva escussione [...]. Un membro della commissione ministeriale ha spiegato che la decisione di non prevedere l'azione della società controllata è maturata dalla "convinzione che una tale azione in primo luogo non

Al riguardo si è sostenuto che l'eliminazione della società controllata dai soggetti legittimati attivi sarebbe giustificata dal fatto che appare difficile che la controllata deliberi un'azione nei confronti della controllante (e ciò anche ipotizzando che il socio controllante non sia legittimato al voto in un tale contesto in quanto in conflitto di interessi). Ma in proposito occorre sottolineare che sussistono numerose ipotesi in cui la controllata potrebbe esercitare una tale azione: si pensi al fallimento alla cessione delle partecipazioni di controllo della società etero-diretta.

Gli studiosi si sono quindi divisi tra coloro che ritengono sussista in ogni caso, anche in assenza del dettato legislativo, una legittimazione attiva della controllata e coloro che, invece, sostengono che tale legittimazione sia invece mancante, e ciò proprio alla luce dell'esplicito dettato normativo.

In particolare coloro che tendono ad escludere la legittimazione attiva della società controllata ritengono che la modifica legislativa apportava nelle more dell'approvazione della legge sia espressione della volontà del legislatore di escludere in radice un'autonoma legittimazione attiva della società eterodiretta ad esperire l'azione di risarcimento dei danni nei confronti della società capogruppo. Tali autori sostengono che solo un'espressa previsione normativa può legittimare un'azione sociale di responsabilità, quale fenomeno di sostituzione processuale, e che il danno fatto valere dal socio, pur se derivato della lesione del patrimonio sociale, non può essere considerato nella sostanza come un danno "comune" a tutti i soci⁵⁵².

sarebbe destinata a tutelare un interesse meritevole di tutela essendo la maggioranza (che dovesse decidere di proporre una tale azione) espressione degli stessi soggetti che esercitano l'attività di direzione e coordinamento" e ha aggiunto che vi sarebbe stato il rischio di depotenziare le azioni dei creditori e dei soci, che avrebbero potuto così assumere natura surrogatoria, con possibili pericolosi "incroci" processuali fra iniziative genuine di questi e iniziative abusive della società dominata, pilotate dal capitale di comando".

⁵⁵² Si veda P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata*, op. cit.: "Tale dibattito illumina le scelte definitive del legislatore delegato: per un verso, la cancellazione del terzo comma dello schema, con conseguente soppressione della legittimazione della società eterodiretta a promuovere l'azione di responsabilità contro la società dominante, già concessa ad azionisti "esterni" e creditori della società abusata; per altro verso, la riconduzione di tale azione (degli azionisti "esterni" e dei creditori) alla violazione di una regola di condotta stabilita dal legislatore in

Coloro che invece sostengono che permanga, nonostante tutto, una legittimazione attiva in capo alla controllata, evidenziano come appare difficile 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), e perciò affermano che anche la controllata, che ha direttamente subito il danno, vada annoverata tra i soggetti legittimati attivi, sulla base dell'interpretazione dell'art. 2497 c.c.⁵⁵³ o comunque sulla base dei principi generali del diritto⁵⁵⁴.

*funzione di una tutela diretta degli interessi che ad essi fanno capo (rispettivamente, redditività e valore della partecipazione, e solvibilità della società). Al centro della disciplina risarcitoria conseguente all'abuso della direzione unitaria viene posto in tal modo non più il gruppo inteso nella sua dimensione pluralistica di società distinte soggette ad una direzione comune, bensì il gruppo nella sua dimensione unitaria di impresa organica. In coerenza, la tutela dei soci "esterni" e dei creditori della società abusata non è più ricercata, come nella legislazione precedente, attraverso una estensione verso l'alto della responsabilità degli amministratori della società eterodiretta (nei confronti, cioè, degli amministratori della società controllante e, possibilmente, della controllante stessa), bensì stabilendo un rapporto diretto fra soggetti sensibili alle eventuali conseguenze "perverse" della direzione unitaria e società autrice di tale direzione" p. 282-283. Si vedano in tal senso anche D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Padova, 2003, 244; F. FERRARA JR e F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, 825, nt. 9; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 160.*

⁵⁵³ Si veda M RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, op. cit.: "La norma, inoltre, si segnala per la pluralità di soggetti legittimati a far valere la responsabilità in questione e per la pluralità di presupposti che, a quanto pare, a seconda dei soggetti legittimati ad agire, varia. E così, se mal non si intende la lettera della norma abbiamo: a) l'azione promovibile dalla società la cui esistenza è indubbiamente scolpita nell'art. 2497, terzo comma, ove si precisa che l'azione individuale dei soci e dei creditori sociali non pregiudica il diritto al risarcimento del danno ad essa cagionato e non è pregiudicata dalla rinuncia o transazione della società. Formula nella quale, pur tacendosi della legittimazione formale alla promuovibilità di tale azione di responsabilità, sembra abbastanza chiaro che chi, esercitando a qualunque titolo attività di direzione e coordinamento di società, agisce in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale di queste è tenuto al risarcimento del danno che ad essa ne consegue; b) l'azione promuovibile da ogni singolo socio, con gli stessi presupposti di quelli previsti per l'azione sociale, ma limitata al recupero del danno derivante dalla lesione del diritto all'utile e al diritto alla valorizzazione della partecipazione sociale; c) l'azione dei creditori sociali, sempre basata sugli stessi presupposti e riferita ai danni derivanti dalla lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società (con regole che difficilmente riesco a distinguere dal risarcimento che potrebbe chiedere la stessa società)".

⁵⁵⁴ Si veda a tale riguardo P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, op. cit., p. 2326, Osserva sul punto l'autore, condividendo tale eliminazione, che "Del resto, la società dipendente che volesse agire contro la dominante potrebbe comunque farlo ai sensi dell'art. 2043 c.c., seppure con maggiori difficoltà legale proprio alla struttura dell'azione risarcitoria aquiliana, la circostanza è implicitamente prevista nell'ultimo periodo del primo comma, ove si prevede l'esclusione della responsabilità nel caos in cui il danno risulti integralmente eliminato". Si veda inoltre F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, op. cit., p. 186. In tal senso si veda F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, op. cit. p. 102: "Non si può però escludere la proponibilità di una azione della controllata stessa: può accadere

4.4.7. I soggetti legittimati passivi

Anche l'individuazione dei soggetti responsabili è in realtà questione tutt'altro che pacifica ed ha sollevato agguerriti dibattiti.

In sintesi, l'art. 2497 c.c. individua quali responsabili per l'abuso dell'attività di direzione e coordinamento:

(i) innanzitutto, la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento (ex art. 2497, comma 1, c.c.);

(ii) in secondo luogo, i soggetti che hanno preso parte al fatto lesivo e i soggetti che ne hanno consapevolmente tratto beneficio, nei limiti del beneficio tratto (ex art. 2497, comma 2° c.c.), su cui si tornerà nel successivo paragrafo 4.5;

(iii) In terzo luogo, la società controllata, sui cui profili di legittimazione attiva si è già dibattuto e su cui si tornerà a breve anche per i profili, altrettanto problematici, di legittimazione passiva.

Tale varietà di soggetti, che rispondono del medesimo danno per titoli e ragioni tra loro differenti, appare una caratteristica precipua del sistema italiano, e

che la partecipazione di controllo venga ceduta: sicché la controllata, ormai governata da una nuova holding, non avrà remore a dolersi del fatto illecito della holding precedente. Oppure quando la controllata sia fallita; ed una azione di danni verso la controllante venga promossa dal suo curatore. Di qui la possibilità di una azione della stessa controllata, o del suo curatore, il cui fruttuoso esperimento varrà a reintegrare il patrimonio sociale e, indirettamente, i diritti dei soci e dei creditori sociali: possibilità presupposta dalla seconda parte del 1° comma, là dove la responsabilità della holding verso i soci ed i creditori della controllata è esclusa, fra l'altro, quando il danno è «integralmente eliminato». Ma si tratterà, quando verso la ex controllante agisce la ex controllata o agisce il suo curatore fallimentare o commissario, di una comune azione di danni ex art. 2043 cod. civ.: e la ex controllante potrà essere chiamata a rispondere, sulla base della mala gestione dei suoi amministratori, in virtù dell'apporto organico, che consente di imputare alla persona giuridica il fatto illecito del proprio organo, o sulla base dell'art. 2049 cod. civ. che rende il preponente responsabile del fatto illecito commesso dai suoi preposti. Ci sarà però questa limitazione: la ex controllante potrà essere chiamata a rispondere solo dell'illecito commesso dagli amministratori, non anche della scorretta gestione imprenditoriale o societaria imputabile ai soci, come in materia di operazioni sul capitale deliberate dall'assemblea.". Si vedano anche sul punto A. PATTI, *Commento all'art. 2497 c.c.*, in AA.VV., *La riforma di diritto societario*, a cura di G. LO CASCIO, Milano, 2003; Id. "Direzione e coordinamento di società": *brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2003, II, 358; A. BADINI CONFALONIERI, in *Il nuovo diritto societario*, op. cit. p. 2174.

non trova piana corrispondenza, come si è potuto constatare dal capitolo dedicato all'esame comparatistico, nei sistemi giuridici dei principali paesi stranieri.

Per quanto riguarda in particolare il primo comma dell'art. 2497 c.c., la formulazione letterale della norma, innanzitutto, rende evidente la sostanziale irrilevanza del "tipo societario" utilizzato per l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. Analogamente, non assume rilievo la circostanza che l'attività sia svolta da una società o da un'impresa non societaria (un qualsiasi ente appunto, quali fondazioni o associazioni)⁵⁵⁵, pubblica o privata che sia⁵⁵⁶.

Ma la norma esclude, o almeno sembra escludere, per effetto di una modifica dell'ultimo minuto (non esente da critiche), la responsabilità in via principale per l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento del socio di controllo persona fisica, che resta solo tra i possibili compartecipi in solido ai sensi dell'art. 2497, comma 2, c.c., come meglio si vedrà nel successivo paragrafo 4.5.

Sotto altro profilo si dibatte se, all'interno di un medesimo gruppo, l'imputazione dell'attività di direzione e coordinamento debba necessariamente essere uni-soggettiva, come sostiene parte minoritaria della dottrina, sul rilievo che

⁵⁵⁵ Con specifico riferimento ai profili di responsabilità delle associazioni e delle fondazioni ai fini dell'art. 2497 c.c. F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, op. cit., secondo il quale, a p. 67: "Che l'associazione sia, in questi casi, holding in senso proprio è reso evidente dal fatto che può direttamente esercitare attività commerciali: se, per l'esercizio di queste, essa si avvale di società controllate costituite ad hoc, si potrà dire che l'associazione le esercita, al pari di ogni altra holding, in modo mediato e indiretto, con tutte le conseguenze che derivano dall'esercizio mediato e indiretto di attività commerciali. Bisogna però distinguere, movendo dalla premessa che l'associazione assume la veste di imprenditore commerciale solo se esercita attività commerciali come oggetto esclusivo o principale."

⁵⁵⁶ Nonostante la lettera della norma lasci apparentemente pochi margini di incertezza sui potenziali destinatari della nuova disciplina (enti e società), in dottrina è stato sollevato qualche dubbio circa la riconducibilità in tale novero degli enti pubblici economici o territoriali ovvero delle società pubbliche a partecipazione maggioritaria o totalitaria. Si veda M. ARDI e C. D'ARIES, *La public governance nei servizi pubblici locali - La gestione e il controllo delle partecipate*, Milano, 2006. Più in generale, E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. Amm.*, 2005, 4, p. 915. Per un esame sulla natura di ente pubblico, per cui sarebbe irrilevante la costituzione in forma di ente pubblico si vedano V. SPAMPINATO, *Intorno alla definizione di ente pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1994, p. 411; F. CARINGELLA, *Diritto amministrativo*, Milano, 2001, I, p. 519 ss. e 2 ed. 2003, tomo I, p. 589.

nel gruppo vi è un'unica impresa, sia pure in presenza di una pluralità di società⁵⁵⁷; ovvero se, l'imputazione possa anche coinvolgere una pluralità di soggetti, in presenza di un collegamento tra le stesse⁵⁵⁸. In tale ottica, insieme alla *holding* apicale potrebbero ben rispondere, in una catena discendente, anche le *subholding*, che svolgano un'attività di vero e proprio indirizzo delle scelte gestionali, ovvero che abbiano in concreto esercitato poteri di direzione e coordinamento, nell'interesse proprio della *holding* apicale ("interesse altrui")⁵⁵⁹. E una tale responsabilità dovrebbe poter sussistere anche in caso di controllo congiunto⁵⁶⁰.

4.4.8. L'art.2497, comma 3, c.c.

In merito a questo discusso articolo un primo ordine di problemi riguarda la legittimazione passiva delle controllate in caso di azione per esercizio scorretto dell'attività di direzione e coordinamento. E come appena visto, vi sono forti dubbi anche sulla questione della sussistenza o meno della legittimazione attiva della stessa società controllata per la medesima azione. Ma è evidente la stranezza di

⁵⁵⁷ Si veda in proposito F. GALGANO e R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, op. cit., p. 140 ss.

⁵⁵⁸ Si vedano G. OPPO, *Impresa e Imprenditore. I) Diritto commerciale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVI, Roma, 1999, 13; B. LIBONATI, *Gli atti compiuti dalla società controllata a favore della società controllante*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1989, II, p. 220 s., spec. p. 221. Sulla distinzione tra "gruppi accentrati" e "gruppi decentrati"; G. MINERVINI, *Intervento*, in AA.VV., *Il gruppo di società e il bilancio consolidato di gruppo*, op. cit., p. 64, spec. p. 66 ss. Si vedano anche A. PAVONE LA ROSA, *Controllo e gruppi nella fenomenologia dei collegamenti societari*, op. cit., p. 18 ss.; M. AMMENDOLA, *Unità direzionale e organizzazione nel rapporto di gruppo*, op. cit., p. 1262; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. Diritto delle società*, vol. II, Torino, 2002, spec. p. 289 ss.; F. DI SABATO, *Concentrazioni e gruppi nel diritto interno*, op. cit., p. 528.

⁵⁵⁹ Secondo tale impostazione, in pratica, non può escludersi in radice la coesistenza dell'attività di direzione e coordinamento, direttamente esercitata dalla *holding* di vertice e delle *sub-holding* nei confronti delle società da queste ultime controllate. In tal caso, occorrerà valutare empiricamente quale sia l'effettiva autonomia direzionale delle *sub holding* di settore: se, infatti, la *holding* di vertice opera come centro propulsore di un gruppo accentrato e le *sub holding* hanno una funzione esecutiva ovvero sono tenute ad uniformarsi alle direttive della *holding* nell'elaborare le politiche di settore, dovrà riconoscersi alla *holding* di vertice la qualità di soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento.

⁵⁶⁰ Si veda P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, op. cit., p. 2332; V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Soc.*, 2007, 1, p. 1.

una situazione giuridica in cui, lo stesso soggetto, è al tempo stesso legittimato attivo e passivo della medesima azione⁵⁶¹.

Stando al tenore letterale *“il socio ed il creditore sociale possono agire contro le società o l’ente che esercita l’attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta all’attività di direzione e coordinamento”*⁵⁶².

La società controllata sembra quindi essere legittimata passiva delle azioni di ristoro, intraprese dai suoi soci e creditori sociali, per il pregiudizio arrecato dall’abuso di direzione e coordinamento. Ma è evidente che ciò comporta uno svuotamento dell’effettività della tutela dei soci e dei creditori. Infatti, ogni risarcimento da parte della società eterogestita, avrebbe l’effetto di lederne l’integrità patrimoniale. Quale che sia la soluzione in futuro adottata dalla giurisprudenza, sempre che la norma in questione non venga tacciata di incostituzionalità, è certo che appare quanto meno bizzarro che la società controllata, che per prima ha subito il danno derivante dall’esercizio abusivo dell’attività di direzione e coordinamento, sia tenuta a risarcire essa stessa il danno subito, che alla fine dei conti, risulterebbe, in sostanza, aumentato.

A risolvere il problema alcuni autori hanno proposto che la norma implichi, sebbene nulla sia detto al riguardo, un obbligo della controllante di tenere indenne la controllata ed eventualmente fornire la provvista necessaria per procedere al risarcimento del danno invocato da creditori e soci⁵⁶³.

⁵⁶¹ Si veda G. GUIZZI, *La responsabilità della controllante*, op. cit., p. 214-216; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità*, op. cit., p. 1255.

⁵⁶² La Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 6 del 2003 non fornisce chiarimenti, limitandosi ad affermare che l’articolo in esame prevede tale condizione *“per evitare che il margine di iniziativa della società soggetta all’attività di direzione e coordinamento sia eccessivamente ridotto come conseguenza della possibilità di azione diretta da parte dei suoi soci o dei suoi creditori contro la società controllante”*.

⁵⁶³ Si veda tuttavia F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, op. cit., p. 109 che *“Quando il danno al socio o al creditore è dalla holding cagionato per il tramite della stessa società di cui essi sono il socio o il creditore, può apparire incongrua la norma del 3° comma, giacché il danno a costoro è danno riflesso del danno al patrimonio sociale. La norma ha, pur tuttavia, una propria ragion*

In merito alla sussistenza o meno della legittimazione passiva della società controllata, si registrano nella giurisprudenza di merito due posizioni contrastanti dello stesso Tribunale di Roma. In proposito, il Tribunale di Roma, con ordinanza 13.17 luglio 2007 affermava: *“la società etero diretta non ha legittimazione essendo una mera esecutrice della direttiva ricevuta”*. Sullo stesso punto il giudice del reclamo, Tribunale di Roma 27agosto/13 settembre 2006 (pubblicato sulla stessa rivista), ha invece ritenuto che sussiste la legittimazione passiva della controllata. Si legge infatti in tale sentenza: *“l’orientamento interpretativo secondo il quale l’assoggettamento di una società alla direzione e coordinamento di un’altra società, ovvero di un ente non modifica e non attenua il dovere generale degli amministratori della società controllata di agire nell’interesse preminente della società amministrata e quindi anche dei soci, secondo principi di trasparenza e corretta gestione societaria, non potendo essi addurre a propria discolpa il fatto di essersi limitati a prestare obbedienza alle direttive della società o dell’ente che esercita l’attività di direzione e coordinamento”*⁵⁶⁴.

In caso si voglia ammettere la legittimazione passiva della controllata, come prescrive la norma, ci si chiede poi che tipo di responsabilità possa essere imputata alla società eterodiretta⁵⁶⁵.

Il secondo tema di indagine attiene alla natura di vera e propria “sussidiarietà” della responsabilità della capogruppo che sembrerebbe emergere dal tenore letterale della disposizione in esame⁵⁶⁶.

d’essere anche in questo caso: induce la holding, che voglia evitare l’azione esecutiva nei propri confronti, a dotare la controllata dei mezzi sufficienti per fare fronte alla pretese risarcitorie del socio o del creditore della seconda.”

⁵⁶⁴ Entrambi in *Riv. Dir. Comm.*, 2008, II, p. 211.

⁵⁶⁵ In proposito F. GIORGIANNI, *La responsabilità nei gruppi*, op. cit., p. 2753 e ss. ritiene che si tratterebbe di una responsabilità oggettiva della dominata o piuttosto, come si è suggerito una preventiva traslazione della responsabilità dei soggetti dominanti in capo al soggetto dominato, sia pure solo a fini solutori. La questione ovviamente coinvolge anche il problema della responsabilità degli amministratori della controllata, coinvolti ai sensi dell’art. 2497, 2 comma c.c., ed in generale di quale autonomia gestionale si ritiene di attribuire alle società etrodirette che sarà approfondita in seguito.

Premesso che ogni valutazione in proposito dovrebbe implicare la preventiva soluzione delle questioni sopra enunciate relative alla legittimazione attiva e/o passiva della società controllata (questioni tutt'altro che risolte), giova in proposito segnalare che il concetto di sussidiarietà comprende al suo interno fattispecie completamente diverse, che vanno dall'onere di preventiva escussione, al beneficio

⁵⁶⁶ Si veda F. GALGANO, *Direzione e coordinamento*, op. cit., p. 119, che osserva: “*La situazione che ne deriva è simile a quella regolata per la società in nome collettivo dall’art. 2304, giacché il «soddisfacimento» ex 3° comma corrisponde al «pagamento» di cui all’art. 2304 cod. civ. Vale, perciò, la comune interpretazione di quest’ultima norma: il beneficio della preventiva escussione opera in sede esecutiva e non anche in sede di processo di cognizione*”. L’Autore conclude sostenendo che sarebbe quindi sufficiente che l’attore dimostri di avere preventivamente richiesto il pagamento alla società controllata. Si veda inoltre G. CAROLA, *Attività strategica, organizzativa e di controllo della dominante* (Il parte), in *Le Società*, 2008, p. 1216 il quale evidenzia, in via più dubitativa, le problematiche scaturenti da tale natura dell’azione nel caso quanto meno del socio della società controllata ed osserva: “*In altri termini, il creditore sociale potrà agire direttamente nei confronti della capogruppo dopo aver escusso invano la società debitrice. Se si pensa al socio, però, la soluzione appare meno chiara. Il socio dovrebbe prima agire per il risarcimento del danno nei confronti della società di appartenenza e, solo qualora tale azione avesse esito negativo, potrebbe agire ex art. 2497 nei confronti della società capogruppo. A tal proposito si è però osservato che il socio non dispone di un’azione diretta contro la società a tutela della redditività della sua partecipazione e, ove si ammettesse, tale azione non potrebbe comunque essere esercitata - o almeno non vittoriosamente - contro la società controllata, dal momento che quest’ultima è per definizione incolpevole, essendo la responsabilità imputabile alla capogruppo. Tale ultima ricostruzione appare, però, incongrua rispetto all’intento del legislatore di rafforzare la tutela del socio con un meccanismo che ne garantisca celerità e certezza del risultato*”. Per l’onere di una preventiva escussione della società eterogestita si pronuncia I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Le Società*, 2003, p. 1203; per un onere di richiesta stragiudiziale (che configura dunque un beneficio d’ordine), v. A. FIGATALAMANCA e A. GENOVESE, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita. Not.*, 2004, p. 1210. Ancora per la responsabilità sussidiaria si veda G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in *Diritto delle società*, a cura di N. ABRIANI e altri, 2006, p. 349; V. CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità d’attività di direzione e coordinamento di società*, in op. cit. p. 339 e s.; Id, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità*, p. 1228 e ss., spec. p. 1257; A. NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. Comm.*, 2003, I, 391 s., 402 nota 103. Sempre per la sussidiarietà è P. ABBADESSA, *La responsabilità della capogruppo verso la società abusata*, op. cit., p. 286. Secondo tale autore “*La filosofia ispiratrice dell’abbandono della soluzione accolta nello schema di decreto (realizzare la maggiore estensione possibile della libertà d’azione della società capogruppo) spiega anche la ragione della sua sostituzione con la regola, in certo senso opposta, per la quale il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società che esercita l’attività di direzione e coordinamento solo se non sono stati soddisfatti dalla società abusata (art. 2397, comma 3°, c.c.)*”. Tale autore, dopo aver confutato varie impostazioni poste dalla dottrina e su cui si tornerà più oltre, precisa “*si tratta di decidere: (a) se l’art. 2497, comma 3°, c.c. consideri sufficiente una semplice richiesta stragiudiziale di pagamento rimasta priva di seguito o, viceversa, esiga una vera e propria escussione infruttuosa della società eterodiretta e (b) se la richiesta nei confronti della società eterodiretta (stragiudiziale o giudiziale, a seconda della soluzione preferita) configuri un onere il cui mancato assolvimento rende l’azione contro la capogruppo improcedibile o se, viceversa, detta azione possa essere liberamente promossa, salvo ad essere paralizzata a seguito dell’eccezione della convenuta*”.

della preventiva escussione o al semplice c.d. “beneficium ordinis”, ed appare tutt’altro che pacifico a quali di tali situazioni la norma abbia inteso fare riferimento⁵⁶⁷.

Ci si chiede, in proposito, se tale sussidiarietà implichi, per i soci e creditori l’obbligo della preventiva escussione della società controllata, o sia invece sufficiente che essi chiamino le due società in giudizio congiuntamente, in quanto litisconsorti necessari, o se invece, ancora, sia sufficiente che i soci e creditori chiedano “gentilmente” prima alla controllata il risarcimento del danno. Ci si chiede se la norma ponga una condizione di ammissibilità o di procedibilità dell’azione.

Indipendentemente dal significato che voglia attribuirsi al termine in questione, alcuni autori hanno invece ritenuto che non sia ipotizzabile che la responsabilità della controllante, attorno a cui è imperniato l’intero sistema della responsabilità per abuso di attività da direzione e coordinamento, sia assoggetta ad una regime di sussidiarietà⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ Si veda in proposito M. MAGGIOLLO, *L’azione di danno contro società o ente capogruppo*, (art. 2497, 3, c.c.), op. cit., p. 176, ove si legge “*La sussidiarietà infatti è in linea di principio categoria non normativa, ma dogmatica, posto che nel concetto di obbligazione o di responsabilità sussidiaria viene riunita tutta una serie di fattispecie diverse, e posto che tali diverse fattispecie sono a loro volta assoggettate a regole anche significativamente diverse. Si tratta di regole che di volta in volta prevedono un onere di preventiva escussione (artt. 2304, 2315 e 2318, 24611 c.c.), per cui l’azione contro il debitore sussidiario è improcedibile fino all’esito dell’escussione del debitore principale; o prevedono un beneficio di escussione (artt. 19442, 2268, 2868 c.c.), per cui l’azione contro il debitore sussidiario è procedibile, ma suscettibile di essere paralizzata dall’eccezione di preventiva escussione del debitore principale; o ancora prevedono un beneficium ordinis (art. 12682, 23562 c.c.), per cui l’azione contro il debitore sussidiario è possibile purché sia stato assolto l’onere di una prima richiesta di adempimento al debitore principale; sino a prevedere una non meglio precisata subordinazione della responsabilità (art. 14082 c.c.)*” In merito al tema della sussidiarietà dell’obbligazione in generale si veda G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, Napoli, Jovene, 1974, p. 246 ss.

⁵⁶⁸ Si è, infatti, evidenziata la singolarità di una disciplina che, avendo individuato nell’esercizio scorretto di attività di direzione e coordinamento di società il titolo giuridico di una specifica responsabilità, farebbe poi gravare in via principale sulla società etero diretta l’obbligo di riparare il pregiudizio che essa per prima ha subito. Sul punto si vedano anche R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, op. cit., p. 667; A. NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, op. cit., p. 392; P. DE BIASI, *Sull’attività di direzione e coordinamento di società*, op. cit., p. 946 e ss.; G. GUIZZI, *Eterodirezione dell’attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, op. cit., p. 454.

Altri ancora, infine, propendono per una soluzione, per così dire, intermedia: l'art. 2497, comma 3, c.c., dovrebbe essere letto in ragione dei danni patiti da soci o creditori della società etero gestita, con una distinzione tra danni per loro natura non suscettibili di essere risarciti dalla società eterogestita, per cui la natura del danno escluderebbe la sussidiarietà dell'azione contro la capogruppo, e danni invece suscettibili di essere risarciti sia dalla società controllata, sia dalla capogruppo⁵⁶⁹.

Ancora, si è sostenuto che la norma dovrebbe essere intesa nel senso che l'azione verso la controllante sarebbe possibile solo (o per la parte in cui) sia superata la soglia del *quantum* riflesso dalla perdita patrimoniale della società nel frattempo risarcita⁵⁷⁰. Tale interpretazione, per quanto renderebbe la norma ultronea, in quanto mancherebbe in tal caso l'interesse ad agire e comunque il danno risulterebbe mancante ex art. 1497, comma 1, ultima parte, c.c., appare comunque l'unica percorribile.

⁵⁶⁹ In tal senso M. MAGGIOLLO, *L'azione di danno contro società o ente capogruppo* op. cit.; Id., *Responsabilità solidale e regresso nei gruppi di società*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2006, p. 565 e ss.. Secondo tale autore danni non risarcibili dalla società controllata si avrebbero, ad esempio, nei casi in cui la lesione all'integrità patrimoniale della società eterogestita comprenda un pregiudizio per il creditore suscettibile di verificarsi in un momento anteriore all'inadempimento. In questi casi la natura del danno non risarcibile dalla controllata escluderebbe il carattere sussidiario della responsabilità dell'ente dominante. In questo senso. In tale quadro ricostruttivo l'art. 2497, comma 3, c.c. andrebbe allora letto non come norma relativa a condizioni di ammissibilità o di procedibilità dell'azione di danno contro la capogruppo, ma come norma relativa all'oggetto dell'azione: una azione di danno sarebbe quindi immediatamente esercitabile contro la capogruppo, ma il suo *petitum* potrebbe essere esteso a danni per loro natura suscettibili di essere risarciti sia dalla capogruppo, sia dalla società eterogestita, nella sola ipotesi in cui quest'ultima non abbia già provveduto al loro ristoro.

⁵⁷⁰ Così I. PAGNI, *Crisi societaria ed intervento del giudice, tra revoca dell'amministratore, azioni di responsabilità e forme di tutela dei creditori*, in www.judicium.it, Altre letture - come quella che finisce per scorgere una sorta di *beneficium excussionis* a favore della società controllante, quando non addirittura una vera e propria ipotesi di giurisdizione condizionata, o in ogni caso quella che presuppone un intervento della controllata a soddisfare la pretesa al risarcimento, seppur nelle forme dell'adempimento spontaneo dell'obbligazione altrui - non sembrano avere rilievo in un sistema che ha riguardo più all'assetto dei rapporti sul piano sostanziale che non al modo di esprimersi sotto il profilo processuale, e che pertanto adopera una terminologia che pare fatta più per spiegare il contenuto delle situazioni soggettive sostanziali, che non per individuare i presupposti della tutela che l'ordinamento ha previsto per le stesse. Si veda nello stesso senso H. SIMONETTI, *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Il codice commentato delle nuove società* a cura di BONFANTE MARZIALE R. RORDORF, V. SALAFIA), www.lesocietà.it

Le interpretazioni al riguardo, come si è visto, sono le più varie⁵⁷¹ e le più fantasiose. Ma il vero punto della questione, comunque si interpreti il 3° comma dell'articolo in questione, che presenta con tutta evidenza dei problemi di illogicità del dettato normativo, è, come si è già più volte ripetuto, che l'eventuale risarcimento del

⁵⁷¹ Oltre alle opinioni sin qui già citate si nota che alcuni autori hanno sostenuto che non ci sia una responsabilità della società eterogestita verso i propri soci o i propri creditori. In proposito, sul presupposto che normalmente il danno arrecato a soci e creditori della società eterogestita passa attraverso un pregiudizio per questa stessa società, si afferma che la norma dell'art. 2497, comma 3 c.c., nel limitare la possibilità di agire contro la capogruppo, sarebbe riferita ai casi in cui proprio la società eterogestita abbia deciso di soddisfare i suoi soci e i suoi creditori nonostante la *mala gestio* della capogruppo, e lo abbia fatto per evitare la loro azione contro quest'ultima. Così A. BADINI CONFALONIERI, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, op. cit., III, p. 2173 (nt. 1), 2173. Alcuni autori sostengono che sia la società capogruppo a doversi far carico del danno subito dai soci esterni e creditori della controllata. In tal senso secondo alcuni autori la norma è applicabile all'ipotesi di soddisfacimento *spontaneo* degli azionisti "esterni" e dei creditori da parte della società etero diretta. Così sembrerebbe A. JORIO, *I gruppi*, in *La riforma delle società*, a cura di S. AMBROSINI, Torino, 2003, p. 201. Mentre secondo altri la società eterogestita sarebbe la semplice esecutrice materiale di una prestazione dovuta dalla sola capogruppo cui dovrebbe provvedere con i mezzi che proprio la capogruppo le abbia messo a disposizione contestualmente al risarcimento del danno patito dalla stessa società etero gestita. In tal senso V. CARRIERO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, op. cit., p. 339 e s.; Id., *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, op. cit., p. 1228 e ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2002, 592 s., nota 13 e ancora A. GAMBINO e D. U. SANTOSUOSSO *Le Società di capitali*, Torino, 2007, p. 332. Nel senso, invece, che la società etero gestita debba supportare, in via definitiva, con il proprio patrimonio il danno derivante dall'azione in questione si vedano in particolare C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006, p. 209, secondo il quale la previsione che le risorse economiche per riparare il pregiudizio subito da soci "esterni" e creditori siano ricavate dal patrimonio stesso della società che ha subito il pregiudizio si spiegherebbe con il fatto che il problema non è quello di tutelare la società in quanto tale, bensì soltanto gli "interessi" esterni al gruppo in essa presenti, con ciò non considerando quanto testé rilevato circa il danno riflesso che il socio "soddisfatto" verrebbe comunque a patire per il depauperamento della società alla quale continua pur sempre a partecipare. Si veda P. ABBADESSA, *La responsabilità della capogruppo verso la società abusata*, op. cit., p. 286 che passa in rassegna, sottoponendole a critica, le varie opzioni formulate dalla dottrina. Egli afferma "A proposito della controversa interpretazione di tale norma, credo che due punti possano essere dati per sicuri: (a) che essa non prevede un'ipotesi di soddisfacimento spontaneo degli azionisti "esterni" e dei creditori da parte della società eterodiretta, giacché in tal modo la disposizione risulterebbe sostanzialmente superflua" e "(b) che essa non prevede neppure che l'onere finanziario del soddisfacimento degli azionisti "esterni" e dei creditori da parte della società eterodiretta debba essere sopportato in via definitiva da detta società piuttosto che dalla capogruppo ... perché: i) dal punto di vista logico, non è accettabile che il debito da risarcimento venga posto a carico del medesimo patrimonio che, per effetto del comportamento contemplato dalla legge come fonte di responsabilità, ha subito la diminuzione e del quale è titolare un soggetto autonomo e distinto da quello a cui si imputa quel comportamento; ii) dal punto di vista economico, il porre a carico del patrimonio della società eterodiretta l'obbligazione risarcitoria comporta un'ulteriore diminuzione di quel patrimonio, con conseguente ulteriore diminuzione del valore e della redditività delle partecipazioni e perciò aggravamento del danno patito sia dall'attore, sia dagli altri soci meno solerti nella cura dei propri interessi, ma non per questo immeritevoli di protezione".

danno subito dal socio e/o dal creditore da parte della società controllata, che per prima ha subito il danno (trattandosi nella fattispecie, come già esposto di danni indiretti) non farebbe in realtà altro che aggravare la posizione dei tali soggetti, e ancor più la posizione dei soci e dei creditori deboli⁵⁷².

In proposito la giurisprudenza di merito, successiva alla riforma ha sostenuto sia che l'art. 2497 c.c. prevede un onere di preventiva escussione del patrimonio della società etero diretta⁵⁷³, sia che lo scopo della norma sarebbe quello di escludere l'eventualità della duplicazione della soddisfazione del socio o creditore per quella parte del danno per cui sia già stato soddisfatto⁵⁷⁴.

4.5. LE ULTERIORI IPOTESI DI RESPONSABILITÀ SOLIDALE

4.5.1. Osservazioni generali

Ai sensi del 2° comma dell'art. 2497 c.c., risponde in solido, con la capogruppo, *“chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi e abbia consapevolmente tratto beneficio”*.

⁵⁷² In relazione a ciò si è anche sostenuto che l'articolo in questione sia volto a tutela dei creditori e dei soci forti, seppure di minoranza, e a discapito invece dei veri soggetti deboli, che non avrebbero competenze, mezzi e interessi per esercitare l'azione in questione, e che risulterebbero ulteriormente danneggiati in caso di esperimento favorevole dell'azione stessa.

⁵⁷³ In tal senso si veda il Tribunale di Pescara, sentenza del 16 gennaio 2009 in www.dejure.giuffrè.it ove si legge *“La legittimazione passiva all'azione di cui all'art. 2497 c.c. spetta direttamente alla società dominante, non trovando applicazione nel giudizio di cognizione il disposto del terzo comma dello stesso art. 2497 c.c., che prevede un onere di preventiva escussione del patrimonio della società sottoposta all'altrui abusivo esercizio di direzione unitaria”*.

⁵⁷⁴ In tal senso si veda il Tribunale di Milano, sentenza del 14 giugno 2006, in www.dejure.giuffrè.it, ove si legge *“La norma di cui all'art. 2497 c.c. ha lo scopo di escludere l'eventualità della duplicazione della soddisfazione del socio o creditore per quella parte del danno per cui sia stato soddisfatto. Pertanto, resta salva la possibilità di agire nei confronti della dominante per il residuo danno derivante dalla perdita che il socio subisce dal fatto di essere soddisfatto dalla società da lui stesso partecipata. A ciò consegue che, ove la domanda sia fondata, una parte del danno, che dia fondamento alla procedibilità in sede di cognizione, non possa mai essere esclusa”*.

Si tratta di una previsione del tutto nuova (che soprattutto nell'ottica delle deroghe al principio di responsabilità limitata risulta particolarmente interessante) e stupisce quindi che, a fronte dei copiosi commenti alla nuova disciplina dell'attività di direzione e coordinamento ed alle nuove ipotesi di responsabilità da eterogestione, proprio tale 2° comma dell'art. 2497 c.c. abbia attratto così poco l'interesse degli interpreti⁵⁷⁵.

La *ratio* della norma sembra, da un lato, come sopra accennato, coerente con l'intenzione di collegare la responsabilità all'esercizio effettivo del potere, al di là delle cariche e dei ruoli formalmente rivestiti presso la società, e, dall'altro lato, volta ad incentivare i vari soggetti che operano all'interno dei gruppi societari ad intensificare i controlli e a vigilare sulla gestione societaria⁵⁷⁶.

Prima di esaminare più da vicino le varie ipotesi prospettate e prospettabili sulla base della norma in esame, giova svolgere alcune considerazioni di carattere preliminare.

Il secondo comma dell'art. 2497 c.c. prevede in sostanza un'estensione della responsabilità all'interno e all'esterno delle società e degli enti che compongono il gruppo: un'estensione che potenzialmente opera all'infinito. L'estensione così ampia dei soggetti potenzialmente responsabili. se da un lato è stata accolta dalla dottrina positivamente, in quanto consente di "*combattere con armi meno spuntate i vari*

⁵⁷⁵ Tra gli autori che più approfonditamente si sono occupati dell'esame dell'art. 2497, comma 2, c.c. si vedano in particolare: R. WEIGMANN, *I gruppi di società*, op. cit.; ID. *Responsabilità patrimoniale dei soci*, in AA. VV., *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, a cura di A. NIGRO, Milano, 2006; G. SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, op. cit., 2003, p. 591 e ss.; P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, op. cit.; P. DE BIASI, *Sull'attività di direzione e coordinamento di società*, op. cit., p. 946 e ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, op. cit.; M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze*, op. cit., p. 331; M. MAGGIOLIO, *Responsabilità solidale e regressi nei gruppi di società*, op. cit., 2006, p. 565, e ss.; P. SPADA, *Diritto commerciale*, parte II, Padova, 2009, p. 162 e ss.

⁵⁷⁶ Con un'impostazione che sembra derivare dai principi di *law & economics* in precedenza discussi, o restando più vicini, al ruolo di prevenzione generale e moralizzatrice cui dovrebbe tendere la legge.

*compartecipi e i veri responsabili*⁵⁷⁷, e permette di “*aumentare le possibilità di ristoro aumentando i patrimoni sui cui i danneggiati possono soddisfarsi*”⁵⁷⁸, dall’altro sembra sia stata scritta in maniera un po’ superficiale⁵⁷⁹ e potrebbe portare ad eccessi interpretativi e ad abusi dell’azione a scopo ricattatorio⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ Si veda in tal senso P. DAL SOGLIO, *Commento all’art. 2497 c.c.*, op. cit., p. 2334 il quale è tra gli autori che hanno accolto favorevolmente la norma in questione. L’Autore in particolare sostiene “*L’estensione della responsabilità a questi livelli può portare a degli eccessi, da subito evidenziati da un’attenta dottrina, ma in linea di principio è apprezzabile. Può servire da un lato a ripartire i costi della politica di gruppo dannosa anche sulle società sorelle che hanno beneficiato della direzione unitaria, estendendoli in linea orizzontale e non solo in senso ascendente verticale dalla base ai vertici della piramide; dall’altro a combattere con armi più affilate i vari spostamenti di ricchezza a vantaggio di mogli, figli, amanti, amici, società di amici, di mogli eccetera, evitando di agire di rincorsa con le armi spuntate delle azioni revocate e dichiarative di simulazioni. Del resto, come anticipato, le vere armi micidiali sono bandite, atteso che permane integro il corporate veil e si agisce in responsabilità. Restando in metafora, i forzieri ora si aprono con la lancia termica, non con i vecchi trapani e grimaldelli; ma non è consentito far saltare tutto con l’esplosivo*”.

⁵⁷⁸ La soluzione di coinvolgere in prima persona il patrimonio dell’ente consente di tutelare maggiormente le esigenze di ristoro del danno per esempio nelle situazioni in cui gli amministratori della controllata siano gli stessi della controllante. Il concorrente coinvolgimento degli amministratori, poi, oltre a rispondere all’esigenza di promuovere il corretto esercizio delle loro prerogative consente di aumentare le possibilità di ristoro del danno nei casi in cui la stessa società dominante sia insolvente.

⁵⁷⁹ In tal senso F. SANTANASTASO, *Responsabilità patrimoniale dei soci*, in AA. VV., *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, a cura di A. Nigro, Milano, 2006, il quale afferma che il legislatore si sarebbe comportato superficialmente “*in quanto senza rendersi conto che in via interpretativa si potrebbe giungere ad applicare quelle stesse norme a tutte le società anche a quelle monadi, in quanto altrimenti vi sarebbe una violazione dell’art. 3 cost. a meno che non si voglia ritenere che il legislatore abbia deciso di trattare diversamente situazioni diverse e tutelare maggiormente soci e creditori dei gruppi in quanto sottoposti a maggiori rischi [...] ma si tratta di una visione che non condivido pienamente, infatti in molti casi anche nelle società mondiali i soci di minoranza e i creditori sono esposti a grandi rischi se si tratta di un’impresa familiare con i vari familiari nella gestione, nelle quote e quali dipendenti [...] si potrebbe allora sostenere che i rischi sono maggiori nella società nel suo complesso, nel senso che i gruppi possono creare danni maggiori rispetto alle società monadi, in un approccio pratico analogo o quanto meno che prende spunto dall’analisi economica del diritto, ma non sembra un’impostazione cui può essere piegato l’art. 3 della costituzione*”.

⁵⁸⁰ In tal senso si veda A. IRACE, *Commento all’art. 2497*, in AA. VV., *La riforma delle società*, 3, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, ma anche S. BONFATTI, *La responsabilità civile della banca locale nell’erogazione del credito alle imprese di rete*, in *Relazione al convegno su Crisi e concorsualità nei distretti industriali e nelle reti d’impresa*, Trento, 5-6 dicembre 2003. Secondo tale autore l’art. 2497, comma 2, c.c. può consentire di colpire le condotte degli istituti di credito non solo quando abbiano attivamente preso parte alla gestione societaria (banche coordinatrici) o abbiano seguito ad erogare credito alla società insolvente in modo da far decorrere i termini per le azioni revocate di atti pregiudizievoli prima posti in essere (banche fiancheggiatrici), ma anche quando queste siano semplicemente rimaste alla finestra e, pur senza concedere credito, si siano consapevolmente astenute, per convenienza, dal depositare istanza di fallimento assumendo così un ruolo parassitario.

La vera realtà, a parere di chi scrive, è che molti hanno accolto positivamente la norma in quanto ritenuta idonea a far “rientrare dalla finestra” la responsabilità delle persone fisiche, e in particolare la figura della *holding* persona fisica (che come accennato aveva trovato ampio spazio nella giurisprudenza ante riforma), che è stata scientemente e puntigliosamente eliminata, all’ultimo minuto, dai soggetti che possono rispondere in via principale ed immediata per scorretto esercizio di attività di direzione e coordinamento ai sensi del primo comma. E ciò a prescindere dal fatto che tale norma sia in realtà idonea allo scopo.

Nelle precedenti versioni della bozza del decreto legislativo il soggetto responsabile veniva identificato in “*chi*” esercitava, a qualunque titolo, attività di direzione e coordinamento. Con questa formulazione quindi la disciplina sarebbe risultata direttamente applicabile anche alle persone fisiche controllanti. Ma proprio nella stesura finale del documento sono state invece espunte le persone fisiche dall’ambito di applicazione del primo comma dell’art. 2497 c.c..⁵⁸¹ Tale delimitazione della portata dell’art. 2497, comma 1, c.c. è ovviamente stata oggetto di aspre critiche, soprattutto avuto riguardo alla situazione dell’economia italiana, che come si è mostrato nel primo capitolo è proprio caratterizzata da gruppi controllati da persone fisiche⁵⁸². E, come si vedrà meglio, la previsione di cui al presente secondo comma

⁵⁸¹ Nel progetto preliminare l’art. 2497 c.c. iniziava coll’enunciato: “*Chi esercitando a qualunque titolo attività di direzione o coordinamento di società, agisce in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale di queste [...]*” e quindi pure gli obblighi pubblicitari erano riferiti anche alle persone fisiche in posizione di controllo (art. 2497-bis, comma 2°, c.c.). Ma la formulazione, avendo destato troppe, attenzioni, è stata corretta. Sul punto si veda P. DAL SOGLIO, *Commento all’art. 2497 c.c.*, op. cit., p. 2329, sub nota 115, secondo il quale afferma “*che l’indicazione sia giunta Palazzo Chigi, al cui inquilino pareva di “riconoscersi” nella previsione dello schema provvisorio non è certo un segreto*”; inoltre si veda G.B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 145 e ss.

⁵⁸² Si veda R. WEIGMANN, *I gruppi di società*, op. cit., p. 45: “*Ci si può tuttavia domandare, alla luce dell’art. 3 Cost., se sia conforme al principio di uguaglianza la previsione di una responsabilità risarcitoria, e prima ancora di taluni obblighi di trasparenza, solamente a soggetti diversi dalle persone fisiche. E la risposta mi pare debba essere negativa. Infatti, a ben vedere, sono espressamente menzionati nelle norme le società e gli enti, in quanto essi normalmente assumono una posizione imprenditoriale. Sicché, a mio giudizio, lo stesso trattamento deve essere esteso, in via interpretativa, a tutti coloro che esercitino, quali imprenditori, un’attività di direzione e coordinamento sulle società controllate.*” Per un’analoga conclusione Si veda H. SIMONETTI, *Art. 2497 c.c.*, in *Codice commentato delle nuove società* (a cura di BONFANTE-CORAPI-MARZIALE-RORDORF-SALAFIA),

non è in grado di risolvere completamente i problemi, essendo comunque rimaste escluse dalla disciplina dell'attività di direzione e coordinamento tutte le ipotesi di gruppi con a capo una persona fisica e senza *sub-holding* intermedie.

Ma anche apprezzando gli intenti, certamente lodevoli, del legislatore, non può sottacersi che, ancora una volta, il dettato normativo è estremamente problematico: la norma appare, infatti, poco chiara sia sotto il profilo della condotta riprovevole, sia sotto il profilo della natura della responsabilità, sia sotto il profilo dei soggetti potenzialmente coinvolti.

Particolarmente delicata è poi la posizione del socio "non tiranno" che, proprio in virtù della presente disposizione potrebbe essere chiamato a rispondere, anche per il voto espresso in assemblea ed anche al di là di uno specifico intento fraudolento. A ciò almeno sembra condurre il tenore letterale dell'articolo.

Vi sono, poi, i problemi di coordinamento di tale disciplina con le altre varie ipotesi di responsabilità previste in via generale dall'ordinamento, anche per le società indipendenti. Ci si riferisce in particolare alle ipotesi tradizionali di responsabilità di amministratori e sindaci. Così i medesimi soggetti potranno facilmente essere chiamati a rispondere per il medesimo fatto da più parti, e non sembra che il legislatore abbia compiutamente tenuto a mente le problematiche derivanti da tale intricato groviglio di azioni.

Problemi ulteriori sorgono, una volta soddisfatto il debito dei terzi, in sede di regresso. Ci si chiede in proposito se siamo di fronte ad un'ipotesi di obbligazione soggettivamente complessa c.d. ad interesse comune, nel qual caso in sede di regresso opererebbe l'art. 2055, comma 2, c.c., oppure se si tratti di un'obbligazione

Milano, 2004, p. 1206: *"Per quanto concerne più propriamente il caso delle persone fisiche, e quindi dell'imprenditore individuale, e sebbene ai soli fini dell'azione di responsabilità introdotta dall'articolo in esame, la norma commentata ha subito, nelle battute finali, una modifica di non poco conto in quanto, mentre nello schema presentato dal Governo il 29 settembre 2002 [pubblicato su Soc. 12, 2002] chiunque poteva essere chiamato a risarcire soci e creditori della società controllata, nel testo definitivo questa previsione è stata circoscritta e limitata. Sebbene tale previsione non sia stata riprodotta nel testo definitivo, non può escludersi, almeno in teoria, la legittimazione della società controllata nei confronti della holding."*

contratta nell'interesse di uno solo dei condebitori, nel qual caso, in sede di regresso dovrebbe trovare applicazione l'art. 1298, comma 1 ultima parte c.c.⁵⁸³. Certamente

⁵⁸³ In proposito M. MAGGIOLÒ, *Responsabilità solidale e regressi nei gruppi di società*, op. cit., il quale ritiene che almeno per quel che riguarda il lato c.d. interno dell'obbligazione solidale (che coinvolge amministratori, sindaci etc., di cui si vedrà meglio in seguito) l'obbligazione solidale si comporta in realtà come un'obbligazione contratta nell'interesse solo della capogruppo (anche perché altrimenti, come si è visto, qualora tali soggetti agissero per un interesse proprio, non opererebbe la fattispecie di cui all'art. 2497 c.c.). In proposito l'Autore osserva quanto segue "Si consideri innanzi tutto la situazione degli amministratori della capogruppo, i quali sono soggetti che si è visto essere necessari compartecipi al fatto illecito commesso dalla società da loro amministrata. La capogruppo non può agire che tramite loro, e c'è quindi una duplicazione o moltiplicazione di soggetti, società o ente da un lato, amministratori dall'altro lato, tutti ugualmente e solidalmente responsabili. Ma tale moltiplicazione non corrisponde ad una uguale moltiplicazione, tra società o ente da un lato e amministratori dall'altro, né di colpe, né nessi causali, tra azione e conseguenze che ne sono derivate: posto il rapporto organico, colpa e causalità sono evidentemente uniche. Questo significa che un regresso non può andare soggetto al principio dell'art. 2055, comma 2, c.c.". Per quanto riguarda invece il c.d. lato esterno dell'obbligazione solidale, che coinvolge soggetti solo eventualmente partecipi dell'illecito, dovrebbe invece operare la responsabilità solidale ad interesse comune. E così sempre il medesimo Autore afferma "Quel carattere solo in parte eventuale discende, come si è in parte già visto, sia dal fatto che si tratta di soggetti non sempre necessari, che almeno in certi casi possono cioè concretamente esistere ma anche non esistere; sia dal fatto che alla violazione dei doveri di corretta gestione sociale e imprenditoriale essi possono o non aver partecipato secondo circostanze che dipendono non dal modo in cui il gruppo di società è strutturato, ma dal modo in cui essi stessi hanno deciso di comportarsi. E la decisione di quei soggetti non integra, come per gli amministratori, il concreto contegno attraverso cui si esprime la attività di direzione e coordinamento né è, come per gli altri compartecipi naturali il normale tramite dell'esercizio di quella attività. Proprio perché una compartecipazione di questi soggetti eventuali dipende in concreto da una loro decisione in ordine al modo di comportarsi, una decisione che non è necessaria o normale espressione della attività di direzione e coordinamento di società, rispetto ad essi è tutt'altro che indispensabile provvedere a una misurazione della colpa e della entità delle conseguenze che ne sono derivate secondo il meccanismo delineato dall'art. 2055, comma 2, c.c. Rispetto a questi soggetti la cui compartecipazione al fatto illecito è solo eventuale si torna così a un normale caso di concorso nel fatto illecito regolato attraverso la solidarietà nell'obbligazione risarcitoria e la divisione della stessa pro quota nei rapporti interni tra i coautori del fatto dannoso". Si avrebbe così un'obbligazione estremamente complessa: ferma la solidarietà di tutti i soggetti coinvolti verso il danneggiato, all'interno la responsabilità si dividerebbe in due gruppi. Da un lato si avrebbe un'obbligazione solidale contratta nell'interesse di uno solo dei coobbligati, dall'altro lato, invece, una normale obbligazione solidale ad interesse comune. A prescindere dalle inimmaginabili difficoltà che tale meccanismo già di per sé potrebbe portare dal punto di vista pratico-operativo, occorre segnalare che il quadro si complica ulteriormente. Infatti l'azione in questione potrebbe eventualmente coesistere con una delle ordinarie azioni previste per le società indipendenti. Inoltre non pare in realtà così semplice, almeno per quel che riguarda il lato c.d. interno dell'obbligazione solidale, liquidare la faccenda con il meccanismo dell'obbligazione solidale nell'interesse di uno solo dei coobbligati. Ciò in quanto pare, invece, che i soggetti del c.d. lato interno dell'obbligazione solidale potranno essere ritenuti responsabili, anche ai sensi dell'art. 2497, comma 2, c.c., qualora siano risultati inadempimenti o mancanti nell'esercizio degli obblighi loro incumbenti in virtù del loro incarico. Quindi, ritenere che il risarcimento, alla fine, debba andare a ricadere sulla capogruppo non appare del tutto corretto. Anzi la capogruppo potrebbe ben agire nei confronti dei propri amministratori e sindaci. Di opinione diversa è anche A. GNANI, *La responsabilità solidale*, art. 2055, in *Commentario al Cod. Civ.* diretto da P.

non si può ritenere che il soggetto che abbia tratto beneficio dal fatto lesivo sia parte di un obbligazione soggettivamente complessa ai sensi dell'art. 2055 c.c.: a tale soggetto non sarà infatti computabile il fatto lesivo, non avendo tenuto alcuna condotta eziologicamente legata all'evento⁵⁸⁴. Si presume quindi che i soggetti che abbiano tratto beneficio avranno diritto ad agire in regresso per l'intero nei confronti dei reali autori del fatto dannoso.

Si cercherà di seguito di esaminare in dettaglio la disposizione in questione così da poter, se non risolvere i problemi, almeno porre i quesiti.

4.5.2. “Chi” ha comunque preso parte al fatto lesivo.

Con l'espressione in commento il legislatore sembra abbia inteso estendere la responsabilità a qualsiasi soggetto che a qualsiasi titolo e con qualsiasi comportamento abbia contribuito alla produzione del fatto. Si tratterà ovviamente di un'obbligazione solidale da concorso, e quindi accessoria, sussistente solo ove sussista la responsabilità principale della capogruppo.

SCHLESINGER e F. D. BUSNELLI, Milano, 2005, pp. 89-90, cui si rinvia per una più approfondita disamina delle problematiche, anche di natura processuale .

⁵⁸⁴ Così, sempre A. GNANI, *La responsabilità solidale*, op. cit. p. 90, “Non sussiste invece un medesimo fatto dannoso (co)imputabile a chi si sia avvantaggiato consapevolmente del fatto lesivo altrui; egli non tenne alcuna condotta (colposa) etiologicamente legata all'evento, ma si limitò a sfruttarlo ... Non è corresponsabile ex art. 2055 c.c. e comunque nemmeno è contitolare di un o.s.c. ad oggetto risarcitorio”. In modo analogo anche M. MAGGIOLLO, *Responsabilità solidale*, op. cit. che in proposito afferma “E va infine aggiunto che il regime del condebito solidale qui ricostruito come caso di solidarietà ad interesse esclusivo, che comporta la sopportazione del costo del danno da parte della capogruppo, dovrebbe riguardare anche il caso in cui il rapporto solidale nei confronti dei soci o creditori della società eterogestita coinvolga dal suo lato passivo la capogruppo e, nei limiti del vantaggio conseguito chi abbia consapevolmente preso parte al fatto lesivo tesi contemplata allo stesso art. 2497, comma 2, c.c.. A prescindere dalla evidente circostanza che qui non c'è concorso nel fatto illecito, per cui il soggetto avvantaggiato è tenuto a un'obbligazione di natura non risarcitoria, bensì indennitaria, anche questo mi pare un caso in cui il condebito solidale non può dividersi pro quota nei rapporti interni. [...] E, non potendosi lasciare al caso o alla scelta del creditore quale soggetto sia destinato a sostenere definitivamente il costo del danno patito da soci o creditori della società eterogestita, dovrebbe ritenersi che anche qui unico titolare di un eventuale regresso integrale sia il soggetto avvantaggiato che, nella ipotesi in cui esso sia stato costretto a pagare il danneggiato, potrà quindi ripetere dalla capogruppo quanto abbia versato” p. 566.

L'avverbio "comunque" si ritiene essere riferito alle modalità concrete di compartecipazione nell'illecito, così da poter abbracciare qualsiasi condotta, sia condotte commissive sia condotte omissive⁵⁸⁵. In merito alla rilevanza delle condotte omissive occorrerà poi valutare se esse siano addebitabili solo a coloro che hanno uno specifico ruolo di gestione e di controllo della correttezza della gestione societaria (quali principalmente amministratori e sindaci) o invece a tutti i possibili (ed infiniti) compartecipi dell'illecito, quali il socio, creditori e i terzi. Ma l'aggettivo in questione potrebbe anche ritenersi riferibile al profilo soggettivo (dolo o colpa) con cui viene attuata la partecipazione.

In proposito, sia sotto il profilo della condotta riprovevole, sia sotto il profilo del grado di diligenza richiesto, la responsabilità degli eventuali compartecipi si dovrà presumibilmente adattare a seconda del ruolo e delle funzioni da ciascuno svolti. E ovviamente l'onere della prova si atteggerà diversamente a seconda che si propenda verso la tesi della natura contrattuale o extracontrattuale della fattispecie in esame. Si ripropone quindi, in questa sede, il dibattito tra sostenitori della tesi contrattuale⁵⁸⁶ e sostenitori della tesi extracontrattuale⁵⁸⁷, anche se, come appena accennato, le posizioni si differenziano ulteriormente a seconda dei soggetti di volta in volta

⁵⁸⁵ Si dubita invece dell'imputabilità al socio gestore di s.r.l. di condotte omissive ai sensi dell'art. 2476, comma 7, c.c., come si vedrà nel paragrafo 4.6.

⁵⁸⁶ Coloro che propendono per la natura contrattuale della responsabilità in esame, almeno per quanto riguarda la posizione dei soci, degli amministratori e dei sindaci, utilizzano un ragionamento analogo a quello già esposto in materia di responsabilità diretta della capogruppo: tali autori sostengono che la responsabilità anche in questo caso deriverebbe dalla violazione di obblighi preesistenti di fonte legale. Si veda in tal senso S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, op. cit., la quale anche in questo caso, così come nella fattispecie di cui al comma 1, ritiene si tratti di responsabilità contrattuale. A sostegno di tale tesi in particolare l'autrice richiama la sentenza della Cass. n. 1925/1999 che ha dichiarato la natura contrattuale della responsabilità dell'amministratore di fatto, in quanto trae origine da un rapporto contrattuale di fatto. In tal senso l'Autrice continua sostenendo che "lo scopo non è quello di equiparare l'amministratore di fatto e l'amministratore che svolge attività di direzione e coordinamento, essendo evidente la diversità delle due fattispecie, sia sotto il profilo quantitativo sia sotto il quello qualitativo"... si tratta quindi non di applicare per analogia la disciplina dell'amministratore di fatto "ma più semplicemente di applicare estensivamente il principio generale da quest'ultima affermato, secondo il quale dallo svolgimento in concreto di determinate funzioni deriva una correlativa responsabilità per violazione delle regole di dettate dall'ordinamento per il corretto esercizio di esse"p. 124-125.

⁵⁸⁷ In tal senso, primo fra tutti, F. GALGANO, *Direzione e coordinamento*, op. cit., p. 95 e 96.

coinvolti. Da un punto di vista generale, in questo caso, sembrerebbe prevalere, anche in dottrina, la tesi extracontrattuale.

Per quanto riguarda poi il “fatto lesivo”, si ritiene che faccia riferimento all’abuso dell’attività di direzione e coordinamento. Su tale assunto alcuni autori ritengono che anche l’attività di concorso nell’illecito debba necessariamente consistere in un complesso di attività aventi natura stabile e continuativa, così come previsto ai sensi dell’art. 2497, comma 1, c.c.⁵⁸⁸; altri invece ritengono che ai fini della responsabilità solidale da concorso in abuso di attività di direzione e coordinamento sarebbero sufficienti anche singoli ed episodici atti di ingerenza nella gestione⁵⁸⁹. Tale seconda impostazione è, a parere di chi scrive, preferibile, in quanto l’eventuale ingerenza sistematica nella gestione porterebbe all’individuazione delle diverse figure dell’amministratore di fatto o della *holding* tiranna, che invece restano e si affiancano alle ipotesi codificate di responsabilità per esercizio scorretto dell’attività di direzione e coordinamento. Occorre tuttavia segnalare che, anche se questa seconda impostazione sembra preferibile, la responsabilità solidale ed accessoria di cui al secondo comma viene così ampliata notevolmente.

Per quanto riguarda il nesso causale, si ritiene debba essere applicata la generale teoria della causalità adeguata. In proposito da ultimo il Tribunale di Pescara del 2 febbraio 2009 (già più volte citato in precedenza) ha evidenziato che *“non sarà sufficiente che tra l’antecedente (nella specie, la condotta abusiva della società contraente “dirigente”) ed il dato consequenziale (nella specie, il concreto depauperamento della società contraente eterodiretta) sussista (ex post) un mero rapporto di sequenza “naturalistica”, occorrendo invece che tale rapporto integrasse*

⁵⁸⁸ In tal senso si veda C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, op. cit. pp. 200 e ss.. L’autore nel descrivere la regola di cui al secondo comma dell’art. 2497 c.c. osserva *“una regola la quale, riterrei, nuovamente deve essere intesa nella prospettiva imprenditoriale che caratterizza l’intera disposizione: nel senso cioè che, consistendo qual fatto lesivo non in singoli comportamenti, ma in un’attività appunto imprenditoriale la partecipazione al primo significa che in concreto si è partecipato alla seconda; e nel senso che quel beneficio non è il generico approfittamento a danno della società, bensì un vantaggio anch’esso con le stesse caratteristiche imprenditoriali che definiscono il pregiudizio alla cui riparazione la norma intende provvedere”*

⁵⁸⁹ Si veda P. DAL SOGLIO, *Commento*, op. cit., p. 2334 e s.

*ex ante, secondo un calcolo di regolarità statistica, gli estremi di una sequenza possibile, per cui l'evento appaia come una conseguenza non imprevedibile di quell'antecedente*⁵⁹⁰.

Ma veniamo, più in dettaglio, all'esame dei soggetti chiamati a rispondere ai sensi dell'art. 2497, comma 2, c.c.. Come sopra accennato si ritiene che tale lista sia potenzialmente infinta, ma ci sono certamente alcuni soggetti che, in considerazione delle funzioni e dei ruoli assunti nella compagine e nella struttura della società, possono essere considerati quali compartecipi naturali, o addirittura necessari dell'illecito, e soggetti la cui partecipazione invece è solo eventuale; alcuni sono soggetti interni all'organizzazione sociale, quali amministratori e sindaci, altri sono invece esterni, quali eventuali creditori forti o società di revisione⁵⁹¹.

Tra i soggetti che possono facilmente essere coinvolti per concorso nell'attività di eterogestione abusiva da parte della controllante, vi sono, innanzitutto gli amministratori della capogruppo (che abbiano impartito le direttive pregiudizievoli), e gli amministratori della controllata (che abbiano dato supinamente esecuzione a tali

⁵⁹⁰ Tribunale di Pescara 2 febbraio 2009 in *Foro It*, 2009 op. cit., già citato ove si statuisce quanto segue: *"Infine, posto che in tema di responsabilità civile aquiliana, il nesso causale è regolato dal principio di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen., per il quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano - ad una valutazione "ex ante" - del tutto inverosimili, non sarà sufficiente che tra l'antecedente (nella specie, la condotta abusiva della società contraente "dirigente") ed il dato consequenziale (nella specie, il concreto depauperamento della società contraente eterodiretta) sussista (ex post) un mero rapporto di sequenza "naturalistica", occorrendo invece che tale rapporto integrasse ex ante, secondo un calcolo di regolarità statistica, gli estremi di una sequenza possibile, per cui l'evento appaia come una conseguenza non imprevedibile di quell'antecedente (Si veda per tutte Cass. Cass. Sez. U, Sentenza n. 576 del 11/01/2008; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 11609 del 31/05/2005; Cass. 26/03/2004). In sintesi: il rapporto contrattuale di cui all'art. 2497 septies c.c. può assumere esterno rilievo giuridico (di responsabilità civile per contrarietà a buona fede) soltanto quando dà luogo a direttive della parte contrattuale "forte" che - in quanto scorrettamente pregiudizievoli (nel senso sopra precisato) per la parte contrattuale "subordinata" - escono dagli altrimenti insindacabili confini dell'autonomia privata e della discrezionalità delle "scelte societarie".*

⁵⁹¹ Si veda M. MAGGIOLÒ, *Responsabilità solidale e regressi nei gruppi di società*, op.cit., che distingue tra lato interno ed esterno dell'obbligazione solidale come già illustrato in precedente nota.

direttive pregiudizievoli), i cui ruoli e funzioni appaiono quindi diversi, e più gravosi, rispetto ai loro colleghi delle società indipendenti⁵⁹².

Per quanto riguarda in particolare la posizione degli amministratori della controllante si è anzi sostenuto che la loro responsabilità sarebbe necessaria e che la norma sarebbe proprio volta a colpire tali soggetti. Si è altresì osservato che, così come formulata, la norma permetterebbe comunque agli amministratori incolpevoli di dimostrare eventualmente che l'attività di direzione non è ad essi imputabile, cosa che invece risultava estremamente ardua alla luce della c.d. Legge Prodi bis, e per cui si rinvia al precedente paragrafo 4.2.2⁵⁹³.

⁵⁹² Come è stato osservato possono essere coinvolti non solo gli amministratori esecutivi, ma anche quelli indipendenti o comunque non esecutivi. In tal senso si veda U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, op. cit., che segnala come gli obblighi e le funzioni di amministratori e sindaci inseriti in gruppi societari siano parzialmente diversi, sia sotto un profilo qualitativo, sia sotto un profilo quantitativo, da quelli dei loro colleghi inseriti invece in strutture indipendenti. Al riguardo, è da segnalare, in primo luogo, l'obbligo imposto agli organi delegati di riferire al consiglio di amministrazione ed al collegio sindacale sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società o dalle sue controllate (art. 2381, 5° comma, c.c.). Può essere di qualche interesse osservare che, qualora gli amministratori non delegati siano stati portati a conoscenza ex art. 2381, 5° comma, c.c., del compimento di un'operazione pregiudizievole per una società controllata e non abbiano esercitato il potere di cui al 3° comma dell'art. 2381 c.c., al fine di eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose, si potrebbe prospettare l'ipotesi di una responsabilità (anche) degli amministratori non delegati nei confronti dei soci di minoranza e dei creditori della società dipendente. L'Autore afferma in proposito *"più in particolare, non è in alcun modo da escludere una responsabilità degli amministratori non esecutivi in base al 2° comma dell'art. 2497, ritenendo che, attraverso un comportamento omissivo, essi abbiano comunque preso parte al fatto lesivo"*. La responsabilità degli amministratori della capogruppo e delle società dominate, come si è visto appare collegata agli specifici doveri e poteri connessi alla carica. In proposito i doveri e poteri degli amministratori di società inserite in un gruppo, siano essi amministratori della controllante o della controllata, si arricchiscono, infatti, di contenuti ed assumono connotati in parte diversi. Basti in proposito considerare i doveri di informazione degli organi delegati sulle operazioni delle controllate, gli obblighi di motivazioni delle decisioni condizionate dalle strategie del gruppo, le specifiche indicazioni richieste nella nota integrativa e nella relazione degli amministratori sull'attività delle controllate". Si veda A. NIUTTA, *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione di gruppo*, op. cit., p. 780, il quale osserva come la nuova disciplina degli obblighi specifici degli organi delle società di gruppo confermi di quanto si arricchisca il contenuto dell'ufficio di componente di un organo sociale, passando da una società autonoma ad una società di gruppo. Si veda in proposito, per un esame più ampio e dettagliato delle responsabilità degli amministratori dopo la riforma, F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004.

⁵⁹³ Si è evidenziata la differenza della norma in esame con quella, che ne costituisce per così dire la madre putativa, di cui all'art. 90 del D.Lgs. n. 270/1990 sull'amministrazione delle grandi imprese in crisi. Gli amministratori della holding quindi *"non sono più i soggetti al centro del mirino"*: sul punto si veda P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, op. cit., p. 2336.

Per quanto riguarda gli amministratori della società controllata, si ritiene comunemente, che essi possano essere chiamati a rispondere per aver dato supina esecuzione a direttive lesive dell'interesse della società gestita. Anche in tal caso si è sostenuto che la responsabilità concorrente degli amministratori delle controllate sarebbe da ritenersi addirittura necessaria⁵⁹⁴. Ciò in quanto ai sensi del nuovo art. 2364, n. 5. c.c. in nessun caso gli amministratori possono esonerarsi da responsabilità sostenendo di aver eseguito ordini o direttive.

Altri autori, invece, ritengono che “*per coerenza sistematica*” e “*per rispettare la parità di trattamento*” gli amministratori della società controllata non dovrebbero poter essere ritenuti responsabili ai sensi della norma in questione, ancorché partecipi del fatto lesivo. E ciò in quanto, ai sensi dell'art. 2395 c.c., tali amministratori sarebbero responsabili nei confronti dei soci e dei terzi solo dei danni da questi direttamente subiti⁵⁹⁵. A prescindere dall'evidente problema di carattere

⁵⁹⁴ In tal senso si veda ad esempio V. SALAFIA, *La responsabilità della holding*, op. cit., p. 390, *contra* F. GALGANO, *I gruppi*, op. cit., p. 1043, secondo il quale sarebbe invece possibile configurare una responsabilità della capogruppo anche a prescindere dalla *mala gestio* degli amministratori della dominata, così ad esempio nel caso in cui la capogruppo abbia indotto gli amministratori della dominata ad intraprendere onerose operazioni sulla promessa, risultante da documenti, dell'erogazione degli adeguati mezzi finanziari, poi mancati.

⁵⁹⁵ Così P. SPADA, *Diritto commerciale*, op. cit., p. 162. Sempre propensa a escludere la responsabilità degli amministratori delle controllate, ma su diverse basi è anche G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, op. cit. L'Autrice sostiene che “*se il fatto lesivo è l'esercizio (scorretto, negligente, imprudente, inefficiente, eccetera) dell'attività di direzione e coordinamento, è logicamente corretto, a mio avviso, affermare che vi abbia preso parte chi si è reso partecipe dell'elaborazione delle direttive, non chi le abbia subite passivamente; ergo, dovrebbe concludersi, l'amministratore della controllata, che si sia comportato da mero esecutore di direttive altrove elaborate, non rientra nel novero dei soggetti passivamente legittimati all'azione di responsabilità in questione, potendo addirittura invocare l'altrui direzione e coordinamento, a cui la società è sottoposta*” p. 199. L'Autrice inoltre richiama l'art. 2497 – ter c.c., affermando che “*la società soggetta all'altrui direzione e coordinamento si caratterizza, rispetto alla società indipendente, per una diversa disciplina dell'amministrazione [...] si caratterizza in particolare, nel senso di una (tendenziale) irresponsabilità dell'amministratore per il suo atteggiamento (eventualmente) supino e non virilmente critico di fronte alle direttive del soggetto da cui promana l'attività di direzione e coordinamento*” p. 199-200. In tal senso si veda anche U. TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una S.p.A. "di gruppo" tra disciplina legale e autonomia privata* op. cit., in *Riv. Soc.*, 2009, 1, p. 122 “*In particolare, gli amministratori di una società "diretta e coordinata": a) sono privi del potere di c.d. alta amministrazione [...]. e possono essere privati di alcuni poteri di gestione ordinaria [...]; b) devono eseguire le direttive legittime e collaborare con la capogruppo nel perseguimento della politica imprenditoriale di gruppo. [...] È imposto, in altre parole, un obbligo di trasparenza, piuttosto che un dovere di disattendere direttive non immediatamente coerenti con*

sistematico, rispetto alle previsioni classiche di responsabilità degli amministratori, si ritiene tuttavia che una tale interpretazione finirebbe per rendere gli amministratori della società controllata dei meri esecutori, tesi che non si ritiene di condividere appieno.

La disposizione sembra anche idonea a colpire gli amministratori di fatto, così come gli amministratori regolarmente nominati⁵⁹⁶.

Potrebbe poi configurarsi la responsabilità solidale anche dei sindaci e degli altri organi di controllo interno, non solo della società eterodiretta, ma anche della capogruppo (dal momento che, se l'attività di direzione e coordinamento è stata riconosciuta come lecita, essa deve ricomprendersi tra l'attività di gestione della capogruppo, con la conseguenza del suo assoggettamento alla vigilanza e controllo dei sindaci o degli altri organi di controllo interno). La responsabilità dei sindaci e degli organi di controllo discenderebbe, in tal caso, sia dalla violazione dei propri specifici doveri di vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, sia in relazione all'eventuale concorso con la responsabilità degli amministratori ai sensi dell'art. 2407, secondo comma, c.c.⁵⁹⁷. E, insieme ai sindaci potrebbe essere

*l'obiettivo della massima valorizzazione della società controllata; c) mantengono la funzione c.d. "filtro", nel senso che sono tenuti ad eseguire solo le direttive che non contrastano con i principi di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" [...]. In conclusione, qualora la direttiva impartita dalla capogruppo sia "legittima" [...], il sistema legale delle "competenze" [...] e, più in generale, il dovere di gestire con "diligenza" e "nel rispetto dell'interesse sociale" per i contenuti che tali doveri sono destinati ad assumere all'interno di una S.p.A. "dipendente" impongono all'organo amministrativo di una "società per azioni diretta e coordinata" di attuare la direttiva esponendosi, in caso contrario, ai rimedi riconosciuti dal diritto azionario in presenza di comportamenti illegittimi degli amministratori [...]. In una ipotesi come questa sembra corretto ritenere, pertanto, che gli amministratori di una S.p.A. "dipendente" siano non semplicemente autorizzati ma altresì obbligati ad eseguire la direttiva. Ed è opportuno sottolineare come questa conclusione prescindendo dall'esistenza di un "contratto" alla base del gruppo". Sul punto si veda anche P. ABBADESSA, *Rapporto di dominio e autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 1999, I, p. 561.*

⁵⁹⁶ In tal senso in particolare A. NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. Comm.*, 2003, I, p. 373 e ss. spec. p. 388; P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, op. cit. p. 2336.

⁵⁹⁷ Si veda in particolare V. SALAFIA, *La responsabilità della holding op. cit. "La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Le Società*, 2003, 2-bis, pp. 390 e ss. ove si legge "Il numero dei soggetti passivi dell'azione di responsabilità, di cui qui si tratta, dovrà anche comprendere i sindaci, i quali, a norma dell'art. 2407, secondo comma, concorrono con gli amministratori nella responsabilità per i loro fatti ed omissioni, se queste si sono verificate anche a

chiamata a rispondere anche la società di revisione, cui fosse stato affidato il controllo sulla contabilità.

causa della loro colposa o dolosa insufficienza della prescritta vigilanza. La corresponsabilità dei sindaci è prevista dall'art. 2407, con riferimento alla complessiva competenza dei sindaci, la quale può comprendere sia quella sulla gestione sia quella sulla contabilità, nelle società che non ricorrono al mercato del capitale di rischio, ma può limitarsi solo alla prima nelle società che ricorrono al predetto mercato. Naturalmente, in concreto gli attori dovranno dimostrare il nesso fra l'inadempienza dei sindaci e l'operazione od omissione amministrativa, da cui il danno da loro sofferto è derivato. La suddetta corresponsabilità non può essere esclusa nella fattispecie in esame, dato che, essendo la responsabilità degli amministratori dipendente da attività o omissioni che subiscono il controllo dei sindaci, il concorso di questi con gli amministratori non può che riconoscersi, in forza della norma contenuta appunto nell'art. 2407, il quale ha un'efficacia generale". L'Autore prosegue poi rilevando come analoghe responsabilità si potranno poi rinvenire in tutte le diverse forme di amministrazione e controllo: "Per quanto riguarda, invece, le persone preposte agli altri alternativi organi di controllo, l'art. 2409 terdecies penultimo comma prevede il concorso della responsabilità del consiglio di sorveglianza con quella del comitato di gestione negli stessi termini e con gli stessi limiti, che l'art. 2407 prevede per i sindaci. Per i componenti del comitato di controllo, che nel sistema monistico è preposto al controllo sulla gestione, il predetto concorso non è regolato né direttamente né mediante il richiamo dell'art. 2407, perché, essendo essi membri anche del consiglio di amministrazione, la loro responsabilità deriva direttamente da questa loro speciale posizione". Ciò sembra oltretutto confermato dalle disposizioni inserite nell'ambito della disciplina delle società per azioni: dall'art. 2403 bis, 2° comma, c.c. che conferisce specifici doveri-poteri di informazione e collaborazione in capo agli organi di controllo delle società controllanti e dall'art 2409 c.c. che conferisce anche poteri di denuncia al Tribunale. Si veda in proposito anche U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo d'impresa*, op. cit. pp. 61 e ss. "Tra le disposizioni specificamente dettate per una "S.p.A. di gruppo" è da ricordare, inoltre, il potere riconosciuto al collegio sindacale di chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari, nonché di scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale (art. 2403-bis, 2° comma, c.c.). Relativamente alla facoltà da ultimo ricordata, essa è destinata ad introdurre una possibile forma di collaborazione tra sindaci di "società di gruppo", collaborazione altrimenti ostacolata dal dovere di riservatezza di cui all'art. 2407, 1° comma, c.c. Che si tratti di un'innovazione particolarmente significativa non sembra potersi dubitare, sol che si consideri che: a) il collegio sindacale della società capogruppo, dovendo vigilare sulla legittimità dell'attività amministrativa, deve in sostanza controllare (anche) che l'attività di direzione e coordinamento sia svolta nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società dipendenti, ossia dei principi di disciplina dell'attività di "direzione unitaria"; b) tale forma di controllo può essere fortemente agevolata attraverso una forma di collaborazione tra sindaci di società appartenenti al medesimo gruppo. È da osservare inoltre che, qualora il collegio sindacale della capogruppo non eserciti il potere-dovere di cui all'art. 2403-bis, 2° comma, c.c., e gli amministratori soggetti al loro controllo cagionino un danno ad una società dipendente nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, anche i sindaci potrebbero essere coinvolti in un'azione di responsabilità ex art. 2497, 2° comma, in qualità di soggetti che abbiano "comunque preso parte al fatto lesivo" E prosegue infine precisando che "il collegio sindacale (o il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione; nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio anche il P.M.) può denunciare al tribunale le gravi irregolarità (art. 2409, primo e ultimo comma, c.c.). Anche in questo caso, se il collegio sindacale non si attiva ed il danno alla controllata da potenziale diviene attuale, potrebbe forse ipotizzarsi una forma di responsabilità dei sindaci secondo il disposto dell'art. 2497, 2° comma" p. 73.

Si potrebbero poi ipotizzare anche responsabilità di altri soggetti estranei al gruppo: si pensi, ad esempio, ai creditori “forti” della controllante che abbiano spinto la società ad adottare politiche di gestione o singoli atti di gestione pregiudizievoli per le società controllate al solo scopo di soddisfare i propri crediti.

Veniamo per ultimo alla figura che più interessa ai fini della presente trattazione, ovvero quella dei soci: sembra indubbio che anche i soci possano essere coinvolti nella corresponsabilità per l’abuso di direzione e coordinamento, ma ci si chiede quali attività dei soci si debbano ritenere rilevanti a tal fine e quale sia in concreto la condotta sanzionabile.

In proposito giova innanzitutto distinguere la posizione dei soci che, ancorché eventualmente detentori di partecipazioni di maggioranza, non abbiano dato luogo ad un apposita organizzazione imprenditoriale, da quella invece della *holding* persona fisica, e ancora da quella diversa della c.d. *holding* tiranna.

Per quanto riguarda i soci c.d. ordinari, per distinguerli appunto dalla *holding* persona fisica, non si pongono particolari problemi qualora la loro partecipazione si concreti in specifici atti extra assembleari. In quel caso saranno responsabili secondo gli ordinari parametri del concorso nell’illecito.

Maggiori problemi sorgono invece allorché si voglia ritenere, con la dottrina maggioritaria, che i soci possano essere chiamati a rispondere anche in relazione, ad esempio, al voto espresso in sede assembleare, e ci si chiede in tal caso se sarà necessario valutare la portata, determinante o meno, del voto del socio chiamato in concorso di responsabilità⁵⁹⁸. Aderendo a tale impostazione risulterebbe, infatti,

⁵⁹⁸ Sul possibile concorso dei soci ai sensi dell’art. 2497, comma 2, c.c. si sono espressi in molti, tra cui B. IANNIELLO e R. LOTTINI, *I Gruppi di Imprese*, op. cit., p. 92, M. MAGGIOLIO, *Responsabilità solidale e regressi nei gruppi*, op. cit., S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, cit. Si veda ad esempio, ancora, V. SALAFIA, *La responsabilità della holding*, op. cit., ove si legge “Il secondo comma dell’art. 2497 c.c. estende la responsabilità, di cui qui si tratta, anche a chi abbia “comunque” preso parte al fatto lesivo ed a chi, nei limiti del vantaggio conseguito, ne abbia consapevolmente tratto beneficio. L’estensione si riferisce con evidenza, anzitutto, ai soci della holding, che abbiano collaborato alla individuazione dell’oggetto sociale in maniera da comprendervi la suddetta direzione unitaria ed il suddetto coordinamento ed abbiano, in concreto, autorizzato gli amministratori ad attuare il programma, la cui realizzazione si

definitivamente superato il principio dell'insindacabilità del voto e dell'irresponsabilità dei soci per il voto espresso in assemblea.

Il dogma dell'irresponsabilità dei soci per il voto espresso in assemblea era, peraltro, già in parte stato eroso da dottrina e giurisprudenza *ante* riforma, nel diverso contesto della figura dell'abuso di potere della maggioranza⁵⁹⁹. In quel caso al socio di minoranza era concessa, in casi eccezionali, una tutela reale. L'abuso di maggioranza, implicava l'invalidità delle delibere assunte dall'assemblea con il voto determinante del socio in eccesso di potere, in quanto ispirato da un interesse individuale in contrasto con quello della società ovvero da un intento fraudolento⁶⁰⁰.

riveli, poi, fonte del danno lamentato dai soci e dai creditori della controllata" p. 393; ma nessuno si è spinto ad individuare esattamente in cosa dovrebbe concretarsi il comportamento dei soci, ovvero se sia sufficiente, al fine di far sorgere la responsabilità, l'esprimere un voto in assemblea o se sia invece richiesto qualche cosa di più, una partecipazione specifica diversa, il compimento di atti ulteriori, o ad esempio l'aver partecipato di fatto alla predisposizione dei piani strategici in danno delle controllate. Per completare il quadro giova segnalare che, nel diverso contesto dell'interpretazione dell'art. 2476, comma 7, c.c. alcuni autori hanno osservato come non vi sarebbe ragione per ritenere i soci responsabili per eventuali atti o decisioni assunti fuori dall'assemblea e non invece per quelli assunti in sede assembleare. Si veda anche F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, op. cit., p. 94, il quale osserva *"in particolare, per effetto della diminuzione del valore delle partecipazioni e degli utili distribuibili nella capogruppo, si consente di colpire indirettamente coloro che generalmente sono i reali responsabili, ovvero i soci della holding, poiché gli amministratori sono spesso meri esecutori delle loro scelte"*. Ma, sempre lo stesso Autore, poco dopo (si veda p. 118) osserva anche *"Qui va detto altresì che l'azionista persona fisica, può ugualmente essere esposto alla responsabilità in solido di cui al 2° comma del presente articolo: non per la prima parte di esso, non potendo dirsi che abbia preso parte al fatto lesivo, ma per la sua seconda parte, ove possa dirsi che egli fosse consapevole del beneficio derivatogli dal fatto lesivo, cioè a conoscenza dell'illecito comportamento degli organi della sua società e del vantaggio che ne ha personalmente conseguito; ma in tal caso ne risponderà solo nei limiti del vantaggio conseguito, ossia per la maggior quota di dividendi che abbia incassato o per altro vantaggio economico che si dimostri abbia ricevuto"*.

⁵⁹⁹ In dottrina, per uno sguardo d'insieme anche delle ipotesi di invalidità e responsabilità in relazione alle delibere assembleari si veda F. GUERRERA, *La responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, Torino 2004; E. TAMPANO, *L'interesse sociale fra contrattualismo ed istituzionalismo in relazione al conflitto d'interessi assembleare ed all'abuso della regola della maggioranza*, in *Riv. notar.* 2009, n. 3, p. 657.

⁶⁰⁰ Tra le sentenze più recenti Cass. civ. 17 luglio 2007, n. 15942 ove si legge *"In applicazione del principio di buona fede e correttezza al quale deve essere improntata l'esecuzione del contratto di società, la cosiddetta regola di maggioranza consente al socio di esercitare liberamente e legittimamente il diritto di voto per il perseguimento di un proprio interesse fino al limite dell'altrui potenziale danno: l'abuso della regola di maggioranza (altrimenti detto abuso o eccesso di potere) è, quindi, causa di annullamento delle delibere assembleari allorquando la delibera non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società - per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico a quello sociale - oppure sia il risultato di un'intenzionale attività fraudolenta dei medesimi soci diretta a provocare la lesione dei diritti di*

Si trattava quindi di una tutela concessa solo in casi rari e di estrema gravità che nei fatti richiedevano l'intento doloso, che invece non sembra essere richiesto nella fattispecie in esame, invece, non sembra richiesto alcuno specifico intento doloso. Peraltro giova in questa sede menzionare che invece in materia di S.r.l., l'art. 2476, comma 7, c.c., che stabilisce la corresponsabilità dei soci che si ingeriscano nella gestione, e di cui si parlerà a breve, richiede espressamente per l'imputazione al socio gestore di S.r.l., che la partecipazione di questi al danno sia "intenzionale"⁶⁰¹.

Venendo ora, invece alla diversa figura della *holding* persona fisica, tale sarà il socio di controllo che effettivamente eserciti attività di direzione e coordinamento. Ma si noti che tale figura andrà invece distinta da quella della *holding* tiranna, in cui in realtà il socio utilizzi della società "come fosse cosa propria". Ferma restando la difficoltà in concreto di una tale distinzione, si ritiene, infatti, che l'art. 2497 c.c. non

partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza uti singuli". Per la recente giurisprudenza che, in riferimento ad una casistica avente ad oggetto prevalentemente delibere di aumento del capitale e di scioglimento anticipato, dichiara di applicare espressamente la clausola generale della buona fede, App. Bari, 13 ottobre 2003, in *Giur. Comm.*, 2005, II, 297 con nota di QUARTICELLI, *Buona fede oggettiva e tutela in forma specifica del diritto di opzione dei soci*; App. Milano, 31 gennaio 2003, in *Giur. Comm.*, 2003, II, p. 612 con nota di SPIOTTA, *Comproprietà di azioni, invalidità di delibere assembleari, perdita del capitale, finanziamento e diritti dei soci*; Tribunale di Milano, 15 ottobre 2001, in *Foro pad.*, 2002, I, p. 419; Tribunale di Milano, 2 giugno 2000, in *Foro It.*, 2000, I, p. 3638; Tribunale di Como, 1° giugno 2000, in *Giur. Comm.*, 2002, II, 125 con nota di PASQUARIELLO, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*; Cass. civ., 8 settembre 1999, n. 9513, in *Le Società*, 2000, 43, con nota di PAOLUCCI; Tribunale di Milano, 29 gennaio 1998, in *Foro pad.*, 1998, I, 431.

⁶⁰¹ E ciò comporta evidentemente qualche problema di collegamento in quanto ad esempio il socio gestore di una S.r.l. posta al vertice di un gruppo sarà responsabile verso i suoi "consoci" solo ove egli abbia agito intenzionalmente, mentre verso i soci delle controllate anche a titolo di colpa. Dell'art. 2476, comma 7, c.c., si tratterà in dettaglio nel paragrafo che segue. Tuttavia giova anticipare che in tale situazione la posizione del socio sarà significativamente diversa, dal momento che nelle S.r.l. è richiesto espressamente l'ulteriore requisito dell' "intenzionalità". Ciò che invece non avviene nel caso in esame, ove, al posto dell'avverbio "intenzionalmente" si trova invece l'avverbio "comunque". Il che rende la posizione dei soci ben peggiore. In proposito infine giova segnalare che, come già anticipato in precedenza, con l'introduzione della S.p.A. unipersonale, nonché della figura dei patrimoni destinati, il momento assembleare e collegiale quale base imprescindibile per l'attribuzione della responsabilità limitata dei soci è venuto a cadere. Così ben potrebbe venire a cadere il principio dell'irresponsabilità dei soci per il voto espresso in assemblea. Ma è anche vero ed indubbio, che estendere tale principio, soprattutto al di fuori di ipotesi di dolo e di intenzionale partecipazione fraudolenta nel fatto doloso, vorrebbe dire nei fatti mettere completamente in crisi il principio di responsabilità limitata. Principio che invece non sembra il legislatore della riforma abbia voluto eliminare. L'intenzione, almeno quella dichiarata, era, infatti, quella di collegare la responsabilità a chi effettivamente e concretamente gestisce la società e pone in essere atti e fatti dannosi.

operi nel caso di *holding* tiranna o società fiancheggiatrice, ma solo e soltanto nelle ipotesi in cui, per essendoci stato un “abuso” nell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento, sussista alla base la diversa soggettività giuridica dei membri del gruppo.

Molto si è discusso della posizione della *holding* persona fisica, che risulta come sopra menzionato, il vero illustre escluso della disciplina dell’attività di direzione e coordinamento. Infatti, seppure non vi sono dubbi che in tal caso il socio potrà essere chiamato a rispondere in via solidale ai sensi dell’art. 2497, comma 2, c.c., è altresì indubitabile che l’effetto principale dell’esclusione del “*chi*” dal primo comma, è che la *holding* persona fisica non potrà mai rispondere in via principale e diretta, ma solo in via accessoria e solidale, e solo ove sussista, comunque, una *holding* collettiva a monte che risponda in via principale. Qualora il controllo di una o di più società sia, invece, direttamente nelle mani di una *holding* persona fisica, senza alcuna *sub-holding* intermedia, la disciplina della responsabilità per direzione e coordinamento diverrebbe inapplicabile⁶⁰².

La norma evidenzia quindi, a parere di chi scrive una inspiegabile difformità di trattamento: di fronte a gruppi effettivi (per distinguerli dai gruppi finti cui non si

⁶⁰² Si veda G. GUIZZI, *La responsabilità della controllante*, op. cit., p. 214: “La norma lascia obiettivamente perplessi. E non solo perché, come dimostra esemplarmente la notissima sentenza «Caltagirone», la presenza di una società o di altro ente holding non è elemento connaturato alla struttura di gruppo sicché il differente trattamento normativo di fattispecie sostanzialmente identiche non appare razionalmente spiegabile. Quel che sorprende è che il legislatore pure pone in primo piano, nel ragionare di responsabilità per cattivo esercizio della direzione, non coloro cui tale competenza spetta, vale a dire, gli amministratori della società (o ente) holding, bensì innanzitutto quest’ultima. Soggetti, questi, la cui responsabilità può essere allora fondata non già sulla violazione di un dovere di comportamento ad essi proprio ma, come si evince a chiare lettere dal comma 2 dell’art. 2497, solo perché compartecipi di un fatto altrui. Vale a dire se la si considera non già come una disciplina sanzionatoria di un cattivo esercizio di un potere gestorio in sé legittimo, ma come disciplina repressiva di un comportamento che rappresenta un’anomalia, un’interferenza nella normale dinamica della gestione societaria — la quale, anche quando la società è parte di un’aggregazione più ampia come è il gruppo, dovrebbe essere riservata ai suoi amministratori senza ingerenze esterne di terzi — sicché ove questa si verifichi e sia fonte di danno crea il presupposto di una responsabilità da ascrivere al genere di quella aquiliana appunto a carico di chi su tale gestione abbia interferito.”. Sul grado di coinvolgimento degli amministratori e del ruolo dagli stessi prestato nel contesto di un’attività di direzione e coordinamento da parte della capogruppo si veda la recente sentenza del Tribunale di Milano, 23 aprile 2008, in *Le Società*, 2009, n. 1 p. 86.

applica la disciplina in esame) che hanno a capo una *holding* collettiva si applicherà, in caso di abuso dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento vera e propria, la disciplina di cui all'art. 2497; di fronte invece a gruppi che hanno a capo una persona fisica, e nessuna *sub-holding* nel mezzo, tale disciplina non sarà applicabile⁶⁰³.

Alcuni autori hanno quindi tentato una soluzione, ipotizzando un'applicazione analogica dell'art. 2497, comma 1, c.c. anche alle persone fisiche, o facendo ricorso alle categorie generali del diritto⁶⁰⁴.

⁶⁰³ In proposito si veda sempre S. GIOVANNINI, *La holding persona fisica e l'abuso della personalità giuridica*, op. cit., p.15, così afferma :*"si chiede, tuttavia, quale sia il fondamento giuridico di questa diversità di trattamento. [...] Inoltre ci si chiede se la persona fisica, una volta dichiarata immune dalla responsabilità ex art. 2497 c.c., debba considerarsi anche esente dai correlativi obblighi di trasparenza, quale la pubblicità di cui all'art. 2497-bis e quello ancor più importante della motivazione delle proprie decisioni previsto all'art. 2497-ter; e ancora se in tal caso si dovrebbe escludere il diritto di recesso dei soci regolato all'art. 2497-quater o la postergazione del rimborso dei finanziamenti a favore delle controllate prevista all'art. 2497-quinquies. La risposta a tale quesito non può che essere affermativa. [...] Ma a parte i problemi di disparità di trattamento, l'ammissione della figura della holding personale così congegnata potrebbe indurre ad ulteriori iniquità. La tutela garantita attraverso la norma dell'art. 2043 c.c. è, infatti, meno intensa"*. L'Autrice, che si ricorda propende per la natura contrattuale della responsabilità da abuso di direzione e coordinamento, osserva come, anche a voler aderire alle opposte tesi, ovvero quelle che accolgono la natura aquiliana della responsabilità della holding, in ogni caso vi sarebbe una differenza significativa nell'onere della prova *"Ma ancora più difficile sarebbe quello imposto dall'azione ex art. 2043 c.c.: nella disciplina contenuta nel capo IX del codice civile è previsto, infatti, l'obbligo di motivare analiticamente le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento quando da questa influenzate, con puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione (art. 2497-ter). Tale previsione alleggerisce notevolmente l'onere della prova del danneggiato"*.

⁶⁰⁴ Si veda M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze*, op. cit., p. 331; Id. Convegno di studi *"la riforma delle società: corporate governance, principi imperativi ed autonomia statutaria"* (Alba, 23 novembre 2002) *"Ciò implica, che non v'è alcuna limitazione della ricorrenza di tale figura alle sole persone giuridiche, ma che essa può esser ravvisata anche in capo a soggetti persone fisiche; che non v'è alcuna ragione per postulare una necessaria - mi sia passato il brutto termine - "solidarietà" dell'esercizio di tale attività lasciando invece la formulazione della norma intendere che la stessa possa esser congiuntamente esercitata da più soggetti. Ipotesi questa che, intuitivamente, è suscettibile di trovare applicazione a fattispecie di estremo interesse, come ad esempio la possibilità di ravvisare esercizio di attività di direzione e coordinamento in capo ai partecipanti di un patto di sindacato di controllo di una società (questo dato è già stato sottolineato in un recente intervento dell'economista Messori), ovvero in capo a amministratori o anche grandi manager della società controllante preposti appunto all'attività di direzione e coordinamento delle controllate o di taluna di esse, potendo coesistere responsabilità nella società controllante e del soggetto suo amministratore che materialmente ponga in essere tale attività. Insomma, almeno stando alla formulazione letterale della norma non si ravvede alcun limite soggettivo alla responsabilità in questione, se non quella della prova per cui quel soggetto abbia effettivamente*

Sono state in proposito altresì richiamate le vecchie categorie della società fiancheggiatrice e della *holding* tiranna⁶⁰⁵, o è stata invocata l'applicazione alla fattispecie della figura dell'amministratore di fatto⁶⁰⁶, o ancora quella dell'interpretazione estensiva dell'antico 2362 c.c., attualmente artt. 2325 e 2462 c.c.⁶⁰⁷. Si è osservato in proposito che anche dopo la riforma, qualora emergesse che la pluralità dei soci è solo apparente, allora si potrebbe tentare di colpire il socio tiranno, utilizzando proprio gli articoli in questione, che condizionano la limitazione della responsabilità nelle società con unico socio al compimento di alcuni specifici obblighi pubblicitari (tra cui l'indicazione presso il Registro delle Imprese che la società ha appunto un unico socio), che invece ovviamente nel caso di pluralità di

esercitato (ovvero si presuma abbia esercitato nei casi previsti dall'art. 2497 sexies) l'attività di direzione e coordinamento". Così anche R. RORDORF, *I gruppi*, op. cit., p. 544.

⁶⁰⁵ Si veda P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, op. cit., p. 2332 secondo il quale "Al di là di tali tentativi di ricostruzione sistematica è sostenibile affermare che l'intento del legislatore possa essere inteso nel senso che l'aver eliminato dal primo comma il pronome « chi » sostituendolo con - la locuzione « le società o gli enti » ha avuto dunque l'effetto di mandare" esenti da responsabilità da direzione e coordinamento le persone fisiche a capo di una sola società, ovvero a capo di un gruppo formato da società sorelle. Per queste ipotesi dovrebbero dunque rimanere in mano ai creditori e ai soci di minoranza le sole tutele condensate nelle teorie sul socio tiranno e sull'abuso della personalità giuridica, nonché sull'amministratore di fatto. Si ritaglia così un'area di esenzione dal nuovo corpus normativo tutto sommato ristretta, limitata da un lato al dominio esercitato direttamente senza avvalersi di società o enti, da persone fisiche, e dall'altro a fatti in cui non vi è gruppo né gerarchico né paritetico".

⁶⁰⁶ Si veda paragrafo 4.1 che precede.

⁶⁰⁷ In proposito, già prima della riforma delle società si registrava un orientamento giurisprudenziale che affermava l'applicabilità delle ipotesi di responsabilità illimitata del socio di cui agli artt. 2362 e 2497 c.c. non solo nel caso di formale detenzione totalitaria delle quote della società da parte di un solo soggetto, ma anche nei casi in cui sia possibile affermare che l'intero capitale sociale, indipendentemente dall'appartenenza formale, faccia capo ad un unico centro di interessi o comunque ad un soggetto in grado di influenzare in modo sicuro e determinante le decisioni dei soci di minoranza, di fatto negando a questi ultimi (Appello Bologna, 27 settembre 2001; Tribunale di Pisa, 21 aprile 1999; Tribunale di Bologna, 23 ottobre 1998; Tribunale di Milano, 19 ottobre 1995; Tribunale di Ferrara, 18 febbraio 1994). A detto orientamento se ne contrapponeva tuttavia un altro, maggioritario, che invece riteneva la norma di stretta applicazione, con esclusione quindi di ogni estensione di tipo analogico. Ma si faceva in ogni caso salva l'ipotesi che la presenza di una sparuta minoranza derivi da una intestazione fittizia o simulata, nel qual caso poteva applicarsi la disciplina di cui all'art. 2362 c.c. (Cass. civ., Sez. II, 16 novembre 2000, n. 14870, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2351; Cass. civ., Sez. III, 7 novembre 2002, n. 15633, in *Le Società*, 2003, 572 con nota di SALAFIA; Cass. civ., Sez. I, 25 gennaio 2000, n. 804 in *Le Società*, 2000, p. 846 con nota di CIVERRA; Cass. civ., Sez. I, 10 marzo 1999, n. 2053, in *Le Società*, 1999, con nota di FABRIZIO). Ma la prova dell'intestazione fittizia richiesta era tutt'altro che agevole.

soci solo apparente non risulterebbero soddisfatti, con conseguente responsabilità illimitata dell'unico socio⁶⁰⁸.

Ma in realtà a parere di chi scrive, e come già sopra accennato, in caso di socio tiranno o di società fiancheggiatrice, la disciplina introdotta con la riforma agli artt. 2497 ss. c.c. non potrebbe essere d'aiuto, *"in quanto trova applicazione solo nei gruppi di società veri e propri, ossia solo nei gruppi caratterizzati dall'esistenza di una società o un ente che svolga l'attività di direzione e coordinamento di società"*. In sostanza la norma troverebbe applicazione solo di fronte ad ipotesi di gruppo effettivo, *"quando al contrario non si è in presenza di un gruppo effettivo, ma di una situazione di totale stravolgimento delle più elementari regole societarie in cui il socio di maggioranza usa le varie società come cosa propria, non si può più parlare di semplice attività di direzione e coordinamento ma di vero e proprio abuso della personalità giuridica delle società stesse, con la conseguenza che si deve, in tal caso, convenire di essere in presenza di un gruppo solo "apparente"*⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ Con la già citata sentenza Cass. civ. 25 gennaio 2000, n. 804, la Suprema Corte aveva applicato la disciplina del socio unico, in via estensiva, al socio di maggioranza, il cui comportamento tirannico costituiva la prova dell'intestazione fittizia o fraudolenta delle azioni di minoranza. Sembra tuttavia che la successiva giurisprudenza di merito non abbia pienamente colto la portata della citata sentenza che, superando l'impostazione formalistica della famosa Sentenza Caltagirone, aveva aperto le porte ad una concreta tutela di ipotesi di abuso del socio tiranno. Si veda in proposito una sentenza del Tribunale di Monza del 31 marzo 2005: *"Va esclusa la possibilità di applicare le previsioni di responsabilità illimitata previste per il socio unico anche al c.d. socio "sovrano" o "tiranno" - e cioè al socio che, pur non essendo titolare dell'intero capitale sociale, sia in grado di influenzare in modo sicuro e determinante le decisioni dei soci di minoranza, di fatto negando a questi ultimi alcuna autonomia - dovendosi per contro opinare che le disposizioni in materia siano di stretta applicazione, con esclusione quindi di ogni estensione di tipo analogico, salvo, naturalmente, il caso che la presenza di una quota di minoranza derivi da una intestazione fittizia o simulata"* in *Giur. merito*, 2005, 10, p. 2067.

⁶⁰⁹ Si veda in proposito S. GIOVANNINI, *La holding persona fisica e l'abuso della personalità giuridica*, op. cit., pp.15 e ss., anche per un completo e compiuto riesame delle teorie avanzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana prima della riforma del diritto societario per colpire fattispecie di abuso nel contesto dei gruppi societari. Sul punto si veda anche B. LIBONATI, *Responsabilità del e nel gruppo*, in AA.VV., *I gruppi di società*, op. cit., II, p. 1517, il quale afferma che *"la direzione unitaria abusiva che incanali acriticamente l'attività dell'intero gruppo in un'unica gestione non "unitaria" ma appunto "unica", non è direzione unitaria di gruppo, ma attività d'impresa (non occulta ma palese, com'è palese il rapporto di gruppo). Non vi è problema dunque di una sua liceità o meno; gli è semplicemente che si tratta di un'altra fattispecie per la quale la capogruppo risponde direttamente ed illimitatamente"* Si veda anche F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, op. cit., pp. 1015 e ss., il quale afferma che *"quando in posizione di controllo rispetto ad una o più società si trovi una persona*

4.5.3. “Chi” ne ha consapevolmente tratto beneficio

La disposizione in esame prevede inoltre che rispondono in solido con la *holding* e con coloro che abbiano preso parte al fatto lesivo “*chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio, nei limiti del vantaggio conseguito*”.

L'avverbio “*consapevolmente*” ha suscitato qualche perplessità: in particolare ci si chiede se la consapevolezza debba essere riferita al pregiudizio o al beneficio⁶¹⁰. Ma non solo, comunque la si intenda, è evidente che la prova della consapevolezza potrebbe risultare assai ardua a meno che non si ritengano sufficienti

fisica si pone il problema di accertare se questa sia null'altro che un azionista che gestisca il proprio portafoglio azionario 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”, p. 1020-1021.

⁶¹⁰ Così G. SBISÀ, *La responsabilità della capogruppo*, op. cit. “Nella seconda ipotesi occorrerà dimostrare la consapevolezza non del pregiudizio arrecato, bensì del beneficio conseguito” p. 685. Diversamente P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, op. cit., ha sostenuto “lungi dal consentire una responsabilità oggettiva la consapevolezza dovrà circoscrivere l'obbligazione indennitaria a danno di chi sia effettivamente al corrente dell'esercizio abusivo, contrario ai principi di correttezza societaria e imprenditoriale della direzione unitaria, pur senza aver preso parte a tale attività. Mentre sembra mossa da eccessivo timore, che rischia di vanificare l'efficacia del precetto, l'opinione di chi recentemente ha suggerito di interpretare il termine «consapevolmente» come espressivo di una vera e propria «condotta collusiva con i soggetti responsabili»; se il legislatore avesse voluto ciò, probabilmente avrebbe utilizzato avverbi come «intenzionalmente» (come accade nell'art. 2384 c.c. e già nell'art. 1993 c.c.) o forse i più antichi «scientemente» (come nell'art. 21 r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669) o «coscientemente» (come nell'art. 25 r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736)”, p. 2335. Ancora secondo S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, op. cit., il presupposto della consapevolezza “lascia piuttosto pensare che il legislatore abbia inteso colpire anche quei soggetti che, pur non avendo partecipato attivamente e materialmente al compimento dell'atto lesivo, si siano comunque intenzionalmente appropriati degli ingiusti vantaggi che ne siano conseguiti. Si potrebbe allora prospettare una ipotesi di partecipazione passiva, che rimane pur sempre una forma di partecipazione” p. 126. In tal senso occorre tuttavia precisare che forme di partecipazione, ancorché passiva, sembrerebbero far rientrare il soggetto tra coloro che hanno “comunque preso parte al fatto lesivo”, di cui alla prima parte della norma in questione, ben potrebbero far rientrare il soggetto in questione tra coloro che hanno “comunque preso parte al fatto lesivo”, che come sopra specificato sembra potersi riferire a qualsiasi tipo di contributo causale, eventualmente operato tramite omissione.

elementi presuntivi, o addirittura non si voglia aderire all'impostazione ormai sempre più diffusa nelle corti italiane del "*non poteva non sapere*"⁶¹¹.

I soggetti eventualmente colpiti possono essere, di nuovo, i più vari. Deve trattarsi ovviamente di soggetti che non siano direttamente partecipi della gestione abusiva, che altrimenti sarebbero chiamati a rispondere ai sensi della prima parte del secondo comma. Si tratterà tipicamente delle società sorelle che abbiano beneficiato delle operazioni infragruppo, delle banche, dei soci di minoranza della *holding*, fino a giungere sino alle persone fisiche vicine agli amministratori o ai soci detentori del comando, quando a loro siano state trasferite ricchezze frutto dell'attività di gestione abusiva e vi sia prova della consapevolezza⁶¹².

È, da condividere l'opinione comune che l'obbligazione in questione non abbia natura risarcitoria⁶¹³, ma indennitaria, dal momento che non si richiede al soggetto "avvantaggiato" di partecipare causalmente in alcun modo alla produzione del fatto lesivo; anzi, si richiede che egli non vi abbia partecipato, in quanto, come detto, altrimenti dovrebbe rispondere ai sensi della prima parte della disposizione in esame, per aver preso parte al fatto lesivo, e quindi ben al di là del vantaggio conseguito.

⁶¹¹ In proposito si veda F. DI GIOVANNI, *La responsabilità della capogruppo dopo la riforma delle società*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 31, il quale ritiene che la consapevolezza degli effetti dell'operazione potrebbe discendere dalla stessa posizione di appartenenza al gruppo e di coinvolgimento nelle strategie di gruppo.

⁶¹² In tal senso P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, op. cit., ritiene che tale previsione possa "servire da un lato a ripartire i costi della politica di gruppo dannosa anche sulle società sorelle che hanno beneficiato della direzione unitaria, estendendoli in linea orizzontale e non solo in senso ascendente verticale dalla base ai vertici della piramide; dall'altro a combattere con armi più affilate i vari spostamenti di ricchezza a vantaggio di mogli, figli, amanti, amici, società di amici, di mogli ecc. etera" p. 2334.

⁶¹³ In tal senso si veda B. LIBONATI (a cura di), AA.VV., *Diritto delle società, Manuale breve*, op. cit. p. 356 ove si legge "nel nostro ordinamento l'addebito di responsabilità presuppone che il soggetto a cui si vuole far carico del risarcimento abbia contribuito causalmente alla produzione del danno, partecipando così, se non addirittura con colpa, quanto meno oggettivamente alla produzione del fatto lesivo. Ora, proprio tale elemento è mancante nel caso in esame".

Ma la riconduzione della fattispecie in esame alla figura tipica dell'arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 c.c.⁶¹⁴, non è completa e tra le due fattispecie ci sono svariate differenze. In primo luogo, l'obbligazione indennitaria viene in questo caso a sorgere a favore di un soggetto depauperato solo indirettamente dalla condotta lesiva, il danno subito dal socio o dal creditore è infatti solo un danno indiretto riflesso del danno subito dal patrimonio della controllata. In secondo luogo, l'obbligazione indennitaria nel caso in esame sorge solo in presenza di una consapevolezza in capo al soggetto avvantaggiato, mentre tale elemento soggettivo è del tutto estraneo al concetto di arricchimento senza causa. Inoltre l'obbligazione in questione non ha natura residuale, come è invece insisto nella logica stessa della figura dell'arricchimento senza causa, ed anzi è espressamente considerata coesistente, in via solidale, con l'obbligazione risarcitoria nascente dall'esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento e con l'obbligazione di chi ha comunque preso parte al fatto lesivo⁶¹⁵. Infine, ma non per importanza, l'obbligazione in questione sorge indipendentemente dalla validità o invalidità del titolo da cui è conseguito il vantaggio, mentre principio essenziale che informa la disciplina dell'istituto dell'arricchimento senza causa è proprio che tale arricchimento sia avvenuto senza causa, ovvero in assenza di un valido titolo. In sostanza, nella figura dell'arricchimento senza causa, l'assenza della causa deve riguardare il titolo ovvero il fatto che produce l'arricchimento e non l'arricchimento in quanto tale, come semplice vicenda economica⁶¹⁶. Fatte tali valutazioni sulla fattispecie di esercizio scorretto

⁶¹⁴ In merito alla figura dell'arricchimento senza causa si vedano, per un inquadramento della fattispecie P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, Torino, 1996; ID, *Arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 677; ID, *Arricchimento senza causa*, Milano, 2003; P. D' ONOFRIO, *Dell' arricchimento senza causa, Commentario al codice civile* A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna, Roma, 1981, p. 581 ss.; F. ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999; A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano, 1998; M. MAZZOTTA, *Le Sezioni Unite risolvono un duplice contrasto giurisprudenziale in materia di mandato ed azione generale di arricchimento*, in *Riv. Notar.*, 2009, 4, p.1043 nota a Cass. civ. sez. un., 8 ottobre 2008, n. 24772.

⁶¹⁵ B. LIBONATI (a cura di), AA.VV., *Diritto delle società, di capitali, Manuale breve*, Milano, 2008, p. 256.

⁶¹⁶ Sempre in tal senso si veda la lucida esposizione di B. LIBONATI, op. cit. p. 357 e anche P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, op. cit., ove si legge "L'arricchimento, pur così differenziato, è

dell'attività di direzione e coordinamento giova svolgere brevemente lo sguardo alle altre ipotesi di responsabilità da etero gestione.

4.6. LA RESPONSABILITÀ DEL SOCIO CO-GESTORE

In posizione esterna ai gruppi, nel contesto delle S.r.l., la riforma del diritto societario ha introdotto la responsabilità sancita dall'art. 2476, comma 7, c.c. nei confronti del socio gestore. Ai sensi di tale articolo, in particolare *“sono altresì solidamente responsabili con gli amministratori, ai sensi dei precedenti commi, i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi”*.

Si tratta di un'altra ipotesi di “etero gestione” che sembra potersi accomunare alla disciplina di cui all'art. 2497 c.c. così da poter delineare una figura generale presente nel diritto italiano di “responsabilità da etero-gestione”.

Senza tuttavia anticipare conclusioni peraltro tutt'altro che condivise, giova di seguito brevemente delineare i tratti caratterizzanti della fattispecie specifica di cui all'art. 2476, comma 7, c.c. (rinviando per una più ampia disamina della norma in questione alla numerosissima dottrina che si è espressa sull'argomento⁶¹⁷), anche

comunque « senza causa » quando il vantaggio economico conseguito dal convenuto « non è giustificato da un interesse meritevole di tutela », mentre non attiene al profilo causale la consapevolezza dell'arricchito, da cui non dipendono la giustizia o l'ingiustizia dello spostamento patrimoniale, né la presenza di un contratto alla base dello spostamento, dato che un atto di autonomia privata non varrebbe di per sé ad attribuirgli « causa ». Quest'ultimo profilo vale peraltro a differenziare ancor più l'azione in parola da quella di arricchimento prevista dagli artt. 2041 e 2042 c.c., dato che per quest'ultimo la presenza di un contratto, fino alla sua rimozione mediante annullamento, rescissione o risoluzione, ne impedisce la proponibilità, proprio perché il sinallagma comunque giustifica l'arricchimento e l'impoverimento” p. 2334.

⁶¹⁷ A. ZANARDO, *L'estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. per mala gestio ai soci “cogestori”: luci e ombre della disposizione dell'art. 2476, comma 7, c.c.*, *Riv. Soc.*, 2009, 2-3, pp. 498 e ss.; N. ABRIANI, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in Aa.Vv., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2008, pp. 323 e ss.; A. ANGELILLIS, sub art. 2476, in L.A. BIANCHI (a cura di), *Società a responsabilità limitata. Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, Milano, 2008, pp. 799 e ss.; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. COTTINO, V, 1, Padova, 2007, pp. 267e ss.; e ID., sub art. 2476, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, II, Bologna, 2004, 1891; R. GUIDOTTI, *Società a*

al fine di evidenziare eventuali situazioni peculiari ove si voglia congiungere tale disciplina con quella di cui all'art. 2497 c.c., per le ipotesi, non certo infrequenti, in cui una S.r.l. sia parte di un gruppo di società. Infatti, in tali ipotesi la compresenza delle due norme può creare incongruità all'interno del sistema e disparità di trattamento nel del tutto comprensibili.

Si è sostenuto che l'estensione della responsabilità da gestione al socio si giustifica quale necessario contrappeso ai poteri gestori facoltativamente concessi ai soci nelle nuove S.r.l.. In sostanza la responsabilità del socio sarebbe la naturale conseguenza del nuovo assetto di *governance* della S.r.l., ove la linea di confine fra competenze dei soci e competenze degli amministratori è mobile e dove,

responsabilità limitata e tutela dei soci di minoranza: un raffronto tra ordinamenti, in *Contr. e impr.*, 2007, pp. 668 ss.; G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Società, II, Bologna, 2006, pp. 249 e ss.; G. RACUGNO, E. LOFFREDO, *Società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, pp. 209 e ss.; S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori e dei soci "cogestori"*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Il nuovo diritto societario. Profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, I, Torino, 2005, pp. 465 e ss.; F. DE ANGELIS, *L'azione cautelare di revoca ex art. 2476, comma 3, c.c. alla luce della disciplina cautelare del nuovo rito societario*, in *Giust. Civ.*, 2005, I, pp. 2852 e ss.; I. DEMURO, *Distribuzione e spostamento di competenza tra amministratori e (decisioni dei) soci nella s.r.l.*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, pp. 871 e ss.; F. PASQUARIELLO, *Commento all'art. 2476*, in *Il nuovo diritto delle società*, Commentario Maffei Alberti, Padova, 2005, 1992; S. ROSSI, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, pp. 1063 ss.; G.C.M. RIVOLTA, *Introduzione a un dibattito sulla nuova società a responsabilità limitata*, in G. CIAN (a cura di), *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*. Atti del convegno di studi (Padova-Abano Terme, 5-7 giugno 2003), Padova, 2004, pp. 299 e ss.; S. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, pp. 303 e ss.; A. IRACE, *La responsabilità per atti di eterogestione*, op. cit. pp. 187 e ss.; R. LENER, A. TUCCI, *Decisioni dei soci e responsabilità degli amministratori*, in *AGE*, 2/2003, p. 290; F. PARRELLA, sub art. 2476, in M. SANDULLI V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003*, n. 6, III, Torino, 2003, pp. 132 e ss.; M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze*, op. cit., p. 331; e *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, in *AGE*, 2/2003, 302 e ancora, *le regole organizzative della gestione della s.r.l.*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Convegno Studi, Padova - Abano terme, 5-7 giugno 2003, Padova 2004; P. BENAZZO, *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Le Società*, 2003, pp. 1062 ss.; R. RORDORF, *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Le Società*, 2003, 668 s.; V. SALAFIA, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Le Società*, 2003, pp. 5 ss.; L. SALVATORE, *L'organizzazione corporativa nella nuova s.r.l.: amministrazione, decisione dei soci e il ruolo dell'autonomia statutaria*, in *Contr. e Impr.*, 2003, pp. 1342 ss.; G. ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. Soc.*, 2003, pp. 58 ss., Fra i contributi a carattere monografico apparsi sulla nuova disciplina della s.r.l., oltre quelli già citati, si veda anche L. LAMBERTINI, *La società a responsabilità limitata*, Padova, 2005; AA.VV., *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di V. SANTORO, Milano, 2003.

diversamente che nelle S.p.A., ai soci possono essere concesse prerogative in campo gestionale⁶¹⁸.

Inoltre, la *ratio* di tale disposizione, come chiarito anche dallo stesso legislatore, si troverebbe non tanto nelle specifiche disposizioni legislative contenute nel nuovo statuto della S.r.l., ma anche e soprattutto, nella risposta a un fenomeno socio-economico particolarmente diffuso nella prassi delle società di piccole-medie dimensioni⁶¹⁹. La norma in questione in sostanza avrebbe l'effetto di far emergere gli effettivi poli decisionali all'interno delle società di piccole dimensioni.

La questione non è di poco conto, perché solo tenendo in considerazione anche tale seconda *ratio*, trova giustificazione la tesi che ritiene applicabile la fattispecie in questione non solo in caso di formale investitura del socio dei poteri gestori, ma in ogni ipotesi di effettiva ingerenza nella gestione della società, ancorché slegata da previsioni normative e/o statutarie (e sempre che tale ingerenza

⁶¹⁸ Si ricorda che nelle s.r.l. spetta all'atto costitutivo definire "le norme relative al funzionamento della società, indicando quelle concernenti l'amministrazione e la rappresentanza" (art. 2463, comma 2, n. 7, c.c.). Nell'esercizio di questo potere l'atto costitutivo può fissare con notevole flessibilità la linea di confine fra le competenze dei soci e quelle degli amministratori. Inoltre, L'art. 2468, comma 3, c.c. stabilisce che "resta salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società". Secondo l'art. 2479, comma 1, c.c., inoltre, "i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione". Al contrario, nelle S.p.A. l'art. 2380-1, c.c. espressamente stabilisce che "la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori". Sul punto si veda A. ZANARDO, *L'estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. per mala gestio ai soci "cogestori"*, op. cit., p. 499. Secondo M. RESCIGNO, *Le regole organizzative*, op. cit. p. 328, la norma in questione sia un "saggio contrappeso" e inoltre "la norma sulla responsabilità solidale pone a mio avviso una responsabilità del socio da atto di gestione, al pari degli amministratori, il quanto il socio è soggetto allo stesso regime fiduciario nei confronti della società e degli amministratori come essi risponde. Perciò mi sembra strano che la norma richieda l'intenzionalità della decisione o dell'autorizzazione: ogni decisione o autorizzazione è per definizione intenzionale e riferire l'avverbio al danno significa vanificare la portata della norma".

⁶¹⁹ Nella Relazione al D.lgs. n. 6/2003 (par. 11) si enuncia la *ratio* di tale disposizione; si legge nella Relazione: "Si tiene in tal modo conto delle caratteristiche del tipo societario in questione e della circostanza che nella concreta realtà in esso molto spesso l'effettivo potere di amministrazione non corrisponde all'assunzione della relativa veste formale e che, pertanto, la mancata assunzione della prima non può divenire un facile strumento per eludere la responsabilità che deve incombere su chi la società effettivamente gestisce".

nella gestione non sia tale da far “riemergere” la figura dell’amministratore di fatto, che, come si vedrà a breve, è cosa diversa)⁶²⁰.

Inoltre, sempre alla luce delle ragioni di ordine fattuale che hanno ispirato il legislatore, si ritiene ammissibile un’interpretazione estensiva della norma, suscettibile di applicazione anche nel campo delle S.p.A., in quanto tale norma costituirebbe l’emersione di un principio generale ed immanente all’intero diritto societario⁶²¹.

⁶²⁰ in particolare, A. ZOPPINI, *Intestazione fiduciaria e responsabilità per atti di “eterogestione”*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, pp. 577 ss.; V. MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, 3, Torino, 2007, p. 667 ss., sempre A. ZANARDO, *L’estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. per mala gestio ai soci “cogestori”*, op. cit., efficacemente individua nella norma una doppia natura, osservando come “*la soluzione preferibile possa essere quella di riconoscere alla norma una doppia valenza: di strumento funzionale a controbilanciare le nuove opzioni organizzative consentite nella s.r.l., da un lato; dall’altro, di rimedio ad una più generale situazione di fatto, ampiamente diffusa nella prassi societaria delle piccole e medie imprese e che l’impronta spiccatamente personalistica della nuova disciplina della s.r.l. parrebbe in grado di avallare, caratterizzata dall’ingerenza dei soci nella gestione della società*”, p. 500. Secondo tale interpretazione la responsabilità ex art. 2476, comma 7, c.c. coinvolgerebbe quindi, tutti coloro che *concretamente*, anche a diverso titolo, si siano ingeriti nella gestione della società. Sarebbero quindi responsabili a tale titolo ad esempio anche i soci che abbiano deciso o autorizzato questioni riservate, ex lege agli amministratori (ad esempio, art. 2479, comma 2, n. 5, c.c.), ovvero i soci che, seppur formalmente escluso dall’amministrazione della società, abbia tuttavia indotto gli amministratori, loro fiduciari, utilizzando canali *extraistituzionali* (emanazione in via informale e atipica di istruzioni e direttive), a compiere atti tali da comportarne la responsabilità. Problema diverso è se possa essere chiamato a rispondere anche un non socio che si sia tuttavia ingerito nella gestione sociale, ovvero, in sostanza se l’art. 2476, comma 7, c.c. sia una disposizione che disciplina anche la figura dell’amministratore di fatto. Tuttavia, sul punto, come già accennato nel testo, si ritiene che le due figure debbano restare separate e che la figura dell’amministratore di fatto, pur sempre presente nel diritto societario, come dimostrato anche da recente giurisprudenza, riguardi l’ipotesi diversa di costante e stabile ingerenza nella gestione. Anche la lettera della norma, nel rivolgersi espressamente ai “soci” pare escludere una tale estensione. Favorevoli a un’applicazione dell’articolo in questione anche ai non soci gestori sono, fra gli altri, A. ZOPPINI, *Intestazione fiduciaria e responsabilità per atti di “eterogestione” (art. 2476, comma 7°, c.c.)*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 2006, p. 573 ss. contrari invece G. ROMAGNOLI, S. TACCINI e V. SANGIOVANNI, *Responsabilità degli amministratori e corresponsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Danno e resp.*, 2008, 1, p. 13.

⁶²¹ Secondo F. SANTONOSTASO, *Unico azionista, attività di direzione e coordinamento, responsabilità patrimoniale*, in *scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, ragioni di efficienza dovrebbero indurre a ritenere tale norma capace di applicazione analogica, p. 3817. Nello stesso senso anche M. RESCIGNO, *Le regole organizzative*, op.cit., p. 328: “*io credo dunque che l’art. 2476, comma 7, debba essere elevato a principio generale: non sarebbe né sano né razionale ritenere che il socio di una s.r.l., che decida gli atti di gestione e risponda in solido con gli amministratori, come è scritto nella legge, e il socio di una S.p.A. che faccia la stessa cosa senza nemmeno utilizzare lo schema dell’autonomia statutaria vada invece esente da responsabilità o lo diventi solo se scende al grado dell’amministratore di fatto*”. E si aggiunge, ma sul punto si tornerà in seguito, che ciò appare ancora

Altri invece sostengono che la disposizione di cui all'art. 2476, 7 comma, c.c. sia norma eccezionale, dettata specificamente solo per le S.r.l. e relativa alle sole ipotesi in cui il socio sia formalmente investito di un potere gestorio, in virtù dei poteri espressamente attribuiti *ex lege* ai soci⁶²². Pertanto la norma non sarebbe applicabile in via analogica anche alle S.p.A. dove vige una differente disciplina e dove le funzioni di gestione della società sono rigidamente poste nelle mani degli amministratori (anche più che in passato)⁶²³.

La giurisprudenza che si è espressa sul punto sembra in qualche modo essersi inserita tra le due opposte teorie. Infatti, da un lato, la giurisprudenza pare orientata verso l'interpretazione meno rigida dell'articolo in questione, affermando che *“nel novero degli atti determinativi della responsabilità solidale del socio con gli amministratori rientrano anche atti o comportamenti, non adottati nelle forme sopra indicate, ma idonei a supportare l'azione illegittima e dannosa posta in essere dagli amministratori”*⁶²⁴. Dall'altro lato, la giurisprudenza ha però più volte ribadito che la

più insensato se si pensa all'art. 2497 c.c., il che comporterebbe per lo stesso socio di S.p.A. di andare esente da responsabilità se la società è monade, mentre sarebbe chiamato a rispondere se la società è inserita in un gruppo ai sensi dell'art. 2497, 2° comma c.c.. Si esprime in modo dubitativo O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata* op. cit., p. 268, il quale ipotizza che, in tale ipotesi, potrebbe forse venire in considerazione non tanto la norma in esame, quanto la fattispecie, di portata generale, dell'induzione all'inadempimento. Prudente verso un'applicazione estensiva della norma anche F. PASQUARIELLO, *Commento all'art. 2476 c.c.*, che osserva come *“l'eccessiva estensione di tale norma può creare forti problemi in quanto si tratta di un forte strumento di ricatto”* p. 1978.

⁶²² Si veda A. IRACE, *La responsabilità per atti di eterogestione*, op. cit., p. 187 e ss.; S. PATRIARCA, *La responsabilità del socio gestore di s.r.l.*, in *Le Società*, 2007, p. 1202.

⁶²³ In questo senso A. IRACE e A. TUCCI, *Gestione dell'impresa sociale e supervisione degli azionisti* (l'esperienza italiana a confronto con la disciplina delle *public companies* nordamericane), Milano 2003. Contraria ad un'applicazione estensiva in via analogica della norma in questione F. PARRELLA, sub art. 2476, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003*, n. 6, III, Torino, 2003, pp. 132 e ss.

⁶²⁴ Tribunale di Milano, 9 luglio 2009, in banca dati www.dejure.giuffre.it. Si legge, in tale sentenza, che una diversa interpretazione della norma, prettamente formalistica, renderebbe la disciplina facilmente eludibile: *“A supporto di tale interpretazione militano numerosi e importanti argomenti. Anzitutto il dato testuale della norma non pare decisivo, poiché esso si presta ad essere inteso come comprendente tutte quelle manifestazioni di volontà espresse dai soci anche in forme non istituzionali, ma comunque capaci di fornire impulso all'attività gestoria, rilevando a tal proposito l'influenza effettiva spiegata dai soci sugli amministratori. In secondo luogo la norma sembra intesa a bilanciare, con l'introduzione dell'ipotesi di responsabilità che ne occupa, gli estesi poteri di gestione attribuiti ai soci, poteri che sono esercitabili, specie nelle s.r.l. - in cui la compagine sociale è ristretta e caratterizzata*

nuova disciplina delle S.r.l. è una disciplina di natura eccezionale e non applicabile per analogia alle S.p.A., come già evidenziato nel precedente paragrafo 4.5.2⁶²⁵.

Tale impostazione, che nega qualsiasi tipo di analogia tra S.r.l. e S.p.A., crea tuttavia qualche problema di coordinamento e può portare, soprattutto nel caso in cui una S.r.l. sia inserita in un gruppo a differenze di trattamento non compiutamente giustificabili. Si pensi all'ipotesi in cui una S.r.l. sia capogruppo: in tal caso i creditori delle controllate potrebbero agire nei confronti della società, dei suoi soci, amministratori e/o sindaci ai sensi dell'art. 2497, commi 1 e 2, c.c., mentre nulla potrebbero fare i creditori della stessa società controllante⁶²⁶. Sul punto si è anche espressa la già citata sentenza della Corte d'Appello di Napoli (26 giugno 2008), dichiarando che le differenze di disciplina *"non rendono percorribile neppure la via dell'impugnazione dinanzi alla Corte Costituzionale di singole disposizioni per la supposta lesione del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. che deriverebbe*

da intuitus personae -, non solo con i crismi della formalità, ma anche di fatto. In tal senso si è espressa la Relazione governativa al D.Lgs. n. 6 del 2003, laddove, al par. 11, afferma: "molto spesso l'effettivo potere di amministrare non corrisponde all'assunzione della relativa veste formale e che, pertanto, la mancata assunzione della prima non può divenire facile strumento per eludere la responsabilità che deve invece incombere su chi la società effettivamente gestisce", ed anzi richiama l'interprete a "individuare, con riferimento alle specifiche circostanze del caso concreto, le caratteristiche che dovrà assumere il comportamento del socio per comportare l'assunzione della responsabilità prevista dalla disposizione Da un lato, dunque, la responsabilità ex art. 2476 comma 7 c.c. si porrebbe come una naturale conseguenza dell'esercizio di fatto del potere gestorio o dell'indirizzo di gestione, dall'altro intenderebbe evitare le sostanziali e facili elusioni a cui la norma sarebbe esposta, adottando la tesi restrittiva, mediante la manifestazione del potere gestorio con modalità atipiche, informali, non evidenti".

⁶²⁵ Si vedano sul punto sia la sentenza di primo grado, Tribunale di Napoli, 11 novembre 2004 sia la successiva sentenza d'appello Corte Appello di Napoli, 26 giugno 2008 in *Le Società*, 2005, pp. 1012-1013 e nello stesso senso si vedano anche Tribunale di Milano 25 gennaio 2006, in *Le Società*, 2007, 320. Nel senso dell'applicabilità dell'art. 2394 c.c. si veda, invece, Tribunale di Pescara 15 novembre 2006, in *Foro It.*, 2007, I, 2262; Tribunale di Udine 11 febbraio 2005, in *Dir. fall.*, 2005, II, 808; in dottrina, tra gli altri, F. BRIOLINI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, op. cit. 768 ss.; R. TETI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, op. cit. p. 664; S. AMBROSINI, *Commento all'art. 2476*, in *Società di capitali.*, op. cit., p. 1606.

⁶²⁶ Ma le incongruenze certo non finiscono qui. Infatti a seconda di come si delinea la struttura del gruppo e di quale tipo sociale si ponga al vertice o alla coda della piramide, i diritti dei terzi, o meglio dei c.d. *outside stakeholders*, cambiano di volta in volta, e ciò non solo a discapito della certezza del diritto e del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 della Costituzione, ma soprattutto a vantaggio di coloro i quali vogliono creare strutture elusive ed evitare le ipotesi di responsabilità da etero-gestione, con la conseguenza che l'intera disciplina diviene non solo confusa, ma soprattutto facilmente eludibile.

*dal contrasto fra le norme che concernono la responsabilità degli amministratori dell'uno e dell'altro tipo societario*⁶²⁷.

Come ovvio, requisito comunemente richiesto per l'operare dell'art. 2476, comma 7, c.c. è che il socio non sia anche amministratore (nominato o di fatto), nel qual caso opererebbe direttamente la responsabilità di cui all'art. 2476, comma 1, c.c.⁶²⁸.

In linea con quanto previsto dall'art. 2497, comma 2, c.c., la responsabilità del socio solo gestore è una responsabilità da concorso, accessoria a quella principale degli amministratori e quindi non può operare in via autonoma ed a prescindere dalla responsabilità di uno o più amministratori⁶²⁹. Anche in questo caso, come nell'art.

⁶²⁷ Corte Appello di Napoli, 26 giugno 2008 in *Le Società*, 2005, p. 1012 e ss. "A completamento del discorso sinora svolto, deve altresì escludersi il fondamento delle ulteriori tesi avanzate in dottrina per sostenere l'immanenza dell'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori della s.r.l. Nel silenzio della legge, la permanenza dell'azione non può infatti trarsi da un'interpretazione estensiva dell'art. 2497 comma 1 c.c., che legittima i creditori di una società a proporre azione risarcitoria nei confronti di altra società che, esercitando attività di direzione e coordinamento sulla prima, ne abbia leso l'integrità patrimoniale: l'azione è in questo caso esperibile contro la società controllante e non contro i suoi amministratori, e dunque non ha ad oggetto l'accertamento della responsabilità di questi ultimi, ancorché chiamati a rispondere in solido con la controllante " per aver preso parte al fatto lesivo" ai sensi del successivo comma 2. Neppure è sostenibile che l'azione dei creditori sociali sia attualmente compresa nell'ambito dell'azione di responsabilità prevista dall'art. 2476 comma 6 c.c. in favore dei creditori e dei terzi danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori: la norma è infatti corrispondente a quella dettata dall'art. 2395 c.c. in tema di società per azioni e pertanto resterebbe da spiegare perché il legislatore avrebbe inteso tenere distinte le due fattispecie solo con riguardo alla disciplina di tale diverso tipo societario."

⁶²⁸ Così G. ROMAGNOLI, S. TACCINI e V. SANGIOVANNI, *Responsabilità degli amministratori*, op. cit., i quali espressamente affermano: "E' ragionevole ritenere che l'art. 2476, comma 7, c.c. trovi applicazione nei confronti non di tutti i soci, ma solo di quelli fra essi che non sono amministratori. Se un socio è amministratore, egli risponde - in virtù di tale qualità - già ai sensi dell'art. 2476, comma 1, c.c. Non vi è allora bisogno d'invocare altre disposizioni per fondare la sua responsabilità. Se invece un socio è solo quotista e non è - allo stesso tempo - amministratore, egli non può essere chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 2476, comma 1, c.c., poiché questa disposizione concerne la responsabilità dei soli gestori. Ecco allora che interviene l'art. 2476, comma 7, c.c." p. 16.

⁶²⁹ La contraria affermazione secondo la quale la responsabilità del socio co-gestore e quella dell'amministratore dovrebbero essere considerate quali variabili indipendenti l'una dall'altra (così da evitare che, qualora la società sia priva di un organo amministrativo, si realizzino situazioni di irresponsabilità in capo a chi gestisce in concreto la società) non appare condivisibile. Del resto, lo stesso presupposto su cui si basa tale teoria, ovvero il fatto che nella "nuova" s.r.l. si possa prescindere da un apposito organo gestorio, è da molti contestato. In particolare sostengono l'imprescindibilità della nomina di un organo gestorio O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata op. cit.* e ID., sub artt. 2475-2475 bis, in *Il nuovo diritto societario*, op. cit.; A. NUZZO, sub art.

2497, comma 2, c.c., si ritiene che gli amministratori non possano ritenersi esentati da responsabilità, nei confronti dei terzi o dei singoli soci, per essersi limitati a dare esecuzione ad un atto dannoso o per essere stati a ciò legittimamente autorizzati⁶³⁰.

L'art. 2476, comma 7, c.c. dispone inoltre che possono essere ritenuti responsabili soltanto i soci che *“hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi”*. Pertanto, così come accade per la capogruppo collettiva ai sensi dell'art. 2497, comma 1, c.c., il compimento di atti gestori e l'ingerenza del socio nella gestione è di per sé ritenuta legittima, anche se compiuta al di fuori di una formale investitura di poteri gestori (e se si aderisce alla tesi di cui sopra che ritiene la norma sia applicabile a prescindere dalla formale investitura di poteri gestori ai soci) e essa diviene sanzionabile solo ove comporti un danno.

La norma richiede altresì che il socio abbia agito *“intenzionalmente”*. Si è già discusso sul significato di tale termine, così diverso dall'avverbio *“comunque”* che si rinviene invece nell'appena citato art. 2497, comma 2, c.c.. A fianco di coloro che ritengono tale termine sia pleonastico, in quanto ogni decisione e/o autorizzazione implica di per sé quella volontarietà richiesta dal dettato normativo, vi sono invece coloro i quali ritengono che l'intenzionalità andrebbe riferita non tanto all'atto

2479, in G. NICCOLINI A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, III, op. cit., p. 1623 s.

⁶³⁰ In proposito si richiama quanto già chiaramente espresso da V. MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, op. cit., p. 672 che ha evidenziato come il fatto che gli amministratori non possano invocare l'eventuale autorizzazione o decisione dei soci per esimersi da responsabilità sia resa evidente dal fatto che, nella nuova S.r.l., anche il singolo socio può agire in responsabilità nei confronti degli amministratori. In tal senso si era del resto espressa anche la giurisprudenza ante riforma, che non esentava gli amministratori, nei confronti dei terzi dal momento che la delibera assembleare, così come la decisione dei soci, non obbliga gli amministratori a compiere atti illegittimi. In senso opposto parrebbe invece orientato G. GUIZZI, *L'assemblea: ovvero, delle competenze dei soci e del modo di esercitarle nella società a responsabilità limitata riformata (Due esperienze a confronto)*, in *Riv. Soc.*, 2007, n. 3, pp. 33 e ss.. Si veda anche G. PICCININI, *Atti gestori dannosi: i “mobili confini” della responsabilità del socio*, in *Le Società*, 2005, pp. 460 che, come MELI, ritiene che gli amministratori non possano andare esenti da responsabilità limitandosi ad eseguire le delibere o le decisioni della maggioranza, potendo essi ben rifiutare l'attuazione delle delibere o decisioni illegittime.

compiuto quanto al danno causato, o almeno alla consapevolezza dell'antigiuridicità della condotta⁶³¹.

I problemi di interpretazione di tale disposizione sono in primo luogo di ordine pratico, giacché richiedere la prova dell'intenzionalità del danno avrebbe l'effetto di circoscrivere significativamente la portata della norma⁶³².

E' discusso, poi, quali comportamenti siano concretamente punibili e in cosa possa consistere la decisione o l'autorizzazione che fa sorgere la responsabilità⁶³³. Ad

⁶³¹ Per la tesi della valenza pleonastica del termine si veda M. RESCIGNO, *Le regole di riorganizzazione*, op. cit., p. 328, ove si legge "la norma sulla responsabilità solidale pone a mio avviso una responsabilità del socio da atto di gestione al pari degli amministratori, in quanto il socio è soggetto allo stesso dovere fiduciario nei confronti della società degli amministratori e come essi risponde. Perciò mi sembra strano che la norma richieda l'intenzionalità della decisione o dell'autorizzazione: ogni autorizzazione o decisione è per definizione intenzionale e riferire l'avverbio al danno significa vanificare la portata" in tal senso anche S. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, pp. 303 e ss. spec. p. 306. Diversamente orientati verso la tesi che richiede in capo al socio la dolosa consapevolezza del danno sono invece F. GALGANO e G RIVOLTA. Coloro che invece propendono per l'antigiuridicità della condotta osservano anche che, in tal caso, non incomberebbe sull'attore l'onere di dimostrare lo stato psicologico del socio, ma toccherebbe a quest'ultimo fornire la prova della non intenzionalità della propria attività di decisione o autorizzazione. Si vedano in proposito V. MELI, *La responsabilità*, op. cit. e S. Rossi, *Deformalizzazione*, op. cit. nonché F. FERRARA JR e F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, pp. 945 e ss. In proposito si è anche espresso il Tribunale di Milano, con la citata sentenza del 9 luglio 2009, che sembra essersi espresso nel senso della tesi intermedia: "È previsto altresì che le condotte decisorie od autorizzatorie disegnate dalla nuova norma, per essere fonte della responsabilità del socio, debbano essere compiute "intenzionalmente", cioè esprimano o denotino la volontà di supportare un'operazione illecita".

⁶³² Da un tale approccio conseguirebbe l'irrilevanza di comportamenti colposi o omissivi di *mala gestio* e discenderebbe anche una minore ampiezza dell'area di responsabilità del socio per il compimento, legittimo o meno, di atti di gestione.

⁶³³ Le ipotesi che rientrano nella categoria delle autorizzazioni/decisioni possono essere, in concreto, le più varie. In alcuni casi potrà trattarsi di atti assunti in virtù di poteri espressamente conferiti ai soci, ad esempio ai sensi dell'art. 2468, comma 3 (si pensi, ad esempio, al diritto di autorizzare il compimento di determinate tipologie di operazioni). Qualche perplessità emerge, alla luce del dettato normativo dell'art. 2476, comma 7, in merito al fatto che i descritti comportamenti possano essere fonte di responsabilità qualora si siano concretati in un diniego di autorizzazione o in una decisione negativa circa il compimento di un'operazione che sarebbe stata, invece, vantaggiosa per la società. In senso contrario si veda M. RANIELI, *La responsabilità gestoria dei soci di s.r.l.*, in *Vita not.*, 2006, 1002. Si veda anche R. VIGO, *La partecipazione dei soci all'amministrazione della s.r.l.*, in A. GENOVESE (a cura di), *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni su alcuni contenuti di disciplina*, Torino, 2004, 54 ss. Se, tuttavia, si ritiene che lo scopo della previsione al di là del suo tenore letterale sia quello di colpire ogni forma di concreta ingerenza dei soci nell'amministrazione della società dalla quale siano conseguiti effetti dannosi per soggetti terzi, la soluzione preferibile parrebbe essere quella di riconoscere l'applicabilità a tutte le ipotesi in cui le determinazioni dei soci

esempio ci si chiede, come già ci si è chiesti nell'ambito dell'esame dell'art. 2497, comma 2, c. c., se il socio possa in tal senso essere chiamato a rispondere anche per il voto espresso in assemblea⁶³⁴ e anche se il proprio voto non sia risultato determinante⁶³⁵.

forniscano un effettivo contributo, sotto il profilo causale, ai risultati della condotta dell'organo amministrativo; e ciò a prescindere dal contenuto, positivo o negativo, di dette determinazioni.

⁶³⁴ Per quanto la questione del voto espresso in assemblea ci si chiede in particolare se sia corretto, così come si è detto anche per la responsabilità da concorso di cui all'art. 2497, comma 2, c.c., che venga definitivamente superato il dogma dell'insindacabilità e irresponsabilità per il voto espresso in assemblea. In proposito V. MELI, *La responsabilità*, op. cit. p. 695 osserva che *“Non sembra corretto distinguere a seconda che l'ingerenza dei soci si sia manifestata attraverso decisioni prese in sede extra-assembleare, oppure mediante deliberazioni assembleari, facendo leva sul tradizionale assunto dell'irresponsabilità dell'assemblea per le decisioni prese. In entrambi i casi, potranno essere chiamati a risarcire i danni i soci che si siano pronunciati in senso favorevole e la cui manifestazione di voto sia il risultato di un'effettiva e consapevole partecipazione al relativo processo decisionale. Una diversa soluzione, che esimesse da responsabilità il singolo socio per il voto espresso in assemblea e non, invece, per il consenso espresso al di fuori della stessa, risulterebbe incoerente; e non sarebbe neppure più sostenibile, ove si ritenesse fondata”*. Merita, infine, di essere approfondito lo specifico ruolo che il requisito dell'intenzionalità, così interpretato, svolge nei casi in cui l'influenza dei soci sul comportamento degli amministratori si sia concretata nell'assunzione di una delibera assembleare. Qui il requisito soggettivo vale, in primo luogo, a distinguere coloro che hanno concorso alla formazione dell'unica volontà espressione dell'organo assembleare, esprimendo un voto favorevole, dagli altri che ne sono rimasti estranei e, quindi, non possono essere coinvolti nel giudizio di responsabilità, e da quei soci, che pur avendo partecipato e votato, abbiano espresso il loro voto in assenza di effettiva consapevolezza circa i possibili effetti dannosi della decisione assunta. In tal senso può risultare interessante la demarcazione rispetto alla responsabilità di cui all'art. 2497, comma 2, c.c. ove invece non è richiesta alcuna intenzionalità e ove quindi, come sopra accennato, potrebbero essere chiamati a rispondere anche i soci che, seppur solo colpevolmente, per ignoranza colpevole ad esempio, abbiano espresso il loro voto, o forse si siano anche astenuti, così non impedendo la decisione dannosa. Sulla discussa questione della responsabilità da voto si rimanda a F. GUERRERA, *La responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, Torino, 2004 p. 136: *“Appare, dunque, ragionevole ritenere che il socio, il quale abbia dato adito a condotte gestionali illecite che [...] “dipendono” da o comunque si “collegano” a un precedente deliberato dell'assemblea, risponde alla stessa stregua di colui il quale abbia esercitato in forma extra-istituzionale un'influenza pregiudizievole nella conduzione della società. L'azionista di comando non potrebbe, cioè, addurre come esimente della propria (cor)responsabilità l'esercizio del diritto di voto in assemblea, allorché egli si avvalga del potere di influenza dominante nella sua “sede naturale”, al fine di indirizzare la gestione dell'impresa sociale in modo da ledere taluni interessi protetti, interni o esterni alla società”*; G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, 2, Torino, 2006, p. 10 s.

⁶³⁵ In proposito A. ZANARDO, op. cit. ritiene che *“Non sembra condivisibile l'idea di distinguere ulteriormente a seconda che il voto del socio sia stato o meno determinante per l'adozione della relativa decisione, così da affermare che la responsabilità dei soci scatti soltanto nel primo caso”* p. 524. In proposito si ritiene invece che ai fini dell'imputabilità della responsabilità sia necessario, secondo i principi generali della causalità adeguata, che la decisione o autorizzazione del socio debba avere avuto una qualche partecipazione causale rilevante nella verifica del danno.

Si ritiene comunemente che il compimento anche di un solo atto comporti l'insorgere della responsabilità. Ed è proprio in questo che viene tracciata la linea di demarcazione rispetto alla figura dell'amministratore di fatto che, come noto, richiede invece la continuità e la stabilità dell'ingerenza nella gestione sociale. L'art. 2476, comma 7, c.c. non avrebbe quindi inteso codificare la figura dell'amministratore di fatto, ma bensì disciplinare una fattispecie *quantitativamente* e (soprattutto) *qualitativamente* diversa⁶³⁶.

Qualora l'attività del socio gestore sia non occasionale, ma appunto una stabile e continua ingerenza nella gestione, allora egli sarà responsabile in via principale e non di concorso, quale amministratore di fatto. Figura quest'ultima, diversa e che, come ormai ampiamente ripetuto, continua a esistere, a fianco delle ipotesi di etero-gestione normativamente previste, volta a sanzionare i casi più gravi di ingerenza nella gestione⁶³⁷.

Infine, anche per la responsabilità ex art. 2476 c.c. è discussa la natura contrattuale o extracontrattuale. I termini della questione, nei lineamenti essenziali, sono simili a quanto già esposto per le ipotesi di responsabilità ex art. 2497, commi

⁶³⁶ Sul punto dottrina e giurisprudenza sembrano tendenzialmente d'accordo. Per quanto riguarda la figura dell'amministratore di fatto, oltre a quanto già esposto in precedenza nel presente capitolo, si veda da ultimo, F. TRIBULATO, *Azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di fatto di una soc. a resp. lim.* (nota a Tribunale di Roma, 27 gennaio 2006), in *Dir. Fall.*, 2007, II, p. 465 ss., *ivi* a p. 485, nt. 41. Tra coloro che invece ritengono che il legislatore abbia voluto codificare la figura dell'amministratore di fatto si veda E. DISETTI, *L'amministratore di fatto e la riforma del diritto societario: un primo passo verso la codificazione?*, in *Le Società*, 2004, p. 259. L'art. 2476, comma 7, disciplina l'ipotesi del socio che, pur avendo deciso o autorizzato il compimento (da parte degli amministratori) di atti di gestione, non abbia assunto, neppure di fatto, la veste di amministratore della società. Alla luce di ciò, è improprio affermare che la nuova previsione abbia determinato, almeno per i soci, un superamento della figura dell'amministratore di fatto. Chiarite le differenze tra le due fattispecie, il problema maggiore consiste nello stabilire, di volta in volta, quale delle due situazioni effettivamente ricorra nella prassi, data la difficoltà, quando ci si sposti dal piano teorico a quello pratico, di tracciare nette linee di demarcazione. Ciò anche in considerazione del fatto che l'una e l'altra, pur muovendo da presupposti, per larga parte, diversi, sembrano convergere in una medesima direzione: la valorizzazione del dato fattuale dell'ingerenza da parte di un soggetto privo della carica di amministratore nell'amministrazione della società.

⁶³⁷ In merito alla figura dell'amministratore di fatto si vedano, oltre alle sentenze già citate anche: Cass. 12 marzo 2008, n. 6719; Cass. 23 aprile 2003, n. 6478; Cass. 14 settembre 1999, n. 9795; Cass. 6 marzo 1999, n. 1925.

1 e 2, c.c.⁶³⁸. Occorre poi precisare che la responsabilità dei soci, come espressamente stabilito dalla norma, opera nei confronti sia degli altri soci, sia della società, sia infine dei terzi creditori, e che potrebbe anche, ed è stato fatto, ipotizzarsi un differente regime della responsabilità a seconda dei casi.

4.7. BREVI CENI INTERDISCIPLINARI

Esaminate le ipotesi di responsabilità da “eterogestione” (così includendo sotto un’unica denominazione le varie fattispecie di cui agli artt. 2497 e 2476 c.c.) e le figure di abuso della personalità giuridica nel campo del diritto societario, giova in estrema sintesi fare qualche cenno ad alcune ulteriori ipotesi di responsabilità, che paiono “complementari” a quelle sopra descritte e che si trovano in diversi ambiti del diritto.

Il fenomeno dei gruppi interessa trasversalmente tutti i settori ed ogni campo del diritto: il diritto del lavoro, il diritto tributario, il diritto anti-trust e della concorrenza, il diritto comunitario in materia di fusioni transfrontaliere o di libertà di stabilimento o ancora di insolvenze transfrontaliere, il diritto penale, il diritto fallimentare, il diritto

⁶³⁸ Coloro che propendono per la responsabilità contrattuale sostengono che la responsabilità del socio gestore discenderebbe dalla violazione degli obblighi fiduciari di fonte legale. Si veda A. ZANARDO, *L'estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. per mala gestio ai soci "cogestori": luci e ombre della disposizione dell'art. 2476, comma 7, c.c.*, *Riv. Soc.*, 2009, 2-3, pp. 498 e ss. Orientati nel senso della natura contrattuale della responsabilità del socio gestore, sono, fra gli altri S. DIAMATO, F. FERRARA JR., F. CORSI; A. PICCIAU; G. PRESTI, M. RESCIGNO; C. PROTO; S. ROSSI; M. RESCIGNO. A sostegno della tesi extracontrattuale si è invece fatto leva sull'avverbio “intenzionalmente” che sembra richiamare illeciti di natura extracontrattuale e che non avrebbe senso nel contesto di un'obbligazione contrattuale. In tal senso si vedano V. SALAFIA *La responsabilità della holding*, op. cit. p. 320 e N. ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica*, op. cit.. Del resto, come già segnalato nel contesto dell'interpretazione dell'art. 2497, comma 1 e 2 c.c., si ritiene che la natura extracontrattuale della norma in questione possa anche essere desunta dall'interpretazione dell'art. 2395 c.c. di cui riproduce letteralmente il testo che, per dottrina e giurisprudenza unanime, costituisce specificazione della generale previsione dell'art. 2043 c.c., poiché sanziona il compimento di un fatto illecito (si veda da ultima, in tal senso, Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2007, n. 8359, in *Giur. it.*, 2007, p. 2761 ss.). A differenza di quanto accade nell'art. 2497, commi 1 e 2, c.c., tuttavia, la qualificazione della natura della responsabilità, come contrattuale piuttosto che extracontrattuale, non incide in modo significativo sulla disciplina dell'onere della prova, poiché al soggetto che agisce spetterà comunque la prova dello stato soggettivo dell'intenzionalità che rientra tra gli elementi costitutivi della fattispecie.

bancario⁶³⁹, diritto finanziario, la disciplina del mercato delle assicurazioni, la materia dei marchi e brevetti, le assicurazioni. E molte altre se ne possono citare. Come ovvio, non può certo occuparsi, in questa sede di tanti e tali problematiche. E' tuttavia parso opportuno, fare brevi cenni in relazione ad alcune soltanto delle discipline sopra citate.

⁶³⁹ La disciplina del gruppo bancario è stata introdotta con il D.lgs. 1° settembre 1993, n. 395, artt. 59 ss. Tale disciplina è principalmente finalizzata, da un lato, ad individuare nel gruppo un interlocutore che risponda alla Banca d'Italia dell'operatività complessiva delle diverse componenti, consentendo così una vigilanza semplificata su base consolidata, e, dall'altro, una gestione accentrata delle crisi, disciplinandone le relative procedure. La normativa sui gruppi bancari ha avuto una influenza determinante nella introduzione delle previsioni contenute nella riforma del diritto societario (si veda L. SCOPA, *Introduzione*, in AA.VV., *Il rapporto banca-impresa nel nuovo diritto societario*, Atti del convegno di Lanciano, 9-10 maggio 2003, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2004, 3 ss.) anche in relazione all'espresso riconoscimento attuato dal legislatore circa un potere di direzione e coordinamento e alla perseguibilità di un interesse di gruppo (si veda V. TROIANO, *Il gruppo bancario e il nuovo diritto societario: profili di responsabilità della holding*, in *Nuovo diritto societario ed intermediazione bancaria e finanziaria*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2003, 147; A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento fra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, III, Torino, 2007, 834 ss., in particolare p. 851 ss.). A seguito della riforma del diritto societario ci si è chiesti quale sia lo spazio per l'applicazione delle disposizioni codicistiche sull'attività di direzione e coordinamento al settore bancario e creditizio, con particolare riferimento alla tutela dei soci di minoranza e dei creditori sociali (per queste osservazioni si veda M. LAMANDINI, *Gruppi societari e bancari*, in *La riforma del diritto societario e le banche. Nuovi modelli, nuovi strumenti: opportunità e criticità*, Roma, 2003, p. 47-48; 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, p. 59 ss.). A tale riguardo si è osservato che se la costruzione artificiosa del gruppo bancario è strumentale alla funzione di vigilanza e quindi ha rilevanza esclusivamente a tale scopo, le norme di cui agli artt. 2497 e ss. c.c. devono ritenersi applicabili ai fini della sussistenza della responsabilità da direzione e coordinamento. Secondo una prima impostazione, l'art 2497 c.c. dovrebbe applicarsi esclusivamente all'attività di governo del gruppo che non sia espressione del dovere di direzione e coordinamento di cui all'art. 61, co. 4, T.U.B., in quanto tutta l'area di azione della capogruppo bancaria che sia espressione dei suoi doveri di vigilanza può essere censurata esclusivamente alla luce dei criteri di equità e ragionevolezza contenuti nelle Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia, senza verificarne la conformità ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società controllate stabiliti dall'art. 2497 c.c. Una seconda impostazione, che pare prevalente, tende a considerare l'intera area d'azione della capogruppo bancaria come soggetta alla nuova disciplina societaria, caricando tuttavia nel concetto di corretta gestione societaria ed imprenditoriale anche i summenzionati criteri di equità e ragionevolezza. Ciò dovrebbe comportare, pertanto, un'interpretazione del criterio civilistico della corretta gestione societaria che tenga conto dell'appartenenza delle società controllate al gruppo bancario e quindi delle particolari limitazioni all'operatività di queste che necessariamente discendono dall'applicazione delle Istruzioni della Banca d'Italia. Si veda su tali aspetti A. BROZZETTI, *Commento agli artt. 60-61*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio, Santoro, Bologna, 2003, 944 ss.

4.7.1. I Gruppi di società e la responsabilità amministrativa degli enti

In tale materia, come noto il D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, ha superato il vetusto principio *societas delinquere non potest* e introdotto una responsabilità formalmente definita amministrativa⁶⁴⁰, ma che in realtà rappresenta una chiara ipotesi di responsabilità penale⁶⁴¹, dei soggetti collettivi per reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio⁶⁴².

La norma rappresenta la prima ipotesi di responsabilità penale delle persone giuridiche, dopo il tentativo, mai approdato, della riforma del codice penale c.d. Progetto Grosso⁶⁴³, e cui certamente la disciplina in esame si è ispirata.

⁶⁴⁰ Art 1 comma 1 del D.lgs. 231/2001 recita, infatti: “Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato”.

⁶⁴¹ Si veda sul tema della qualificazione amministrativa o penale si vedano, *ex multis*, R. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006, p. 191 e ss., il quale conclude per la natura inequivocabilmente penale delle sanzioni. A simili conclusioni giungono, poi, C.E. PALIERO, *Il D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 845 ss.; E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. Giust.*, 2001, n. 23, p. 8 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 163. A favore della natura amministrativa della responsabilità di cui al D.lgs. 231/2001 si vedano: M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2004, p. 423; G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV. *Societas puniri ipotest*, a cura di F. Palazzo, Padova, 2003, p. 307 ss. In favore di una classificazione quale *tertium genus* si vedano invece: *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, in AA.VV. *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002, p. 435; D. TASSINARI – L. STORTONI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. Pen.*, 2006, p. 20; D. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, p. 417.

⁶⁴² La bibliografia sul punto è sterminata. Oltre agli autori citati nella nota precedente, si rinvia per un approfondimento del tema, tra le opere più recenti, a: R. LOTTINI – P. IELO, *La responsabilità delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo – C.E. Paliero, Padova, 2007, p. 2289 ss.; AA.VV. *responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, a cura di A. GIARDA – E.M. MANCUSO - G. SPANGHER – G. VARRASO, Milano, 2007; AA.VV., *Responsabilità degli enti*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda – G. Spangher, vol. III, Milano, 2007, p. 6993 ss.; M. ARENA – G. CASSANO, *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2007; L.D. CERQUA, *Profili generali della responsabilità degli enti dipendente da reato*, in *Corr. mer.*, 2007, p. 977 ss.

⁶⁴³ Il progetto di riforma del codice penale della Commissione Grosso può rinvenirsi, relazione e l'articolato, in AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli 2003. Tale progetto, seppure mai approdato in un testo legislativo, rappresenta un primo segnale certamente significativo del processo volto a vincere la diffidenza nei confronti dell'attuazione di un sistema di responsabilità delle persone giuridiche in campo penale. Per quanto tale progetto non qualificasse in maniera esplicita la responsabilità penale delle persone

I destinatari individuati dal D.Lgs n.231/2001, art. 1, sono tutti gli “enti forniti di personalità giuridica”, quali fondazioni associazioni riconosciute, società di capitali e le “società e associazioni anche prive di personalità giuridica”. Da quanto sopra consegue che devono essere considerati soggetti attivi, possibili destinatari della responsabilità in parola, tutti gli enti collettivi, siano essi dotati, o meno, di personalità giuridica, ad eccezione dello Stato, degli enti pubblici territoriali (quali regioni, province e comuni) e degli altri enti pubblici non economici, nonché degli enti che svolgono funzioni aventi rilievo costituzionale (si pensi ai sindacati e ai partiti politici)⁶⁴⁴.

Tralasciando gli aspetti relativi ai meccanismi di imputazione del reato all’ente, nonché le eventuali responsabilità degli amministratori ad essi collegate⁶⁴⁵, un’analisi

giuridiche, data la consapevolezza delle problematiche connesse al superamento del principio *societas delinquere non potest*, di fatto finiva per “ancorare” la responsabilità anche delle persone giuridiche al diritto penale. Del resto, come precisato dalla relazione accompagnatrice del progetto in questione la persona giuridica veniva considerata quale “autonomo centro di interessi e di rapporti giuridici, punto di riferimento di precetti di varia natura, e matrice di decisioni ed attività dei soggetti che operano in nome, per conto o comunque nell’interesse dell’ente”. Nell’individuare gli enti destinatari della disciplina si è così optato per dare prevalenza ad un criterio di tipo economicistico: con il termine persona giuridica si intendevano, infatti, tutti gli enti, le società e le associazioni, anche non riconosciute, che svolgono attività economica, con esclusione dello Stato, delle Regioni, degli altri enti pubblici territoriali e delle Autorità indipendenti.

⁶⁴⁴ Si veda sul punto: V.L. PISTORELLI, *Sub artt. 1-4*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* a cura di A. Giarda – G. Spangher, vol. III, Milano, 2007, p. 6999 ss.; G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la “parte generale” e la “parte speciale” del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in AA.VV. *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Padova, 2002, p. 81 ss.; S. GENNAI – A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, Milano, 2002, p. 13.

⁶⁴⁵ Per un approfondimento di tali aspetti si rinvia integralmente a: B. IANNELLO – R. LOTTINI, *I gruppi di imprese. Disciplina civilistica, contabile e profili penali*, Milano, 2008; R. LOTTINI – P. IELO, *La responsabilità delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. PALAZZO – C.E. PALIERO, Padova, 2007, p. 2295 ss.; C. PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 83; V. D. PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, p. 959; F. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, Milano, 2002, p. 203; F.C. BEVILACQUA, *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, in AA.VV., *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica di impresa e punibilità degli enti*, a cura di C. Monesi, Milano, 2005, p. 139; S. GENNAI – A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, Milano, 2002, p. 43; R. GUERRINI, *Sub art. 3*, in AA.VV., *I nuovi illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. Giunta, Torino, 2002, p. 242; P. IELO, *Market abuse e compliance programs ex d.lgs. n. 231/2001: spunti di riflessione*, in *Resp. amm. soc. ent.*, 2006, n. 2, p. 15 ss..

dei quali esulerebbe in modo eccessivo dall'intento del presente lavoro, ci si limiterà a fare un breve accenno al problema dell'applicazione della menzionata disciplina nel contesto di gruppi di società.

Il D.lgs. 8 giugno 2001, n. 2003, a differenza di quanto faceva il Progetto Grosso, non prende mai esplicitamente in considerazione il problema del gruppo di società. Ma dottrina e giurisprudenza (con risultati spesso contrastanti) hanno affrontato la questione dell'applicabilità della disciplina in esame ai gruppi societari valutando, in particolare se i reati finalizzati al conseguimento di una utilità immediata di una società del gruppo possano dirsi commessi anche nell'interesse della capogruppo o comunque di altre società facenti parte del gruppo stesso⁶⁴⁶; fermo restando il principio cardine secondo il quale, al fine di poter ritenere un ente responsabile, è necessario dimostrare che il reato sia stato commesso nell'interesse primario dell'ente stesso.

In proposito la giurisprudenza sembra partire dal presupposto che l'interesse di cui parla l'art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001 non deve necessariamente essere un interesse esclusivo, ben potendo essere anche l'interesse di gruppo.

In particolare la giurisprudenza ha affermato la sussistenza della responsabilità della controllante per i reati commessi a beneficio della controllata, invocando, appunto, l'esistenza di un interesse di gruppo, quale elemento di collegamento tra gli illeciti commessi e la capogruppo⁶⁴⁷, ancorché l'individuazione

⁶⁴⁶ Per i termini del problema v. N. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo*, Napoli, 2006, p. 43 ss.; L.D. CERQUA, *Profili generali della responsabilità degli enti dipendente da reato*, in *Corr. mer.*, 2007, p. 988.

⁶⁴⁷ In proposito, tra le prime decisioni che hanno fatto espresso riferimento all' "interesse di gruppo", si possono citare due ordinanze del Tribunale di Milano: Tribunale di Milano, 20 settembre 2004, in *Corr. mer.*, 2005, p. 85 ss.; Tribunale di Milano, 20 dicembre 2004, in *Dir. prat. soc.*, 2005, n. 5, p. 69 ss. In entrambi i casi, che avevano ad oggetto episodi di corruzione e truffa aggravata ai danni dello Stato, la questione posta all'attenzione del Tribunale era se i reati, che erano stati compiuti al fine di avvantaggiare le società controllate, potessero essere in qualche modo addebitati anche alla *holding* del gruppo. Entrambi i provvedimenti hanno dato risposta affermativa. Da un lato, si tratterebbe di un coerente sviluppo di quell'orientamento giurisprudenziale che, invocando la rilevanza unitaria del gruppo di imprese, afferma che non possono considerarsi liberalità quegli atti (remissione di debiti, cessione gratuita di crediti o fidejussione) che, seppure compiuti nei confronti di un terzo costituirebbero sicuramente "donazioni", ma che, se compiuti da una società del gruppo in favore di

del concetto di interesse di gruppo non appare poi sempre coerente⁶⁴⁸. In merito giova notare che la giurisprudenza ha ritenuto che per aversi la responsabilità della capogruppo è necessario il coinvolgimento di uno dei soggetti con cui la controllante vanta uno dei rapporti qualificati descritti dall'art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001; circostanza, questa, che, secondo la giurisprudenza, sarebbe da sola sufficiente a contenere il rischio di una propagazione illimitata della punibilità⁶⁴⁹.

Ma non solo, la giurisprudenza ha anche ritenuto che fosse imputabile la responsabilità "amministrativa" in questione a una società del gruppo, anche non apicale, per reati commessi a beneficio di altra società del gruppo⁶⁵⁰.

altra società del gruppo, corrispondono ad un interesse patrimoniale del disponente. Dall'altro, affonderebbe le proprie radici nella disciplina dei gruppi di società, recentemente introdotta dal d.lgs. n. 6 del 2003, che agli artt. 2497 e 2491-ter c.c. espressamente riconosce la rilevanza dell'interesse di gruppo.

⁶⁴⁸ Sempre avuto riguardo alle due sentenze di cui alla nota che precede, in alcuni passi, infatti, questo interesse viene identificato con quello della controllante alla partecipazione agli utili che la controllata avrebbe potuto ricavare dall'accordo corruttivo (Si veda L. PISTORELLI, *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione delle responsabilità da reato*, in *Resp. amm. soc. ent.*, 2006, n. 1, p. 11 ss.) mentre altrove, è identificato con un interesse ultroneo rispetto a quello particolare delle singole società. In particolare nell'ordinanza del Tribunale di Milano, 20 settembre 2004, cit., si legge: "A ciascuna delle società che compongono il gruppo può corrispondere un distinto settore di attività, una distinta fase del processo produttivo, una diversa zona territoriale di operatività: ma le azioni di ciascuna di queste società appartengono, in tutto o in maggioranza, ad una ulteriore società, detta appunto società di holding [...]. La holding esercita, in modo mediato, la medesima attività di impresa che le controllate esercitano in modo immediato e diretto. L'oggetto della holding, in questo caso, non è dunque la gestione di partecipazioni azionarie come tale, ma l'esercizio indiretto di attività di impresa [...]. Sulla base di queste premesse questo Giudice ritiene di dovere affermare che le società controllanti hanno esercitato, attraverso le controllate, una propria attività di impresa ed hanno soddisfatto, sempre attraverso le controllate, un proprio interesse [...]". Tribunale di Milano, 20 dicembre 2004, cit., in tale seconda ordinanza, invece, si spiega: "Orbene, l'attivazione di Z. e T, per il pagamento della tangente - cioè l'attivarsi di soggetti che non facevano in alcun modo parte delle società controllate e che non avevano alcun ruolo nelle medesime ma solo nella società controllante o in altre società del gruppo - non può che trovare giustificazione nella finalizzazione dell'atto all'interesse dell'intero gruppo di società, non solo di quelle che direttamente hanno ottenuto l'aggiudicazione degli appalti, ma anche delle controllanti nella prospettiva della partecipazione agli utili. L'interesse di gruppo si caratterizza infatti proprio per questo, per non essere proprio ed esclusivo di uno dei membri del gruppo, ma comune a tutti i soggetti".

⁶⁴⁹ In senso inverso all'obiezione mossa dalla difesa dell'ente indagato secondo la quale una tale ricostruzione comporterebbe sempre e comunque la responsabilità della capogruppo per tutti i reati commessi nell'ambito delle attività delle controllate.

⁶⁵⁰ Si veda in proposito Tribunale di Milano, 26 febbraio 2007, *Corriere del Merito*, 2007, 7, p. 912, ove il Tribunale ha condannato una società per un reato commesso al fine di avvantaggiare altra società del gruppo. Tra l'ente, cui era imputato l'illecito amministrativo, e la società le cui azioni erano state

La dottrina maggioritaria, salve poche voci contrarie, non sembra invece condividere tali conclusioni mostrandosi preoccupata in merito ad un'interpretazione estensiva del concetto di interesse di gruppo. In proposito si è affermato che la sussistenza di un rapporto qualificato tra autore materiale dell'illecito ed ente non costituisce un limite adeguato ad un'eccessiva e pericolosa estensione alla responsabilità degli enti appartenenti al gruppo⁶⁵¹.

acquistate non vi era alcun collegamento diretto, ma la società era interamente controllata da una terza società, partecipata dal primo. Il caso riguardava il direttore generale di una fondazione che, con operazioni artificiose, consistenti in acquisti considerevoli di azioni di una società del gruppo a un prezzo superiore a quello di mercato, aveva sensibilmente contribuito ad alterare il prezzo del titolo medesimo. Il direttore generale era imputato del reato di agiotaggio finanziario di cui all'art. 185 T.U.F., mentre la fondazione per l'illecito amministrativo dipendente da reato di cui all'art. 25-ter lett. r del d.lgs. n. 231 del 2001. La fondazione possedeva una partecipazione nella società che controllava interamente (detenendo il 100% del pacchetto azionario) della società i cui titoli azionari erano stati acquistati. Secondo il Tribunale di Milano *"Al fine di sconfiggere la tesi difensiva, occorre soffermarsi sul concetto di 'interesse' dell'ente, presupposto dell'applicabilità della normativa in questione. I comportamenti illeciti, infatti, vengono in concreto sempre più spesso realizzati nei mercati regolamentari, dalle più importanti e capitalizzate società commerciali, organizzate secondo i più moderni principi di 'ingegneria societaria e aziendale', i quali prevedono ormai come schemi tipici di organizzazione quelli del collegamento societario e delle reti aziendali. In particolare, la realtà economica vede sempre più il prosperare dei gruppi di società, la cui caratteristica è quella di corrispondere, sotto il profilo economico, ad un complesso unitario ed organizzato ispirato da indirizzi strategici unitari, che ripete gli schemi di comando e di controllo esistenti all'interno di una singola unità aziendale complessa. Ove si aderisse all'interpretazione restrittiva del concetto di interesse dell'ente, si sposerebbe una visione inattuale dell'ente, concepito come una monade isolata all'interno del complesso sistema economico attuale, con conseguenti evidenti lacune di tutela tutte le volte in cui l'interesse perseguito sia ricollegabile non all'ente di cui fa parte l'autore del reato, ma ad una società controllata o controllante, oppure al gruppo nel suo insieme. Non mancano, peraltro, interpretazioni dell'art. 5 d.lgs. 231/2001 tendenti ad estendere la rilevanza del concetto di interesse fino a ricomprendervi quella di 'interesse di gruppo' facenti leva ora sul riferimento tra i soggetti capaci di impegnare la responsabilità dell'ente, al soggetto posto al vertice di un'unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, quale potrebbe essere considerata il 'vertice' della società controllata, ora sulla possibilità di considerare i vertici della società controllante come soggetti che esercitano di fatto la gestione ed il controllo dell'ente, idonei ex art. 5 ad impegnare la responsabilità dell'ente. Appare evidente che, in presenza di gruppi di imprese, il perseguire l'interesse di gruppo attraverso la commissione di un reato, realizza una delle condizioni richieste ai fini dell'integrazione dei criteri di imputazione oggettiva della responsabilità"*.

⁶⁵¹ Il requisito in parola, infatti, sarebbe facilmente aggirabile mediante una disinvolta applicazione dell'istituto del concorso di persone che potrebbe portare a ritenere i vertici della controllante quali detentori di una posizione di garanzia e, pertanto, possibili responsabili del reato commesso nella gestione della controllata ai sensi degli artt. 40 e 110 c.p. Tali preoccupazioni sono in particolare state avanzate da F. SGUBBI, *Gruppo societario*, cit., p. 9 e da L. PISTORELLI, *Brevi osservazioni*, cit. p. 16. Quanto ai pericoli di una eccessiva estensione della portata del concetto di interesse di gruppo, si è evidenziato che nei casi esaminati dalla giurisprudenza da ultimo citata la responsabilità dell'ente è stata fondata su acquisiti commessi dal direttore generale per conto dell'ente stesso, ma finalizzati non a beneficiare questo, bensì la diversa società le cui azioni sono state acquistate, alla quale si

In particolare la dottrina, nel reagire alla dilatazione interpretativa operata dalla giurisprudenza, ha messo in evidenza come l'interesse, ai fini della configurazione della fattispecie in esame, debba essere inevitabilmente diretto e concretamente legato alla commissione del reato. Tale interpretazione, oltre che coerente con la Relazione accompagnatrice⁶⁵², troverebbe inoltre conferma nella nozione di "vantaggio fondatamente prevedibile" di cui all'art. 2634, comma 3, c.c.⁶⁵³, di cui si dirà a breve. Pertanto, secondo la dottrina maggioritaria, sebbene sia possibile, in determinati casi concreti, che l'azione della singola controllata sia volta al perseguimento di un interesse al di là di quello proprio, tale circostanza dovrebbe essere oggetto di specifico accertamento giudiziale, basato su di un'analisi caso per caso, e non semplicemente desunta dall'appartenenza al gruppo⁶⁵⁴.

voleva consentire di ottenere maggiore liquidità per operare l'aumento di capitale. Ravvisare un interesse anche dell'ente acquirente sulla base del fatto che questo ha un qualche collegamento non con la società le cui azioni sono acquistate, ma con la controllante di questa, vuol dire operare una sorta di automatica circolazione della responsabilità all'interno delle componenti del gruppo di imprese. Un altro argomento che viene invocato dalla dottrina maggioritaria, al fine di contrastare la giurisprudenza formatasi sull'interesse di gruppo, mette in dubbio la correttezza del richiamato operato agli artt. 2497 ss, al fine di giustificare la configurazione di un interesse di gruppo. Si rileva, in proposito, che, sebbene sia vero che il fenomeno del gruppo è ora affrontato dall'ordinamento, sia in sede civile sia in sede penale (basti pensare all'art. 2634 c.c. in materia di infedeltà patrimoniale), e che è ormai pacificamente accolta la tesi degli interessi compensativi, comunque tali circostanze non valgono a giustificare la teorizzazione di un interesse di gruppo quale meccanismo di imputazione alla controllante (o altra società del gruppo) degli illeciti consumati nell'ambito dell'attività del gruppo.

⁶⁵² A tale riguardo si cita anche la Relazione governativa di accompagnamento dello schema di decreto legislativo che, nell'individuare i criteri di imputazione oggettiva dell'illecito dell'ente, precisa che ciò che conta è che questo risulti impegnato dal compimento di un'attività destinata a riversarsi nella sfera giuridica dell'ente collettivo, caratteristiche che non possono invece essere rinvenute nell'interesse alla partecipazione degli utili proprio della controllante, in quanto mediato e indiretto, nonché eventuale e incerto.

⁶⁵³ In questo senso E. SCAROINA, *Societas*, cit., p. 225. Sulla nozione di interesse, quale interesse diretto e concreto v. S. VINCINGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in S. Vinciguerra - M. Ceresa-Gastaldo - A. Rossi, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004, p. 23; V. SALAFIA, *Amministrazione e controllo nella legge delega n. 366 del 2001 e responsabilità amministrativa delle società*, 2002, p. 8.

⁶⁵⁴ L. PISTORELLI, *Brevi osservazioni*, op. cit., p. 15; E. SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006, p. 63 ss.; sull'imputabilità del reato al gruppo di società, v. L. FOFFANI, *Responsabilità*, op. cit., p. 254. In conclusione, le linee di fondo dovrebbero essere le seguenti: qualora si accerti che la commissione dell'illecito penale sia stata "compulsata dalla holding, o più propriamente dall'opera di coordinamento e di direzione del gruppo da essa svolta" si potrà ravvisare una qualche responsabilità della holding, che dovrà invece escludersi nel caso in cui

4.7.2. I reati societari e fallimentari

Giova fare brevissimi cenni anche agli espressi riferimenti al concetto di gruppo introdotti in ambito penalistico.

Il primo riferimento è contenuto nei novellati artt. 2621 e 2622 c.c. che individuano l'oggetto delle fattispecie di false comunicazioni sociali nelle comunicazioni relative alla "*situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo*"⁶⁵⁵. La riformulazione dei due articoli fa evidentemente riferimento al bilancio consolidato⁶⁵⁶. Tali modifiche in realtà non hanno apportato novità sostanziali alla disciplina del falso in bilancio consolidato. Infatti, già prima della riforma, tanto la dottrina maggioritaria quanto la giurisprudenza, nonostante la mancanza di una previsione in tal senso, erano orientate nel ritenere che il bilancio consolidato fosse riconducibile alla nozione di "false comunicazioni sociali" e che la

il reato realizzato risulti disgiunto da tale attività, rispetto al quale il gruppo si pone soltanto come un mero contesto.

⁶⁵⁵ Per un approfondimento sulle fattispecie di false comunicazioni sociali v. L. FOFFANI, *Sub Art. 2621-2622*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 2448 ss.; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, p. 39 ss.; A. LANZI - C.M. PRICOLO, *Sub art. 2621 c.c.*, in AA.VV., *I reati societari*, a cura di A. Lanzi - A. Cadoppi, 2007, p. 25 ss.; A. LANZI, *Sub art. 2622 c.c.*, in AA.VV., *I reati societari*, cit., p. 49 ss.; M. FENO - C. GIORDANENGO - G. GIORDANENGO - G.G. SANDRELLI - S. VALENTINI, *False comunicazioni sociali e false comunicazioni sociali in danno dei soci e dei creditori*, in AA.VV., *Reati societari*, a cura di A. Rossi, 2005, p. 129 ss.; A. ALESSANDRI, *False comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 176 ss.; M. DONINI, *Abolitio criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) dopo il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1240 ss.; ID., *Sub artt. 2621-2622*, in AA.VV., *I nuovi illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali. Commentario del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di F. GIUNTA, Torino, 2002, p. 1 ss.; D. PULITANÒ, *La giustizia penale tra vecchio e nuovo diritto penale societario*, in *Soc.*, 2002, p. 1097; S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 676 ss.

⁶⁵⁶ Come già rilevato la disciplina del bilancio consolidato risale nel tempo. Esso è stato introdotto con il D.Lgs 9 aprile 1991 n. 127. Per un maggiore approfondimento sul tema si vedano, tra i molti, L. FOFFANI, *Sub art. 2634 c.c.*, cit., p. 2524 e R.G. MARUOTTI, *Il falso in bilancio consolidato ed il "passo del gambero"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 397 che la riprende dalla dottrina commercialistica.

sua falsificazione rientrasse nello spettro applicativo degli artt. 2621 e 2622 c.c.⁶⁵⁷. Tuttavia anche se tale riformulazione non ha certo portata rivoluzionaria, essa ha il pregio di aver comunque sgombrato il campo da ogni dubbio⁶⁵⁸; senza considerare che proprio in tali articoli viene utilizzato, per la prima volta all'interno del codice civile, il termine "gruppo".

Un ulteriore riferimento al gruppo di imprese è rinvenibile nell'art. 2634 c.c.. La disposizione, come è noto, introduce il reato di infedeltà patrimoniale, che prende il posto di una serie di tradizionali figure criminose, ritenute di scarsa efficacia

⁶⁵⁷ In giurisprudenza, sulla riconducibilità del bilancio consolidato alla nozione di "false comunicazioni sociali" rilevante ai sensi degli artt. 2621 e 2622 c.c. si vedano: Cass. pen., sez. V, 10 gennaio 2001, in *Soc.*, 2001, p. 682; Cass. pen., Sez. V, 19 ottobre 2002, n. 191, Mattioli e altri, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2494; Cass. pen., Sez. V, 13 giugno 1998, Altissimo e altri, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, p. 488; Corte App. Torino, 15 luglio 1999, in *Giur. it.*, 2001, p. 363. Per la dottrina si v. per tutti F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2004, p. 202, in cui si riassumono le posizioni della dottrina, mettendo in evidenza anche le opinioni degli Autori che si esprimono in senso contrario. da V. NAPOLEONI, *I reati societari*, vol. III, *Falsità nelle comunicazioni sociali e aggioaggio societario*, Milano, 1996, p. 99; L. FOFFANI, *Reati societari*, in AA.VV., *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 1998, p. 188. v. anche F. GIUNTA, *Lineamenti*, cit., p. 202. Per una rassegna delle posizioni della dottrina maggioritaria v. R.G. MARUOTTI, *Il falso in bilancio consolidato*, cit., p. 398 ss. Cass. pen., sez. V, 10 gennaio 2001, in *Ind. pen.*, 2002, p. 699 ss.; Cass. pen., sez. V, 13 giugno 1998, n. 10041, in *Il fisco*, 1999, p. 1088; Cass. pen., 16 aprile 1997, in *Giur. it.*, 1998, p. 1691.

⁶⁵⁸ Una dottrina minoritaria non era tuttavia d'accordo con tali conclusioni e negava che al falso in bilancio consolidato potesse essere attribuita rilevanza penale. Gli argomenti posti a sostegno di tali conclusioni erano vari. Innanzitutto, si metteva in evidenza la differente disciplina che, già sul piano civilistico, intercorre tra bilancio di esercizio e bilancio consolidato. Si osservava, ad esempio, che al bilancio consolidato è estranea una funzione di supervisione e di controllo delle verità contenute nel bilancio delle controllate. In seconda battuta, si sosteneva che la punibilità del falso in bilancio consolidato esulasse dalla struttura della fattispecie di false comunicazioni sociali che richiedeva che i fatti non rispondenti al vero dovessero riguardare le condizioni economiche della società. Sul punto si cercava di porre l'attenzione sulla circostanza che il bilancio consolidato riguarda non la situazione economica della società capogruppo, bensì quella del gruppo unitariamente considerato. Si vedano sul punto, F. GIUNTA, *Lineamenti*, cit., p. 203 ss.; F. GALGANO, *I gruppi di società*, cit., p. 162 ss.; A. PERINI, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1999, p. 301 ss. Ebbene, l'espresso riferimento al gruppo di società e alla "situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo", contenuto nei riformati artt. 2631-2632 c.c., porta a superare le conclusioni cui era pervenuta tale dottrina e consolidare definitivamente quelle fatte proprie dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria costituendo una inequivoca manifestazione della volontà del legislatore di ricondurre il falso in bilancio consolidato nell'ambito operativo della medesima disciplina R.G. MARUOTTI, *Il falso in bilancio consolidato*, cit., p. 404. Così F. GIUNTA, *Sub art. 2621 c.c.*, cit., p. 18. La rilevanza penale del falso consolidato dipende comunque dal superamento delle soglie quantitative introdotte con la riforma del 2002, la cui operatività non deve essere riferita solamente ai singoli bilanci delle società satelliti, ma anche ai valori del bilancio consolidato.

pratica⁶⁵⁹. Tale norma sanziona gli amministratori che, “avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente un danno alla società”. L’art. 2634, comma 3, c.c. afferma poi, espressamente, che “il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall’appartenenza al gruppo” non può essere qualificato come ingiusto.

Lo scopo della norma è quello di far sì che la fattispecie di infedeltà patrimoniale non possa essere utilizzata (e abusata) per sanzionare penalmente operazioni che, sebbene apparentemente dannose per la società che le subisce, si inseriscono in realtà in una strategia di scambi tra società del medesimo gruppo di imprese, tale da assicurare un sostanziale riequilibrio dei rapporti. La disposizione, quindi, riconosce rilevanza, anche in ambito penale, alle teorie dei c.d. vantaggi compensativi, già affrontate nei precedenti paragrafi e per un’analisi delle quali ivi ampiamente si rinvia⁶⁶⁰.

In particolare l’art. 2634, comma 3, c.c., definito da alcuni come limite negativo della tipicità⁶⁶¹ da altri una scriminante⁶⁶², da altri ancora come limite esegetico

⁶⁵⁹ In tal senso L. FOFFANI, *Sub art. 2634*. in AA.VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di C.E. PALIERO - F. PALAZZO, Padova, 2007, p. 2518. Le fattispecie sostituite dalla nuova figura di infedeltà patrimoniale sono quelle previste dagli originari artt. 2631, 2624, 2630 co. 2 n. 1 e 2622 c.c.. Per un approfondimento della fattispecie di cui all’art. 2634 c.c. v. anche P. ALDROVANDI, *Sub art. 2634 c.c.*, in AA.VV., *I reati societari*, cit., p. 126 ss.; A.L. MACCARI, *Sub art. 2634 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi illeciti societari*, cit., p. 149 ss.; E. AMATI, *Reati societari*, cit., p. 400 ss.; F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei ‘vantaggi compensativi’ nell’economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, p. 630 ss.; E. MEZZETTI, *L’infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell’incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 192 ss.

⁶⁶⁰ Si veda, in aggiunta, per tutti P. MONTALENTI, *Conflitto d’interesse nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, op. cit. oltre alla bibliografia in precedenza citata.

⁶⁶¹ F. GIUNTA, *La riforma dei reati ai blocchi di partenza. Prima lettura del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, in *St. iuris.*, 2002, p. 695. In senso adesivo A.L. MACCARI, *Sub art. 2634 c.c.*, cit., p. 166; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 226; P. ALDOVRANDI, *Sub art. 2634 c.c.*, cit., p. 200.

dell'offesa al bene tutelato⁶⁶³, attribuisce espressamente rilievo non solo ai vantaggi conseguiti, ma anche a quelli "fondatamente prevedibili". In tal caso il legislatore ha quindi espressamente optato, tra i due orientamenti in materia, per la tesi più flessibile, accogliendo il criterio della c.d. compensazione virtuale, che consente di prendere in esame anche i c.d. vantaggi prevedibili; con conseguente esclusione dell'opposta teoria, che richiede invece l'applicazione di un metodo rigidamente quantitativo nel calcolo dei costi e dei benefici dell'appartenenza al gruppo. Ci si chiede in proposito se tale circostanza possa far pendere l'ago della bilancia in favore delle teorie flessibili anche in materia di risarcimento del danno civile, di cui all'art. 2497, comma, 1, c.c., che come noto riporta una dizione più neutra.

Alla luce di quanto sopra, in merito al medesimo articolo, è necessario interrogarsi su un'ulteriore questione, ovvero se la clausola di cui all'art. 2634, comma 3, c.c., sia destinata ad operare unicamente rispetto alla fattispecie di infedeltà patrimoniale oppure se le possa essere attribuita una valenza più ampia, esportabile anche in altri settori del diritto penale, come quello dei reati fallimentari. In altre parole, ci si chiede se le condotte tipiche della bancarotta fraudolenta per distrazione poste in essere dagli amministratori di una società facente parte di un gruppo possano essere giustificate, dal punto di vista del diritto penale, in tutti quei casi in cui gli amministratori della società fallita, nel porre in essere gli atti distrattivi, avevano fondate ragioni di prevedere, sulla base di elementi oggettivi, che i

⁶⁶² Ritiene che si tratti di una causa di giustificazione F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei "vantaggi compensativi" nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, p. 630.

⁶⁶³ In questo senso C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o "esegetico"*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini – C.E. Paliero, III, Milano, p. 2207 il quale ritiene che la clausola di cui all'art. 2634 c.c. costituisca "un elemento intrinseco della norma incriminatrice, collocato all'interno della stessa disposizione legislativa, che si pone in termini di intrinseca incompatibilità con un dato della fattispecie, assolvendo così alla funzione di vero e proprio limite di rilevanza dell'offesa incarnata nel fatto".

pregiudizi prodotti avrebbero potuto trovare compensazione in un atto intragruppo di segno opposto dei cui vantaggi la stessa controllata avrebbe potuto giovarsi⁶⁶⁴.

Autorevole dottrina, partendo dalla premessa che la disposizione di cui all'art. 2634, comma 3, c.c., per il modo in cui è formulata e per lo scopo perseguito, varrebbe non tanto a delimitare il campo di applicazione di una singola ipotesi di reato, quanto a definire in generale l'ingiustizia del profitto nel diritto penale societario, ritiene che alla clausola in esame debba essere attribuita valenza generale, come tale "applicabile a ogni ipotesi di appropriazione di beni sociali realizzata per finalità vantaggiose per il gruppo", sia in caso di appropriazione indebita aggravata, che di bancarotta fraudolenta per distrazione⁶⁶⁵.

⁶⁶⁴ Si veda Cass. pen., sez. I, 24 giugno 2004, Bisignani, in *Impresa*, 2005, p. 324 ss.; Cass. pen., sez. V, 23 giugno 2003, n. 38110, Sama e altri, *ivi*, 2003, p. 2042 ss. Ma anche, seppure incidentalmente, Cass. pen., sez. V, 18 marzo 2005, n. 106888, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 747 ss. Si veda, in particolare Cass., sez. V, 18 novembre 2004, in *Dir. Pen. e processo*, 2005, 747, con nota di LEMME: "A partire dal 1 gennaio 2004, nel nostro ordinamento giuridico è oramai 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 riconducibili ad una mala gestione unitaria del gruppo; in questo contesto, la norma di cui all'art. 2364, 2° comma, c.c. costituisce una sorta di anticipazione del concetto unitario di gruppo e trova oggi una piena coerenza sul piano civilistico e penalistico."

⁶⁶⁵ La dottrina che è orientata in questo senso, ritiene che la disposizione di cui all'art. 2634, comma 3, c.c. costituisca un preciso "segnale sistematico" di una soluzione interpretativa ricavabile dal sistema ancor prima e indipendentemente dalla riforma. Secondo tale indirizzo, il rapporto di gruppo è una circostanza che deve essere presa necessariamente in considerazione per verificare la sussistenza della "distrazione" e soprattutto per valutare l'esistenza di profili offensivi della stessa. Qualora l'operazione si inserisca in una trama di rapporti intragruppo che, secondo un giudizio ex post, implica un bilanciamento tra svantaggi e vantaggi essa perderebbe i connotati dell'atto depauperatorio, per tradursi di fatto in un "costo" che la società è chiamata a sostenere per fruire e beneficiare dell'appartenenza al gruppo. Per un altro orientamento, invece, la clausola dei vantaggi compensativi opererebbe esclusivamente in relazione al reato che ne è il presupposto e al quale è inscindibilmente connesso, negando che possa essere estesa al delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione. Ad una tale conclusione indurrebbe la constatazione della differente oggettività giuridica del reato di cui all'art. 2634 c.c. rispetto al delitto di cui all'art. 223 l.fall.: il primo diretto a tutelare il patrimonio sociale, il secondo, invece, diretto a presidiare gli interessi dei creditori sociali, i quali hanno diritto a che il patrimonio della società non venga dissipato con atti distrattivi che, ancorché finalizzati a soddisfare interessi di gruppo, pregiudicherebbero comunque le loro ragioni. In tal senso deporrebbero anche ulteriori argomenti. Innanzitutto il momento consumativo della bancarotta fraudolenta che si verifica con la distrazione, mostrando come sia irrilevante ogni comportamento successivo, nonché la struttura del delitto delineato dall'art. 223 l.fall. che sarebbe, a differenza di quello descritto dall'art. 2634 c.c. un reato di pericolo, rispetto al quale è pertanto estraneo il dolo di profitto. Recentemente

La giurisprudenza maggioritaria, tuttavia, appare contraria alla possibilità di estendere il principio espresso dall'art. 2634, comma 3, c.c., alla bancarotta per distrazione⁶⁶⁶. Cosicché, in tale campo, anche dopo la riforma, l'autonomia soggettiva e patrimoniale che contraddistingue ogni singola società impone all'amministratore di perseguire prioritariamente l'interesse della specifica società a cui egli è preposto, non essendogli consentito di sacrificare l'interesse in nome di un diverso interesse anche se riconducibile a quello di chi è collocato al vertice del gruppo e che non procurerebbe riflesso alcuno a favore dei terzi creditori dell'organismo impoverito⁶⁶⁷.

In conclusione preme segnalare che tali differenti interpretazioni ed applicazioni della teoria dei c.d. vantaggi compensativi potrebbero creare problemi di coordinamento, considerato che, a seconda della disciplina e dell'articolo preso di volta in volta in esame, i medesimi comportamenti vengono valutati in modo completamente diverso, e non si è certi che tali differenze siano giustificabili.

alcune sentenze hanno ammesso la possibilità di estendere la clausola di cui all'art. 2634, comma 3, c.c. al reato di bancarotta per distrazione. Si veda, a titolo esemplificativo, Cass. pen., sez. V, 18 marzo 2005, n. 10688, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 747 ss.

⁶⁶⁶ Per una rassegna della giurisprudenza sulla disciplina delle operazioni a vantaggio di altre società del gruppo v. E. CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari.*, Milano, 2008, p. 84 ss. Diversi sono gli argomenti utilizzati dalla giurisprudenza. In primo luogo, viene invocato il criterio dei c.d. "universi paralleli", secondo il quale, all'unitarietà del gruppo dal punto di vista economico, non corrisponderebbe un'unità dal punto di vista giuridico. Tradizionalmente la giurisprudenza di legittimità afferma che *"il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione sussiste anche nel caso di imprese collegate tra loro, qualora gli atti di disposizione patrimoniale, privi di seria contropartita, siano eseguiti a favore di una società del medesimo gruppo, poiché il collegamento societario ha natura economica e non scalfisce il principio di autonomia della singola persona giuridica"*. Così Cass. pen., sez. V, 20 agosto 2002, n. 29896, in *Ced. rv.* 222387; in senso simile Cass. pen., sez. V, 29 dicembre 1999, n. 14690, in *Dir. prat. sor.*, 2000, n. 4, p. 87; Cass. pen., sez. V, 6 ottobre 1999, n. 12897, *ivi*, n. 2, p. 80. In secondo luogo, si sostiene che non sia possibile giungere a una diversa conclusione alla luce della diversa oggettività giuridica tra delitto di bancarotta e quello di infedeltà patrimoniale: *"la diversità degli interessi tutelati dalla legge penale fallimentare e dalla nuova disciplina dei reati societari, introdotta dal D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, impedisce che alla materia fallimentare possa applicarsi la norma prevista dall'art. 2634, comma 3, c.c., secondo cui 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 allo stesso gruppo societario"* Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2003, n. 36629, in *Ced. rv.* 227149.

⁶⁶⁷ Cass. pen., sez. V, 15 febbraio 2008, n. 7326, B.S., in www.dirittoegiustizia.it

4.7.3. Il diritto fallimentare e l'art. 147 L. F.

Affrontando la tematica del superamento del principio di responsabilità limitata nelle società di capitali, e nei gruppi in particolare, merita di essere altresì brevemente portato alla luce il tema relativo all'art. 147 del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 (L.F.), che, come già esposto, prima della riforma ha rappresentato una delle principali porte per il superamento della responsabilità limitata in casi di abuso⁶⁶⁸.

La novella alla legge fallimentare, ha espressamente contemplato l'estensione del fallimento di uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del codice civile ai soci illimitatamente responsabili pur se non persone fisiche.

Il nuovo quadro normativo, che consente anche alle società di capitali di partecipare in società di persone, è apparso ad alcuni in grado di condurre al definitivo squarcio del velo della personalità attraverso il fallimento della società di fatto (od occulta) tra società di capitali e la conseguente estensione della procedura.

Senza voler, tuttavia, analizzare nel dettaglio tutti diversi tentativi posti in essere al fine di consentire un superamento del c.d. *corporate veil* facendo leva sulla normativa di diritto fallimentare⁶⁶⁹, si vuole in questa sede rilevare come, in realtà, le

⁶⁶⁸ Sul tema dell'abuso della personalità giuridica si vedano tra gli altri A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo – G.B. Portale, vol. 9, tomo 2, Torino, 1993, 433; B. INZITARI, *La vulnerabile persona giuridica*, op. cit. 1985, 679 ss.; M. FABIANI, *Società insolvente e responsabilità del socio unico*, Milano, 1999; V. FRANCESCHELLI – M. LEHMANN, *Superamento della personalità giuridica e società collegate: sviluppi di diritto continentale*, in *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, 1987, 71.

⁶⁶⁹ Per approfondimenti sul tema si vedano, *ex multis*: O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da G. Cottino, Padova, 2007, 298 s.; L. AUTUORI, *Art. 2361 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, *Azioni*, a cura di M. Notari, Milano, 2008, 739; F. PLATANIA, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, Milano, 2005; A. MIRONE, *Sub art. 2361 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini, A. Stagno D'Aalcontres, I, Napoli, 2004, 412; A. AUDINO, *Sub Art. 2361 c.c.*, in *Il Nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, I, Padova, 2005, 411 s.; V. DONATIVI, *Sub art. 2361 c.c.*, in *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di M. Sandulli, V. Santoro, 2, I, Torino, 2003, 220; N. TOSCHI VESPASIANI, *La partecipazione della s.p.a. in altre imprese comportante responsabilità illimitata*, in *Società*, 2004, 1076 s.; A. RICCIO, *La società di capitali può, dunque, essere socia e amministratore di una società di persone*, in *Contr. e impr.*, 2004, 314; M. CAVANNA, *Sub Art. 2361, 2° comma, c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, I, Bologna, 2004,

riforme intervenute, contrariamente a quanto una prima lettura potrebbe far ritenere, altro non hanno fatto se non ridurre le concrete possibilità di superamento del principio di responsabilità limitata delle società, confermando quindi la scelta originaria del legislatore, di voler segnare l'autonomia giuridica delle singole società di capitali e rafforzarne la personalità giuridica, garantendo la certezza della responsabilità limitata in caso di uso e sanzionandone, viceversa, i soli casi di abuso⁶⁷⁰.

La possibilità del fallimento "in estensione" ai sensi dell'art. 147 L.F. risulta possibile, all'esito della riforma del diritto fallimentare, solo per i tipi sociali che contemplano una connaturata responsabilità illimitata dei soci o di alcuni di essi⁶⁷¹.

Le riforme, quindi, hanno delineato un confine tra l'insolvenza dell'imprenditore individuale e delle società di persone ed in accomandita per azioni, dove si rafforza e

450; F. DAGNINO, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Giur. Comm.*, 2005, 291; A. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum di G. F. Campobasso*, diretto da Abbadessa, Portale, I, Torino, 2007, 99; A. PATTI, *La gestione del fallimento sociale e dei soci tra comunanza e separazione patrimoniale*, in *Fall.*, 2007, 355.

⁶⁷⁰ Corte di Appello di Torino, 30 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2007, p. 2219, con nota di COTTINO, ove si afferma che "L'eventuale responsabilità di una spa per scorretta ingerenza nella gestione di altra società nei confronti dei creditori di questa (ed in caso di fallimento del suo curatore) è assoggettata ai requisiti e alle condizioni poste dalla disciplina dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di altra società e non è in alcun modo assimilabile quoad effectum a quella della responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali rilevante ai fini dell'estensione del fallimento ex art. 147 l.fall."

⁶⁷¹ La scelta del legislatore di circoscrivere l'estensione a quei soli soci responsabili illimitatamente per mero connotato tipologico della società può generare qualche dubbio sulla fallibilità in estensione dell'accomandante che si è ingerito nella gestione, che pure risponde illimitatamente per tutte le obbligazioni sociali a norma dell'art. 2320 c.c.. In passato abbiamo sostenuto la tesi della fallibilità con la precisazione che l'estensione non poteva riguardare l'accomandante occulto se non si dimostrava anche l'ingerenza nella gestione (v. F. FIMMANÒ, *Affectio societatis, affectio familiaris ed accomandante occulto*, in *Riv. not.*, 1996, II, 1246 s.). Tuttavia il sistema delineato dal legislatore potrebbe portare all'assimilazione della responsabilità dell'accomandante ingerito col socio unico di società di capitali che non goda della limitazione, tenuto conto che la responsabilità non è istituzionale né tipologica ma una conseguenza di una violazione (diversamente era orientata la giurisprudenza prima della riforma Cass. 6 giugno 2000 n. 7554, in *Fall.*, 2001, p. 555; Cass. 28 aprile 2004 n. 8093, in *Fall.*, 2005, 905; e la dottrina prevalente: R. VIGO, *Il fallimento delle società*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Trattato diretto da G. RAGUSA MAGGIORE – C. COSTA, Torino, 1997, 760). Sul tema si veda G. PLASMATI, *Il divieto di ingerenza negli affari sociali ex art. 2320 c.c. e il fallimento del socio accomandante alla luce della legge di riforma fallimentare*, in *Contr. imp.*, 2007, 855.

si amplia la regola dell'estensione⁶⁷², e quello delle altre società di capitali dove viene invece esclusa. Una conferma è rinvenibile anche nei commi 4 e 5 del nuovo art. 147, l. fall., che prevedono le fattispecie di fallimento in estensione del socio occulto, scoperto dopo la dichiarazione di fallimento della società, e il fallimento in estensione della società occulta insolvente⁶⁷³, ove emerga in un secondo momento il carattere societario dell'impresa individualmente originariamente dichiarata insolvente.

4.8. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

In conclusione, ed in estrema sintesi, l'analisi, seppur sommaria, sopra svolta, mostra come, a fianco del rafforzamento del principio di responsabilità limitata nel contesto delle società di capitali, il legislatore si è anche preoccupato, in varie circostanze, di dare rilevanza all'ingerenza concreta dei vari soggetti nella gestione della società.

⁶⁷² Si veda Tribunale di Genova, 26 settembre 2005, in *Le Società*, 2006, p. 320 con nota di RONCO, "Non è sufficiente, perché possa essere assoggettata a fallimento, che la persona fisica esorbi dai limiti imposti dalla partecipazione azionaria e eserciti il controllo e la gestione delle società di cui detiene le quote, ponendo in essere così la figura della c.d. "holding pura", bensì occorre un qualche cosa in più e, precisamente, che detta persona possa essere inquadrata nella categoria degli imprenditori commerciali, unici soggetti sottoponibili a procedure concorsuali secondo la vigente legge fallimentare."

⁶⁷³ Il nuovo comma 5 dell'art. 147, l. fall., sulla medesima linea dell'art. 24 del d. lgs. n. 270 del 1999, sancisce che se dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile a una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile il tribunale su istanza del curatore, di un creditore, di un socio fallito, dichiara il fallimento degli altri soci illimitatamente responsabili. Evidentemente il tribunale oltre che accertare il carattere societario dell'impresa dovrà accertarne anche l'insolvenza, non essendo sufficiente l'accertamento già compiuto nei confronti dell'imprenditore-socio, dichiarato fallito, la cui insolvenza potrebbe ricollegarsi ad obbligazioni personali) e dei soci illimitatamente responsabili (E' inevitabile in tal caso la dichiarazione di fallimento anche della società, pure se il combinato disposto dei commi 4 e 5, dell'art. 147, l. fall., fa riferimento letterale ai soli soci illimitatamente responsabili. Né è condivisibile ragionare in termini di dichiarazione implicita di fallimento della società (Cass. 6 dicembre 1996 n. 10889, in *Fall.*, 1997, 715). Si è giustamente affermato che l'utilizzazione del meccanismo processuale dell'art. 147, comma 4, l. fall., anche nel caso di società successivamente scoperta deve essere vista solo come semplificazione del procedimento, evitando che si debba procedere a revocare il fallimento dell'apparente imprenditore individuale ed a dichiarare contestualmente il fallimento della società e quindi di nuovo del suddetto imprenditore, questa volta in qualità di socio (A. NIGRO, *Art. 147 cit.*, p. 2182).

All'esito della riforma si possono individuare almeno quattro diverse ipotesi di responsabilità da eterogestione o da abuso della personalità giuridica: a) la responsabilità da esercizio scorretto dell'attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c.; b) la responsabilità solidale di chi, pur non esercitando direttamente l'attività di direzione e controllo, abbia preso parte o tratto vantaggio dal fatto lesivo, ex art. 2497, comma 2, c.c.; c) la responsabilità del socio che abbia deciso o autorizzato un atto gestorio dannoso ex art. 2476, comma 7, c.c.; d) le "vecchie" figure dell'amministrazione di fatto, della società fiancheggiatrice o del socio tiranno. A tali ipotesi di responsabilità si affiancano poi le tradizionali forme di responsabilità di amministratori e sindaci proprie di ogni società, e le ipotesi generali di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale previste dal codice civile.

Ma tale disciplina, che da un lato ha il pregio di dare concreta rilevanza al dato fattuale dell'ingerenza nella gestione, mantiene delle forti linee d'ombra e certamente manca di coerenza sistematica.

Le fattispecie di "eterogestione", che possono portare alla responsabilità dei soci in deroga al principio di responsabilità limitata, sono, a volte inspiegabilmente, diverse tra loro, quanto ai presupposti ed alle conseguenze. Si pensi ad esempio alle differenze segnalate tra l'art. 2497, comma 2 c.c. e l'art. 2476, comma 7, c.c.: laddove il primo articolo collega la corresponsabilità di chi abbia preso parte al fatto lesivo a qualunque tipo di ingerenza e a qualunque titolo essa avvenga, il secondo articolo richiede espressamente l'intenzionalità dell'agire o addirittura del danno.

Inoltre tali diverse fattispecie sono poste come regole specifiche, sembrerebbe prive di capacità estensiva attraverso l'emersione di principi generali, o almeno così le ha interpretate la prevalente giurisprudenza di merito successiva alla riforma, che quindi non pare aver accolto l'idea dottrinarica di una nuova figura generale di eterogestione. Il problema, quanto alla disciplina che qui interessa, è che nella pratica dei gruppi, spesso e volentieri, tali diverse fattispecie verranno a coesistere, creando disparità di trattamento non sempre giustificabili e incongruenze sistematiche.

A ciò si aggiunga che i diversi ambiti del diritto sembrano vivere su mondi paralleli, forieri di indicazioni confuse e contraddittorie per l'interprete e per l'operatore. Si pensi ad esempio alla diversa interpretazione e valenza attribuita ai c.d. vantaggi compensativi negli artt. 2497 c.c. e 2364 c.c..

A tali pecche di sistema vanno ad aggiungersi difetti e vizi propri della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, ampiamente esposti nei paragrafi che precedono. Basti in proposito pensare agli infiniti problemi interpretativi creati dall'art. 2497, comma 3, c.c.

Di fronte alla mancanza di criteri chiari e definiti e di una fattispecie generale e omnicomprensiva di responsabilità da eterogestione, restano invece sempre, operanti, le vecchie figure del socio tiranno, dell'impresa fiancheggiatrice, dell'amministratore di fatto, basate su principi di carattere generale e sull'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale.

CONCLUSIONI

Secondo le circostanze e le valutazioni sopra esposte ed elaborate, il fenomeno dei gruppi societari è un'evoluzione economica seguita all'adozione del principio di responsabilità limitata quale dogma connaturato al concetto di persona giuridica. E su tali basi i gruppi si sono sviluppati ed hanno prosperato tanto da giungere a dominare l'economia globale⁶⁷⁴. Ma, nel contesto dei gruppi, il binomio personalità giuridica e responsabilità limitata è divenuto qualcosa di pericoloso, ha dato luogo a facili abusi ed ha provocato ingenti danni, spesso rimasti privi di ristoro alcuno, facendo sorgere il dubbio che forse è giunta l'ora di "ripensare al sistema" e di scindere nuovamente i due concetti.

Del resto, il legame tra persona giuridica e responsabilità limitata, che oggi pare tanto imprescindibile, è invece un fatto relativamente recente, che risale alla rivoluzione industriale e all'epoca delle codificazioni. Per lunghi secoli i due concetti sono rimasti sostanzialmente indipendenti, evolvendosi e mutando in modo autonomo. Anche nel tardo medioevo, caratterizzato da una fase di grande espansione ed importanza dei commerci, allorquando in materia si sviluppava addirittura una legge "universale" dei commerci (la *lex mercatoria*), i soci c.d. gestori non beneficiavano del "privilegio" della responsabilità limitata, concesso solo a tutela dei beni destinati alla *mercatura*.

Ma è certo innegabile che la coesione dei due principi - o meglio delle due idee, perché di idee si tratta⁶⁷⁵ - nella società di capitali, dotata di autonoma soggettività giuridica e protetta dal principio della responsabilità patrimoniale dei suoi

⁶⁷⁴ P. BLUMBERG, nell'introduzione della sua enciclopedica opera sui gruppi di società, iniziava il discorso con queste parole "*multinational corporations of enormous size dominate the world's economy*", *The Law of Corporate Groups*, op. cit., p. 1.

⁶⁷⁵ JHON M. KEYNES dichiarava infatti, a conclusione del manuale *General Theory of Employment, Interest and Money*, London, 1936 "*but soon or late, it's always ideas, not vested interests, which dangerous for good or evil*".

membri, è stata una delle più grandi invenzioni dei nostri tempi⁶⁷⁶. La nuova forma giuridica del commercio, nata dalla spinta di impellenti esigenze economiche e sorretta dalla speranza di consentire una crescita democratica⁶⁷⁷, favorendo la libertà degli individui a fronte dell'arretramento del potere sovrano, ha avuto un'incredibile fortuna, è divenuta elemento essenziale delle moderne economie, ed è in sostanza entrata nella realtà del mondo modificandolo.

Tuttavia, quando tale forma giuridica, superando le ragioni della sua creazione, è giunta sino ad estendere il velo protettivo della responsabilità limitata anche ai c.d. *corporate shareholders*, con la comparsa dei gruppi societari, l'idea "perfetta" della persona giuridica autonoma è entrata in crisi. L'organizzazione dell'impresa nella forma del gruppo di società ha infatti consentito di fruire più intensamente, forse troppo intensamente, del beneficio della responsabilità limitata.

Il beneficio della responsabilità limitata, così "abusato" tramite le scatole cinesi dei gruppi societari, ha portato ad ulteriori gradi di separazione tra l'esercizio dell'impresa e il rischio derivante da tale attività (c.d. effetto telescopio). Tuttavia la riduzione del rischio per chi esercita l'attività d'impresa è andata a danno e detrimento dei terzi, creditori, *outside stakeholders*, e collettività nel suo complesso.

Nel linguaggio degli economisti la separazione tra proprietà e controllo, tra rischio dell'impresa e proprietà del capitale di rischio, ha creato esternalità negative. Gli studiosi di *law & economics*, esaminati costi e benefici del principio di responsabilità limitata, hanno proposto soluzioni alternative, quali la responsabilità pro-rata, nel tentativo di tutelare i soggetti più deboli, ed in particolare i creditori involontari, dai rischi di facili abusi che la struttura dei gruppi societari consente a beneficio di chi controlla e dirige l'impresa. Ma, come visto, le soluzioni proposte non sembrano migliori del male che tentano di curare.

⁶⁷⁶ Così diceva il presidente della Columbia University, NICHOLAS MURRAY BUTLER già all'inizio del secolo

⁶⁷⁷ "*The passage of general in corporation laws for business corporation was the economic aspect of the political and social forces that democratized the United States*" così dichiarava, non molti anni or sono, R. E.SAVOY, in *The origins of the American business corporations*, 1982

Anche i giuristi, posti di fronte alle serie e gravi evenienze create dai gruppi societari, le cui potenzialità di danno sulla collettività, considerate anche le dimensioni e la diffusione ormai globale dei gruppi multinazionali, appaiono pericolosamente ampie, hanno cercato varie soluzioni. Molti hanno messo in dubbio la permanente valenza del paradigma dell'autonomia patrimoniale delle persone giuridiche e della responsabilità limitata dei soci, considerata in tale contesto come un *historical accident*⁶⁷⁸. Ma se è vero che i due concetti, di persona giuridica e di responsabilità limitata, sono nati e si sono sviluppati in modo autonomo, oggi, nelle società di capitali, sono così fortemente interconnessi che ci si chiede se sia mai possibile una violazione del principio di responsabilità senza che ciò implichi lo svuotamento del concetto di persona giuridica⁶⁷⁹.

Ad oggi non è ancora ben chiara la posizione assunta dai vari legislatori di fronte al prepotente irrompere dei gruppi nella realtà economica, con soluzioni che oscillano tra il riconoscimento e la legittimazione di una tale struttura e di un tale fenomeno (indubbiamente ormai innegabile e certamente sotto molteplici aspetti positivo) e la sua repressione o meglio la sua non piena accettazione, preoccupati e spaventati da quelle che possono essere le conseguenze.

Nessuno degli ordinamenti esaminati in questo studio ha mostrato di avere una soluzione giuridica strutturale e soddisfacente. Nessuno è giunto sino a riconoscere il gruppo come un unico ed autonomo soggetto di diritto. Nessuno, neppure la Germania che da molti anni vanta una disciplina normativa specifica in materia, ha in realtà creato una struttura di norme e di regole adeguate a contenere il fenomeno dei gruppi entro i parametri della certezza del diritto. Le soluzioni sono, al contrario, spesso inficcate dal momento patologico in cui i problemi vengono di volta in volta affrontati, facendo spesso largo ricorso a concetti generali e di portata extragiuridica, quali l'abuso del diritto.

⁶⁷⁸ Così P. BLUMBERG, *The Law of Corporate Groups*, op. cit., p. 56 e ss.

⁶⁷⁹ La frase è di R. SERICK, *Forma e realtà della persona giuridica*, Milano 1966

Anche in Italia, l'ormai non più recente riforma delle società di capitali, che ha introdotto la disciplina dei gruppi, lo ha fatto prendendo principalmente in considerazione il momento patologico della responsabilità della società capogruppo per le ipotesi di esercizio scorretto dell'attività di direzione e coordinamento, ed insieme a questa responsabilità quella di chi ha partecipato al fatto lesivo o di chi ne abbia tratto consapevolmente beneficio. Ma la legge, che ha contestualmente rafforzato il principio di responsabilità limitata, scollegandolo dalla struttura corporativa e dal momento deliberativo, è intervenuta in maniera embrionale ed incompleta, creando interferenze e ingiustificate disparità di trattamento, oltre che infiniti problemi interpretativi. A fianco della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, che appare rivolta ai gruppi "effettivi", persistono le antiche figure *dell'amministratore di fatto*, dell'impresa *fiancheggiatrice* e del socio tiranno, per colpire le ipotesi più gravi, in cui il gruppo sia solo fittizio.

La responsabilità tende sempre più ad essere collegata all'esercizio effettivo della gestione dell'impresa. Le ipotesi di abuso della personalità giuridica appaiono così per lo più risolte, nel diritto italiano, non attraverso il meccanismo del *piercing the corporate veil*, ma ricollegando le responsabilità al concreto esercizio e coinvolgimento nella gestione dell'impresa, e ciò sia nelle società individuali sia nei gruppi (come già avveniva all'epoca della *lex mercatoria*). Ci sono tuttavia alcune fattispecie apparentemente dissonanti, quali la previsione della responsabilità concorrente del socio (non tiranno), che abbia comunque partecipato al fatto lesivo, e quindi eventualmente anche per il tramite di un voto colpevolmente espresso in assemblea, a discapito dell'antico dogma dell'insindacabilità del voto.

Inoltre la legge, pur avendo mantenuto fermo il principio della distinta soggettività e della formale indipendenza giuridica delle società del gruppo, ha comunque, seppur implicitamente, designato un'area di legittimità dell'attività di direzione e coordinamento e dell'ingerenza nella gestione delle società etero-dirette, che vedono di conseguenza il loro potere di autonomia gestionale quantomeno compresso.

Una porta si è aperta sul velo chiuso dell'alterità ed autonomia soggettiva delle società che compongono il gruppo. Ciò non significa tuttavia, a parere di chi scrive, che la nuova disciplinata abbia segnato il sorgere del gruppo come nuova figura giuridica autonoma e la fine dell'alterità soggettiva delle società facenti parte del gruppo. Il velo è stato ritratto ma non alzato definitivamente. L'autonomia gestionale delle società del gruppo è stata indebolita, la struttura perfetta della persona giuridica, dotata di autonoma soggettività è stata incrinata, ma resta pur sempre lo schermo dell'autonomia patrimoniale.

In sostanza, anche il diritto italiano, incapace di risolvere il naturale empirismo del fenomeno dei gruppi, con la loro realtà economica al tempo stesso variegata ed unitaria, ha adottato soluzioni prudenti e di compromesso, concentrandosi a risolvere i casi patologici.

Alle difficoltà accennate si aggiunge poi che spesso i gruppi multinazionali si pongono al di sopra delle leggi nazionali, aventi limitata efficacia territoriale. Come ha osservato GUIDO ROSSI, *“le corporations possono promuovere il progresso, la pace e il benessere; ma possono anche diventare i nuovi cavalieri dell'apocalisse, ed essere corresponsabili di guerre, carestie, pestilenze”*⁶⁸⁰. La soluzione quindi, come ha di recente suggerito lo stesso Autore, non è forse a livello nazionale. Di fronte alla globalizzazione dell'economia bisognerebbe quindi rispondere con una globalizzazione del diritto, attraverso la ricerca di *standards* legali globali, basati su valori etici, il cui *enforcement*, propone l'Autore, potrebbe essere attribuito alle Nazioni Unite⁶⁸¹.

⁶⁸⁰ G. ROSSI, *Dalla Compagnia delle Indie al Sarbanes-Oxley Act*, in *Riv. Soc.*, 2006, p. 890 e s..

⁶⁸¹ Ma, come osservava pochi anni fa THOMAS NAGEL, a conclusione di un saggio dal titolo, *The Problem of Global Justice* (in *Philosophy and Public Affairs*, 33, 2, 2005, pp. 113-47, Oxford, e tradotto in Italia da G. Pellerino, *E' possibile la giustizia globale?*, Roma-Bari, 2009) *“E' improbabile che assisteremo alla diffusione di una giustizia globale nel lungo periodo, a meno di non creare prima istituzioni sovranazionali forti che non mirano alla giustizia, ma perseguono piuttosto interessi comuni e riflettano le disuguaglianze del potere fra gli Stati ora esistenti [...] il percorso dall'anarchia alla giustizia deve passare dall'ingiustizia. Spesso non è chiaro se, per un dato problema, a livello internazionale l'anarchia sia preferibile all'ingiustizia. Ma, se accettiamo la concezione politica della giustizia, la giustizia acquisterà una portata globale sol tramite sviluppi che dapprima accresceranno l'ingiustizia del mondo introducendo istituzioni efficaci ma illegittime cui si applicheranno i principi di*

E non solo, al problema della responsabilità limitata nei gruppi di società, problema che ad oggi non è ancora risolto, pare aggiungersi di recente, il fenomeno ancor più sfuggente dei *networks*, delle *joint ventures*, dell'*uncorporation* (ovvero l'emergenza nei mercati finanziari di strutture corporative organizzate non nella forma della società per azioni, quali i fondi *private equity* e gli *hedge funds*).

Sembrerebbe, di fronte a tante e tali sfide, rimaste prive di una risposta giuridica certa e determinata, che il diritto sia impotente davanti all'evolversi dei mercati globali. Sempre che invece non si ritenga, come chi scrive, che il vecchio binomio responsabilità limitata-persona giuridica sia ancora, nonostante il passare del tempo, una grande invenzione, meritevole di protezione. In tal caso migliore rimedio sarebbe quello di colpire soltanto i tentativi di distorcere quell'idea.

Anche aderendo a tale impostazione, è necessario e auspicabile che le fattispecie patologiche vengano individuate con chiara evidenza, delineandone con precisione e certezza i confini, e senza lasciare la materia completamente in balia di principi generali e valutazioni extragiuridiche. Preferibile sarebbe quindi proseguire per il percorso che il legislatore italiano ha iniziato: collegare la responsabilità all'effettivo esercizio della gestione dell'impresa, e ciò anche in deroga al principio di responsabilità limitata. Ma occorrerà tracciare con precisione e chiarezza le condotte rilevanti, che abbiano portata generale, e si inseriscano con coerenza nel sistema.

giustizia, principi che possiamo sperare alla fin fine trasformeranno tali istituzioni. Forse questo è un esempio dell'astuzia della storia"

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV. *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, Torino, 2006.
- AA. VV. *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano 1994, p. 1233.
- AA. VV., *Forum Europearum Corporate Group Law in Europe*, in European Business Organization, Law Review, 2000, vol. 1.
- AA. VV., *I gruppi di società, Atti del Convegno internazionale di studi*, Venezia 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1996.
- AA. VV., *Il nuovo diritto delle società*, Commentario diretto da A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005.
- AA. VV., *La riforma del diritto societario, lavori preparatori, testi e materiali*, Milano, 2006.
- AA. VV., *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, a cura di A. NIGRO, Milano, 2006.
- AA. VV., *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, p. 613 e ss.
- AA.VV. *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di A. GIARDA – E.M. MANCUSO - G. SPANGHER – G. VARRASO, Milano, 2007.
- AA.VV., *Codice Civile commentato*, libro V, a cura di G. ALPA e V. MARICONDA, sub 2497 ss., Milano, 2005.
- AA.VV., *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, Milano, 2008.
- AA.VV., *Diritto delle società, Manuale breve*, a cura di B. LIBONATI, Milano, 2004.
- AA.VV., *Il gruppo di imprese nella realtà giuridica italiana*, Padova, 1990.
- AA.VV., *Il gruppo di società e il bilancio consolidato di gruppo*, Milano, 1981.
- AA.VV., *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P. BENAZZO S. PATRIARCA, Milano, 2003, pp. 237 e ss.
- AA.VV., *La disciplina dei gruppi di società nella "novella" del 1974*, Milano, 1978.
- AA.VV., *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di V. SANTORO, Milano, 2003.
- AA.VV., *La responsabilità dell'impresa convegno per i trent'anni di giurisprudenza commerciale, Bologna 8-9 ottobre 2004*, Milano 2006 p.70 e ss.
- AA.VV., *La responsabilità dell'impresa*, Milano 2006 p.70 e ss.

AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003.

AA.VV., *La riforma delle società di capitali, Collana diritto delle società e dei mercati finanziari*, Milano, 2003.

AA.VV., *Responsabilità degli enti*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, vol. III, Milano, 2007.

AA.VV., *Responsabilità limitata e gruppi di società* Milano, 1987.

ABATE F., DIMUNDO A., LAMBERTINI L., PANZANI L., PATTI A., *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, art. 2484 – 2510 c.c., Milano, 2003.

ABBADESSA P., *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società*, a cura di A. PAVONE LA ROSA, Bologna 1982.

ABBADESSA P., *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, n. 3, p. 279 e ss.

ABBADESSA P., *Rapporto di dominio e autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1999, I, p. 561.

ABETE L., *La responsabilità degli organi di gestione, liquidazione e controllo nella riforma della legge fallimentare*, in *Il Fall.* 2006, I, p. 5 e ss.

ABRIANI N., ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998.

ABRIANI N., *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*, in *Giur. Comm.*, 2000, III, p. 167 e ss.

ABRIANI N., *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in AA. VV., *Una tavola rotonda su vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, p. 613 e ss.

ABRIANI N., *Gruppi di società, Commentario delle società di capitali*, a cura di G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, vol. V. Napoli, 2004. sub art. 2497 ss., pp. 1853 e ss.;

ADAMS M., *Ownership, Control and Limited Liability*, in www.ssrn.com (undated).

ALCHIAN A. e DEMETS H., *Production, Informational Costs, and Economic Organization*, 62 *Am. Econ. Rev.* 777 (1972).

ALESSANDRI A., *False comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 176 ss..

ALESSI R., *La disciplina dei gruppi multinazionali nel sistema societario italiano*, Milano, 1998.

- ALEXANDER J.C., *Unlimited shareholder liability through a procedural lens*, in 106 *Harv. L. Rev.* 387, 1992.
- ALLEGRI V., *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano 1979.
- ALPA G., *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società: note esegetiche sull'articolo 2497 c.c.*, in *La Nuova Giur. Civ. comm.*, 2004, p. 659.
- ALPA G., *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società, note esegetiche sull'art. 2497*, in *Vita Not.* 2005, p. 1 e ss.
- AMATORI F., *La grande impresa moderna: una lettura tradizionale e i suoi critici*, in *Annali di Storia di Impresa*, n. 14/2003, p. 177.
- AMATUCCI C., *Fatto illecito della società e responsabilità "proporzionata" dei soci*, Milano, 2002.
- AMBROSINI S., *La responsabilità degli amministratori e dei soci "cogestori"*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Il nuovo diritto societario. Profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, I, Torino, 2005.
- AMMENDOLA M., *Unitarietà direzionale e organizzazione del rapporto di gruppo*, in *Riv. Soc.*, 1986, pp. 1262 e ss.,
- ANABTAWI I. & STOUT L. A., *Fiduciary duties for activist shareholders*, UCLA School of Law & Economics Research Paper Series Research Paper No. 08-02, in www.ssrn.com.
- ANGELICI C., *La partecipazione azionaria della società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, vol. XVI, t. 2, Torino, 1985, pp.330 e ss.
- ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali*, Milano, 2006.p.24 e ss.
- ANGELILLIS A., sub art. 2476, in L.A. BIANCHI (a cura di), *Società a responsabilità limitata. Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, Milano, 2008, pp. 799 e ss.
- ANTUNES J.E., *Liability of Corporate Groups. Autonomy and Control in Parent-subsidiary Relationship in US, German and EU law. An International and Comparative Perspective*, Boston, MA Kluwer, 1994, p. 130 e ss.
- ARANGIO-RUIZ G. jr., *Gli enti soggetto nell'ordinamento internazionale*, I, Milano, 1951, p. 91.
- ARANGIO-RUIZ G. jr., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1977, p. 180 e ss.
- ARDI M. e D'ARIES C., *La public governance nei servizi pubblici locali - La gestione e il controllo delle partecipate*, Milano, 2006.
- ARENA M., CASSANO G., *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2007.
- ARMOUR J. & CUMMING D., *The legal road to replicating Silicon Valley*, 2003, in www.ssrn.com.

ASCARELLI T., *Ancora sul socio sovrano e sulla partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, *Foro it.*, 1957, I, 1443.

ASCARELLI T., *In tema di vendita di azioni, responsabilità degli amministratori. Amministratore indiretto*, in *Foro It.*, 1953, I, p. 1630 ss.

ASCARELLI T., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955.

ASCARELLI T., *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956, I, pp. 405

ASCARELLI T., *Studi in tema di società*, Milano 1952.

ASTONE F., *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999;

AUDINO A., *Sub Art. 2361 c.c.*, in *Il Nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, I, Padova, 2005, 411 s.

AUTUORI L., *Art. 2361 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle Società per azioni*, diretto da P.G. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, a cura di M. Notari, Milano, 2008, 739.

BACCETTI N. *Creditori extracontrattuali, patrimoni destinati, e gruppi di società*, Milano, 2009.

BADIAN E., *Publicans and Sinners, Private Enterprise in the Service of the Roman Empire*, Cornell, 1983.

BADINI CONFALONIERI A. e VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, III, Bologna, 2004, 2150.

BAIN J.S., *Industrial Organization*, Wiley and Sons, New York, 1959.

BAINBRIDGE S. & BRATTON W. W. JR., *The "Nexus of Contracts" Corporation: A Critical Appraisal*, in www.ssrn.com.

BAINBRIDGE S. M., *Abolishing veil piercing*, *Harvard Law School*, August 2, 2000, in www.ssrn.com.

BAINBRIDGE S. M., *Corporation law and economics*, 419-29, 2002, in www.ssrn.com.

BAINBRIDGE S. M., *Director Primacy: The means and ends of corporate governance*, 97 *Nw. U. L. Rev.* 547, 574-92, 2003.

BAINBRIDGE S. M., *In defense of the shareholder wealth maximization norm: a reply to Professor Green*, 50 *Wash. & Lee L. Rev.* 1423, 1993.

BAINBRIDGE S. M., *Symposium: unincorporation: a new age? Abolishing LLLC veil piercing*, *UCLA. L. Rev.* 77, 2005.

BAKER D.S. & KILLINGSWORTH V.S., *An American view through the corporate veil*, 6 *Int. Bus. Law*, 267, 1978.

- BAMBERG G. & SPREEMAN K., *Agency theory, information and incentives*, eds. 1987.
- BARBER D.H., *Piercing the corporate veil*, 17 *Willamette L. Rev.* 371, 1981.
- BARCA F., Il gruppo nei modelli di proprietà delle imprese: profili teorici, verifiche empiriche e spunti per una riforma, in P. BALZARINI, G. CARCANO, G. MUCCIARELLI (a cura di), *I gruppi di società*, Milano, 1996.
- BARNEY J.B., EDWARDS F. L. & REINGLEB AL H., *Organizational responses to legal liability: employee exposure to hazardous materials, vertical integration, and small firm precaution*, *The Academy of Management Journal*, Vol. 35. No. 2, June 1992, pp. 328-349.
- BARTELENA A., *I patrimoni destinati: due posizioni a confronto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, p. 83.
- BARTELENA A., *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum di G. F. Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA, G.B. PORTALE, I, Torino, 2007, p. 99;.
- BASILE M., FALZEA A., *Persona giuridica (dir. Priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 234.
- BASSI A, BUONOCORE, V. PESCATORE S., a cura di V. BUONOCORE - *La Riforma del diritto societario*, Torino, 2003.
- BASSI A, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Milano, 2004.
- BAUMAN J. D., *Corporations: "Although directors owe fiduciary duties, shareholders generally do not."*, *Law and Policy*, 36, 6th ed. 2007.
- BAUMAN Z., *Dentro la globalizzazione: le conseguenze sulle persone*, Roma 2001.
- BAYSINGER B.D. e BUTLER H.N., *Antitakeover Amendments, Managerial Enrichment, and the Contractual Theory of the Corporation*, 71 *Va. L. Rev.*, 1257 .1985.
- BEAN G., *Fiduciary Obligations and Joint Ventures: the Collaborative Fiduciary Relationship*, 1995.
- BEBCHUCK L. A., *The Case for Increasing Shareholder Power*, 118 *Harv. L. Rev.* 833, 2005.
- BEBCHUCK L. A., *The Myth of the Shareholder Franchise*, 93 *Va. L. Rev.* 675, 2007.
- BEBCHUCK L., *Property Rights and Liability Rules: the ex ante View of the Cathedral*, in *Michigan Law Rev.*, 2001, vol. 100, p. 601 ss.
- BEHRENS P., *Der Durchgriff über die Grenze*, Rablsz, 1982, 46, p. 332.
- BENAZZO P., *Competenze di soci e amministratori nelle S.r.l.: dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, in *Le Società*, 2004, 7, p. 808.

- BENAZZO P., *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Le Società*, 2003, pp. 1062 ss.
- BENAZZO P., PATRIARCA S: e. PRESTI G., *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, alle pp. 181 ss.
- BENEDETTELLI M. V., *Il mercato comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano*, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 701 e ss.
- BENEDETTELLI M.V., *Diritto di stabilimento comunitario e riforma del diritto societario italiano. Relazione svolta alla tavola rotonda del diritto comunitario, riforma del diritto societario italiano tra mercato delle regole statali e principi comunitari*, Genova, 12 aprile 2002, in *Dir. Com. Int.*, 2003, 95.
- BENUSSI C., *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009.
- BENUSSI C., *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o "esegetico"*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI e C.E. PALIERO, III, Milano, 2006.
- BERLE A.A., *The Theory of Enterprise Entity*, 47 Colum. L. Rev., 1947, 343.
- BEVILACQUA F.C., *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, in AA.VV., *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica di impresa e punibilità degli enti*, a cura di C. MONESI, Milano, 2005, p. 139.
- BIANCHI G., *Amministrazione e controllo delle nuove società di capitali*, Milano 2006.
- BIANCHI G., *Gli amministratori di società di capitali*, Padova, 2006.
- BIANCHI L.A., *Informazione societaria e bilancio consolidato di gruppo*, Milano, 1990.
- BIGAVI W., *La sentenza c.d. di estensione del fallimento alla società occulta*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 448;
- BIGIAVI W., *"Imprese di finanziamento" come surrogati del socio tiranno-imprenditore occulto*, *Giur. It.*, 1967, IV, 49
- BIGIAVI W., *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962.
- BIGIAVI W., *Fallimento di soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, in *Giur. It.*, 1954, I, 2, c. 691.
- BIGIAVI W., *L'imprenditore occulto nelle società di capitali e il suo fallimento "in estensione"*, *Giur. it.*, 1959, I, 2, p. 149;
- BIGIAVI W., *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954;
- BIGIAVI W., *Responsabilità illimitata del socio tiranno*, in *Foro It.*, 1960, I, c, 1180.
- BIGIAVI W., *Società controllata e società adoperata "come cosa propria"*, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 623.

- BIGNAMI M., *Direzione e coordinamento di società: alla ricerca di una definizione*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2005, pag. 458.
- BIN M., *Gruppi di società e di diritto commerciale*, in *Contratto e Impresa*, 1990, p. 507 e ss.
- BIN M., *Il conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Contratto e Impresa*, 1193, p. 8; 79 e ss.
- BINDING K., *Die Normen und ihre Ubertretung, I*, Leipzig, 1916, p. 468.
- BIROCCHI I., *Persona giuridica nel diritto medioevale e moderno*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., vol. XIII, Torino, 1995, p. 407.
- BISSARA P., *L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions*, *Rev. Soc.*, 1990, 553.
- BLACK B., *Legal and Institutional Preconditions for Strong Securities Markets*, 48 *UCLA L. Rev.*, 2001, 781, 812-813.
- BLACK B., *Shareholder passivity reexamined*, 89 *Mich. L. Rev.*, 1990, 520, 522.
- BLACKSTONE W., *Commentaries*, 470 (1st ed. 1765), 2 S. Kyd, Corporations 106 et s., 1793.
- BLAIR M.M. e STOUT L.A., *Trust, Trust-Worthiness, and the Behavioral Foundations of Corporate Law*, 149 *U. Pa. L. Rev.*, 2001.
- BLOCK D. J., *The business judgment rule*, 5-7, 1993.
- BLUMBERG P. I., *Limited liability and corporate groups*, 11 *J. Corp. L.* 573, 588, 1986.
- BLUMBERG P. I., *The corporate entity in an era of multinational corporations*, 15, *Del. J. Corp. L.* 283, 1990.
- BLUMBERG P., I. STRASSER K. A., GEORGAKOPOULOS N. L. & GOUVIN E. J., *Blumberg on Corporate Groups*, Phillip, Aspen Publisher, 2009, voll. 5.
- BLUMBERG P., *The Law of Corporate Groups: Substantive law* 681-92, 1987.
- BLUMBERG. P. *The Multinational Challenge to Corporation Law: The Search for a New Corporate Personality*, New York-Oxford, 1993, p. 4.
- BONELLI F. *Gli amministratori di società per azioni*, Milano 1985.
- BONELLI F., *Gli amministratori delle s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004.
- BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, in *Il nuovo diritto societario, profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, Vol I., a cura di S. AMBROSINI, Torino, Milano 2007.
- BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle Società per Azioni*, diretto da G. E. COLOMBO e G.B. PORTALE, IV, Torino, 1999, p. 409 e ss.

- BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004.
- BONFANTE G., *Sub art. 2545 septies*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO E P. MONTALENTI*, vol. III, Bologna, 2004, p. 2634 ss.
- BONFATTI S., *La responsabilità civile della banca locale nell'erogazione del credito alle imprese di rete*, in *Relazione al convegno su Crisi e concorsualità nei distretti industriali e nelle reti d'impresa*, Trento, 5-6 dicembre 2003.
- BORGIOLI A., *Direzione unitaria e responsabilità nell'amministrazione straordinaria*, in *Riv. Soc.*, 1982, p. 13 e ss.
- BORZAGA A. e A. FICI (a cura di), *La riforma delle società cooperative. Vincoli e opportunità nel nuovo diritto societario*, Trento (Edizioni 31), 2004
- BOSTICCO P., *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, Milano, 2009.
- BOSTICCO P., *Questioni controverse in tema di responsabilità per la gestione societaria nelle S.r.l.: legittimazione all'azione, prescrizione e contenuto del giudizio risarcitorio, nota a Trib. Napoli, 10 gennaio 2007 e 24 gennaio 2007*, in *Il Fall.*, 2007, 8, 957.
- BOYD C. L. HOFFMAN D.A., *A closer look at veil piercing in federal district courts*, in www.ssrn.com.
- BOYD Ch. L. e HOFFMAN D.H., *Disputing Limited Liability*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 104, 2009.
- BRECCIA U., *Abuso del diritto, Diritto Privato*, III, Padova, 1998.
- BRIOLINI F., *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 768 ss.
- BROZZETTI A., *Commento agli artt. 60-61*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di BELLI, CONTENUTO, PATRONI GRIFFI, PORZIO, SANTORO, Bologna, 2003.
- BRUDNEY V., *Contract and fiduciary duty in Corporate Law*, 38 *B.C. L. Rev.* 595, 599 n. 12, 1977.
- BRUN B., *La prise en compte toujours accrue des groupes de société en droit de la concurrence*, in *Rev. Sociétés*, n. 6, 2006.
- BRUNETTI A., *Trattato delle società*, Milano, 1948, I, p. 195.
- BRYER R.A., *The Mercantile Laws Commission of 1854 and The Political Economy of Limited Liability*, 50 *Econ History Rev.* 37, 1997.
- BUCKLAND W. W., *A text book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 1921.
- BUCKLANDND W. W., Mc NAIR, *Roman Law & Common Law, A comparison in Outline*, II ed., (a cura di LAWSON), Cambridge, 1952.

- BUKLEY F. H., *When the medium is the message: Corporate Buybacks as Signals*, 65, *Ind. L.J.* 493, 520 n. 91, 1990.
- BUONOCORE V., *Azionista unico, "sovrano", "tiranno": functi sunt numere suo?*, Commento alla sentenza Cass. Civ. sez I, 12 novembre 2008, n. 27013, in *Giur. Comm.* 2009, II, p. 301.
- BUONOCORE V., *La società cooperativa riformata: i profili della mutualità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 507 ss.
- BUONOCORE V., *Premessa*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003.
- BUONOCORE V., *Problemi di diritto commerciale europeo*, in *Giur. Comm.* 2008, 1, p. 3.
- BUONOCORE V., *Impresa, società per azioni e mercato: contiguità fra economia e diritto e analisi economica del diritto*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002.
- BURTON S. J. & ANDERSEN E., *Contractual good faith: formation, performance, breach, enforcement*, 1995.
- BUSSOLETTI M. (a cura di), *La nuova disciplina dei bilanci*, Torino, 1993.
- BUTTARO L., *La responsabilità degli amministratori della capogruppo*, Atti del Convegno di Studi di Venezia, 1995, Milano 1996 I, 739 ss.
- CAGNASSO O., *La responsabilità degli amministratori di S.r.l.*, in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori*, a cura di S. AMBROSINI, Milano, 2007.
- CAGNASSO O., *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. COTTINO S. BONFANTE, v. 1, Padova, 2007.
- CAGNASSO O., sub art. 2476, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, II, Bologna, 2004.
- CAINELLI G. e IACOBUCCI D., *I gruppi di impresa e le nuove forme organizzative del capitalismo locale italiano, l'analisi economica*, Bologna, 2005.
- CALABRESI G., *An Exchange about Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin*, in 8 *Hofstra L. Rev.*, 1980, p. 553.
- CALABRESI G., *Il dono dello spirito maligno*, Milano, 1996.
- CALABRESI G., *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale, 1970 pp.26-31.
- CALABRESI G., *Does the Fault System Optimally Control Primary Accident Costs?*, in 33 *Law Contemp. Probl.* 429 1968.
- CALABRESI G., HIRSCHOFF J.T., *Toward a Test For Strict Liability in Torts; an Essay for Harry Kalven*, in 43 *Univ. of Chicago L. Rev.* 1975.

- CAMPOBASSO G.F., *Coobbligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, Napoli, 1974.
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale. Diritto delle società*, vol. II, Torino, 2002, spec. p. 289 ss.
- CAMPOBASSO G.F., *Gruppi e gruppi bancari: un'analisi comparata*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1995, 729 ss.
- CAMPOBASSO G.F., *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, p. 84.
- CANDELLERO D., *Commento all'art. 2391*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario, diretto da G. COTTINO e G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, III, Bologna, 2004, p. 749 ss.
- CANESSA N., *Amministrazione e controllo nella società per azioni e nella società a responsabilità limitata*, Milano, 2007.
- CAPELLI I., *Commento all'art. 2476*, in *Codice civile ipertestuale*. Aggiornamento a cura di G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI, Torino, 2004.
- CAPRIGLIONE F., *La responsabilità delle società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2008, 3, p. 279.
- CARANO C., *Responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, II, p. 429.
- CAREY M., *Piercing the veil when corporate subsidiaries commits torts*, Harvard Law School, in www.ssrn.com.
- CARIELLO V., *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Soc.*, 2007, 1.
- CARIELLO V., *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. Soc.*, 2003, 1231.
- CARIELLO V., *La compensazione dei danni con i benefici da attività di direzione e coordinamento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, 4, 373.
- CARIELLO V., *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in AA. VV., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004, p. 223.
- CARIELLO V., *Primi appunti sulla cd. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, II, p. 331.
- CARINGELLA F., *Diritto amministrativo*, Milano, 2001, I, p. 519 ss. e 2 ed. 2003, tomo I, p. 589.
- CAROLA G., *Attività strategica, organizzativa e di controllo della dominante (II parte)*, in *Le Società*, 2008, p. 1216.

- CARRIÈRE P., *Opportunità e limiti della nuova disciplina dei patrimoni destinati*, in *Le Società*, 2004.
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.
- CASTRONOVO C., *Responsabilità aquilana e responsabilità contrattuale*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997.
- CATALANO G., *Persona giuridica (diritto intermedio)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965, p. 1032.
- CAVANNA M., *Sub Art. 2361, 2° comma, c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, I, Bologna, 2004.
- CECCHERINI A., *La responsabilità degli amministratori della società controllante*, in *Il Fall.*, 1987, p. 1122.
- CENSONI P.F., *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in AA.VV., *Il rapporto Banca-Impresa nel nuovo diritto societario*, a cura di S. BONFATTI, G. FALCONE, *Atti del Convegno di Lanciano 9-10/5/03*, in *Quaderni di Giur. Comm.*, 2004, pp. 233 e ss.
- CERA M., *Capogruppo bancaria e nuovo diritto societario. Prime valutazioni*, in *Dir. Banca e merc. fin.*, 2004, pp. 176 e ss.
- CERQUA L. D., *Profili generali della responsabilità degli enti dipendente da reato*, in *Corr. mer.*, 2007, p. 977 ss.
- CERRAI A., *I gruppi di impresa nell'esperienza giuridica europea*, in *Riv. Soc.*, 1995, pp. 389 e ss.
- CHANDLER A., *The visible hand: the managerial revolution in American business*, Cambridge, 1977,
- CHEN, STEINER & WITE, *Risk taking behaviour and managerial ownership in United States Life Insurance Industry*, 11 *Applied Fin. Econ.* p. 165, 2001.
- CHEUNG S. N., *The Contractual Nature of the Firm*, *J.L. & Econ.*, 1 (1983).
- CHIOMENTI F., *Osservazioni per una costruzione giuridica del rapporto di gruppo fra imprese*, in *Riv. Comm.*, 1983, I, pp. 257 e ss.
- CIAMPOLI G., *I "vantaggi compensativi" nei gruppi di società*, nota a Cass. Civ., sez. I, 24 agosto 2004 n. 16707, in *Le Società*, 2005, pag. 164.
- CICU A., *Simulazione di società commerciali*, *Riv. dir. Comm.*, 1936, II, 141.
- CLARK R. C., *Corporate Law*, Boston, 1986.
- COASE R., *The Nature of the Firm*, 4 in *Economica*, 386 (1937).
- COASE R., *The Problem of Social Cost*, in *J. Law & Econ.* 3, 1, 1960.

CODAZZI E., *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione "virtuale" alla compensazione "reale")*: alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario, in *Giur. Comm.*, 2004, 6, 599.

COFFEE J.C., *The future as History: the Prospect for Global Convergence in Corporate Governance and its Implications*, 93, *Northwestern University Law Review*, 641, 1999.

COHEN Z., *Directors' Negligence Liability to Creditors: A Comparative and Critical View*, 26 *J. Corp. L.* 351, 377-79, 2001.

COKE E., *First Part of the Institute of the Laws of England or a Commentary on Luttleton* 6, 412, 1628.

COLANGELO V., *C'era una volta in America. Gli insegnamenti presunti ed i fallimenti veri dell'affare Enron*, in *il Mercato, Concorrenza, Regole*, 2002, p. 455.

COLANTONIO G., *Una figura giuridica nuova: il gruppo cooperativo paritetico*, in *Riv. coop.*, n. 2, 2004, p. 138 ss.

COLLI A., *Corporate governante e assetti proprietari*, Venezia, 2006.

COLOMBO G. E., *L'informazione societaria*, *Atti del Convegno Internazionale di studi di Venezia, 5-6-7 novembre 1981*, organizzato dalla Rivista della società, Milano, 1982, 676 ss.

COLOMBO G.E., *La disciplina contabile dei patrimoni destinati: prime considerazioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, p. 30.

CONAWAY STILSON A.E., *Reexamining the Fiduciary Paradigm of Corporate Insolvency and Dissolution: Defining Director Duties to Creditors*, in *Delaware Journal of Corporate Law*, 20, 1995, p. 100-120.

CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Milano, 2003.

CONTI L., *Gruppi di società: recenti indirizzi civilistici e rovescio penalistico della medaglia*, *Contratto e Impresa*, 1996, p. 17 e ss.

COOOPER R., *Le migliori leggi giuste: I valori fondamentali dell'analisi economica del diritto privato*, in AA.VV. *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1997.

COOPER R., ULEN T., *Law and Economics*, Harper Collins Pub., 1988.

COOPER R., MATTEI U., MONATERI P. G., PARDOLESI R., ULEN T., *Il Mercato delle Regole vol. 1, I fondamentali*, Bologna, 2006.

CORAPI D., *La riforma italiana delle società di capitali: modelli continentali, modelli di common law e modello comunitario*, in AA. VV., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 223 e in *Riv. Dir. Civ.* 2003, p. 527.

CORAPI D., *Pubblicità e trasparenza dell'attività di direzione e controllo di società*, in *Rass. Giur. En. El.*, 2004, n. 4, p. 655.

- CORELLI M. R., *Direzione e coordinamento di società, Codice commentato delle società*. A cura di G. BONFANTE, D. CORAPI, G. MARZIALE E R. RODORF, V. SALAFIA, Milano 2004.
- CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, Milano, 2008.
- COSSU M., *Società aperte e interesse sociale*, Torino 2006.
- COSTI R., DI CHIO G., *Società in generale. società di persone. Associazione in partecipazione*, in *Giur. sistem. dir. civ. e comm.*, fondata da W. BIGIAMI, Torino, 1991, 122 s.
- COSTI R., *Il gruppo cooperativo bancario paritetico*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003, pp. 379 e ss.
- COSTI R., *L'azionista accomandatario*, Padova, 1969.
- COSTI R., *Le relazioni di potere nell'ambito del gruppo bancario*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, 888 ss.
- COTTINO G., *Diritto Commerciale*, I, 2, Padova, 2002.
- COTTINO G., *Divagazioni in tema di conflitto d'interessi nei gruppi*, in AA.VV., *I gruppi di società, Atti del convegno internazionale di studi*, organizzato dalla Rivista delle società, Venezia 16-17-18 novembre 1995, II, Milano, 1996, p. 1074.
- CREEXIE É., *Le droit européen (tome 2), La libre circulation des personnes et des entreprises*, Bruxelles (Nauwelaerts), 1989, p. 325, n. 638 s.
- CROSBY A. W., *The Measure of Reality: Quantification and Western Society, 1250-1600*, Cambridge, 1997.
- D'ALESSANDRO E., *Il diritto delle società dai «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, negli Scritti di F. D'ALESSANDRO, Tomo I, Milano, 1997, p. 477 ss. e già in *Foro It.*, 1988, V, e 48 ss.
- D'ALESSANDRO F., *La nuova disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 765 ss.
- D'ALESSANDRO F., *La provincia del diritto societario inderogabile rideterminata: ovvero: esiste ancora un diritto societario*, in *Riv. Soc.* 2003, p. 40.
- D'ALESSANDRO F., *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, in *Riv. Dir. Civ.* 2003, p. 707 e ss.
- D'ALESSANDRO F., *Società per azioni: linee generali della riforma*, in *La riforma del diritto societario, Atti del Convegno di Courmayeur del 27 settembre 2002*, Milano, 2003.
- D'ANDREA S., *Manuale delle società, disciplina delle società di persone, di capitali e dei gruppi di imprese*, Il Sole 24 ore, Milano, 2009.
- D'ARIES C., *Direzione e coordinamento di società: riflessi su controllante e controllate*, in *Azienda*, 2005, 10, p. 663.

- D'HOIR-LAUPETRE C., *L'émergence d'un droit des obligations adapté au phénomène des groupes de sociétés*, in *Droit des Sociétés*, 1993, chr. 248.
- DACCÒ A. e TATOZZI G., *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, sub art. 2497 c.c., Padova, 2007, p. 2939 ss.
- DACCÒ A., *Accentrimento della tesoreria nei gruppi di società*, Milano, 2002.
- DACCÒ A., *Commento all'art. 80 D. Lgs. 270/1999, La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*. A cura di Castagnola e Sacchi, Torino, 2000.
- DACCÒ A., *Il sindacato del giudice nei confronti degli alti genieri degli amministratori*, Milano, 2003.
- DAGNINO F., *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Giur. comm.*, 2005, p. 291.
- DAL SOGLIO P., *Commento all'art. 2497 e ss.*, in *Nuovo diritto delle società*, commentario a cura di A. MAFFEI ALBERTI, III, Padova 2005.
- D'ALESSANORO F., *Società per azioni: linee generali della riforma*, in *La riforma del diritto societario, Atti del Convegno di Courmayeur del 27 settembre 2002*, Milano, 2003.
- DARI-MATTIACCI G., *Limiting Limited Liability, Amsterdam Center of Law & Economics*, Working Paper no. 2005-05, in www.ssrn.com.
- DAVIES P., *Management of the Company 8.003*, Marginal note, in *Palmer's Company Law*, 25th ed., 1992.
- DE BIASI P., *Sull'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Le Società*, 2003, p. 946 ss.
- DE LUCA DI ROSETO M., *Operazioni rientranti nell'oggetto sociale, interessi di gruppo e vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 2008, 4, 811.
- DE LUCA P.A., *Operazioni finanziarie nell'attività di direzione e coordinamento*, Milano, 2008.
- DE NARDIS E., *La responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Dir. prat. soc.*, 2005, n. 22, p. 25.
- DE NICOLA A., *Soci di minoranza e amministratori: un rapporto difficile, il caso delle azioni di responsabilità delle minoranze*, Bologna, 2005.
- DE ROBERTIS L., *Il fallimento della società apparente e del socio occulto*, in *Fall.*, 1986, p. 277.
- DE ROOVER R., *The Commercial Revolution of the Thirteenth Century, Enterprise and Secular Change: Readings in Economic History* 81, 1953.
- DE SABATO E., *I gruppi di imprese: dal fallimento all'amministrazione straordinaria*, nota a Tribunale di Roma, 7 giugno 2007, in *Giur. comm.* 2009, II, p. 36.

DE SANCTIS V.M., *Società uni personali o patrimoni dedicati?*, in *Studi in onore di Buonocore*, Torino, 2005.

DE SIMONE G., *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in AA.VV. *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Padova, 2002, p. 81 ss.

DEMATTE C., *Modelli di crescita delle imprese a leverage multiplo*, in *Economia & Management*, 1995, n. 6, p.5 e ss.

DEMURO I., *Distribuzione e spostamento di competenza tra amministratori e (decisioni dei) soci nella s.r.l.*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, pp. 871 e ss.

DENOZZA F. *Rules vs. Standard, nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni virtuali*, in *Giur Comm.*, 2000, I, p. 327 ss.

DENOZZA F., *Analisi economica e diritto delle società per azioni*, in AA.VV. *Analisi economica del diritto privato*, Milano 1998, p. 320.

DENOZZA F., *Le regole della globalizzazione tra (pretesa) efficienza e (finti) mercati: il caso dei modelli di corporate governance*, in *Giur. Comm.*, 2006, 2, 167.

DENOZZA F., *Norme efficienti, L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002.

DENT, *Limited Liability in Environmental Law*, 26 *Wake Forest L. Rev.* 151, 178, 1991.

DEWEY, *The Historic Background of Legal Personality*, in 35 *Yale L.J.*, 1926, p. 655.

DI AMATO S., *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2003, p. 286.

DI GIOVANNI F., *La responsabilità della capogruppo dopo la riforma delle società*, in *Riv. Dir. priv.* 2004, p. 41.

DI LAZZARO F., *La nuova disciplina dei gruppi di società: il punto di vista dell'azionalista*, in *La riforma delle società di capitali, azionalisti e giuristi a confronto*, Atti del Convegno di Foggia 12 e 13 giugno 2003, a cura di N. Abriani e T. Onesti, Milano, 2004.

DI MARZO S., *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino, 1950.

DI SABATO F., *Concentrazioni e gruppi nel diritto interno*, in *Giur. Comm.*, 1988, I, p. 528.

DI SABATO F., *Le Società* (commenti alla giurisprudenza di un anno), in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 1234.

DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1992.

DISABATO F., *Sui patrimoni dedicati nella riforma societaria*, in *Le Società*, 2002, p. 665.

- DISETTI E., *L'amministratore di fatto e la riforma del diritto societario: un primo passo verso la codificazione?*, in *Le Società*, 2004, p. 259.
- DONATIVI V., *Sub art. 2361 c.c.*, in *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di M. SANDULLI, V. SANTORO, 2, I, Torino, 2003, p. 220.
- D'ONOFRIO P., *Dell'arricchimento senza causa*, *Commentario al codice civile* A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna, Roma, 1981, p. 581 ss.
- DOUGLAS, W. & SHANKS, C. M.: *Insulation from Liability through Subsidiary Corporations*, 39, *Yale L. J.* 193, 196-97, 218, 1929.
- DUFF P., *Personality in Roman Private Law*, 35-37, 1938.
- DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Oxford, 1978, trad. it., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, p. 90.
- EASTERBROOK F. H., FISCHER D. R., *Contract and Fiduciary Duty*, 36 *J. L. & Econ.* 425, 1993.
- EASTERBROOK F. H., FISCHER D. R., *Limited Liability and the Corporation*, 52 *U. Chi. L. Rev.* 89, 1985.
- EASTERBROOK H., *Managers' Discretion and Investors' Welfare: Theories and Evidence*, *Del. J. Corp. L.* in www.ssrn.com.
- EDWARDS V., *Ec Company Law*, Oxford, 1999.
- EISENBERG M. A., *Corporate Law and Social Norms*, 99 *Colum. L. Rev.* 1253, 1999.
- ENRIQUES L., *Gruppi di società e gruppi di interesse*, in *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, a cura di P. BENAZZO, S. PATRIARCA, G. PRESTI, Milano 2003.
- ENRIQUES L., *Gruppi piramidali, operazioni infragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, in *Giur. Comm.*, 1997, p. 698.
- ENRIQUES L., *La disciplina del conflitto di interessi degli amministratori di Spa*, in *La riforma del diritto societario e le banche. Nuovi modelli e nuovi strumenti: opportunità e criticità*, Roma, 2003.
- ENRIQUES, L. R. KRAAKMAN, P. DAVIES, H. HANSMANN, G. HERTIG, K. J. HOPT, H. KANDA & E. B. ROCK *Diritto societario comparato*, Bologna, 2006. pp. VII, e IX.
- EROGLU M., *Modern organization of multinational enterprises and liability discussions: critical analysis of control theory*, in www.ssrn.com.
- EROGLU *Multinational Enterprises and Tort Liabilities*, Edward Elgar ed., UK, 2008.
- FABIANI M., *Società insolvente e responsabilità del socio unico*, Milano, 1999.
- FADEL R., *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, Paris, 1991.

- FALZEA A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939.
- FAMA E. F. & JENSEN, *Separation of Ownership and Control*, 26 *J.L. & Econ.* 301, 1983.
- FAMA E. F., *Agency Problems and the Theory of the Firm*, 88 *J. Pol. Econ.* 288, 1980.
- FAMA E. F., *Efficient capital markets: II*, 46 *J. Fin.* 1575, 1599-1602, 1992, n. 16.
- FARNSWORTH E. A., *Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code*, 30 *U. Chi. L. Rev.* 666, 1963.
- FASCIANI P., *I gruppi di società nella dottrina e nella giurisprudenza dagli anni '50 ad oggi*, coordinamento di E. Tonelli, Edizioni Quasar, 1995.
- FAVA I., *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Le Società*, 2005, p. 1197.
- FAWCETT J.J., *Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law*, *Cambridge Law Journal*, 1990, p. 50 e ss.
- FENGHI F., *Riflessioni sui gruppi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1994, I, pp. 437e ss.
- FERRARA F. JR e CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006.
- FERRARA F. JR e CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, pp. 945 e ss.
- FERRARA F. JR., *Il Fallimento*, Milano, 1989.
- FERRARA F. JR., *Società etichetta e società operante*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, 668.
- FERRARA F., *Le persone giuridiche*, Torino, 1956.
- FERRARINI G., *"Un'azione-un voto": un principio europeo?* in *Riv. Soc.* 2006, p. 24 e ss.
- FERRI G. B., *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese. Esperienze e proposte*, Atti del Convegno di studi tenutosi a Bellagio il 19-20 giugno 1981.
- FERRI G.B., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. ANGELICI e G. B. FERRI, Torino, 2006, p. 499.
- FERRO LUZZI P., *I patrimoni "dedicati" e i "gruppi" nella riforma societaria*, in *Riv. Not.*, 2002, I p. 270.
- FERRO-LUZZI P., *Dei creditori dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2004, p. 107.
- FERRO-LUZZI P., *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. Soc.*, 2002, p. 121 ss.
- FERRO-LUZZI P., MARCHETTI P.G., *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 419 ss.

FERRO-LUZZI P., Riflessioni sul gruppo (non creditizio), in *Riv. Comm.*, 2001 fasc. 1-4, pt. 1, pp. 13 e ss.

FIANDACA G, MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007.

FICO D., *La responsabilità per esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento, commento a Tribunale di Milano*, sezione VIII, 23 aprile 2008, in *Le Società*, 2009, p. 86-89.

FIGÀ TALAMANCA G., GENOVESE A., *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita Not.*, 2004, p. 1189 ss.

FIMMANÒ F., *Affectio societatis, affectio familiaris ed accomandante occulto*, in *Riv. not.*, 1996, II, p. 1246 s.

FIMMANÒ F., *I "gruppi" nel convegno internazionale di studi per i quarant'anni della Riv. Soc.*, in AA. VV. *I gruppi di società, atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, Milano, 1996.

FIMMANÒ F., *Super-società di fatto e abuso della personalità giuridica*, *www.il caso.it*, sezione II – *Dottrina, opinioni e interventi*, 2 febbraio 2009.

FIORI G., *La nuova disciplina della società responsabilità limitata: il punto di vista dell'azionalista*, in *La riforma delle società di capitali, azionalisti e giuristi a confronto*, atti del convegno di Foggia 12 e 13 giugno 2003, a cura di N. ABRIANI e T. ONESTI, Milano, 2004.

FISCHEL D.R., *The Corporate Governance Movement*, 35 *Vand. L. Rev.* 1259 (1982).

FISCHEL D.R., *Use of Modern Finance Theory in Securities Fraud Cases Involving Actively Traded Securities*, 38 *Bus. Law.* 1, 1982.

FLETCHER B. e MEADE W., *The Fletcher Encyclopedia of the Law of Private Corporations*, § 5713, rev. ed. 2000.

FLETCHER W. M., *1st Cyclopedia of the Law of Private Corporation* §21, 1917.

FLICK G. M., *Gli amministratori nei gruppi di società*, in *Contr. e Impr.*, 1997, p. 260 e ss.

FOFFANI L., *Sub Art. 2621-2622*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 2448 ss.

FOFFANI L., *Sub art. 2634*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di C.E. PALIERO, F. PALAZZO, Padova, 2007.

FRANCESCHELLI V., *In tema di società di fatto e di società apparente*, in *Giur. Comm.*, 1977, II, 164.

FRANCESCHELLI V., LEHMANN M., *Superamento della personalità giuridica e società collegate: sviluppi di diritto continentale*, in *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, 1987.

FRANCHI A., *La responsabilità degli amministratori di S.p.A. nel nuovo diritto societario, i principi per una disciplina europea e riflessi nell'ambito delle società bancarie*, Milano, 2004.

FRANZONI M., *Dei fatti illeciti*, art. 2043, in in Commentario al Codice Civile a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna 1993.

FRANZONI M., *La responsabilità civile degli amministratori di società di capitali*, *Tratt. dir. comm. e dir. pubblico dell'economia*, diretto da F GALGANO, XIX, Padova, 1994.

GALGANO F. e GENGHINI C., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato Galgano*, vol. II, Tomo 1°. Padova, 2004.

GALGANO F. *Persona giuridica*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., vol. XIII, Torino, 1995, p. 393.

GALGANO F., *Circolazione delle partecipazioni azionarie all'interno dei gruppi di società*, in *Contratto e Impresa*, 1986, p. 357 e ss.

GALGANO F., *Degli amministratori di società personali*. Padova, 1963.

GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, in *Comm. al cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, artt. 11-35, Bologna- Roma, 1969.

GALGANO F., *Direzione e coordinamento di società art. 2497 – 2497 septies*, 2005, in Commentario Scialoja Branca, Bologna, 2005.

GALGANO F., *Diritto commerciale. L'imprenditore – Le società*, Bologna, 2004.

GALGANO F., GENGHINI R., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, XXIX, 1, Padova, 2004, p. 140 ss.

GALGANO F., *I gruppi di società*, in *Le Società*, trattato diretto da F. GALGANO, Torino, 2001, p. 67 ss.

GALGANO F., *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. e Impr.*, 2002, pp. 1015 e ss.

GALGANO F., *Il punto sulla giurisprudenza in materia di gruppi di società*, in *Contr. e Impr.*, 1991, p. 897 e ss.

GALGANO F., *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2005, I, 86 ss.

GALGANO F., *L'oggetto della holding è dunque l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. e Impr.*, 1990, p. 40.

GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e Impr.* 1985.

GALGANO F., *Le società per azioni. Principi generali*, artt. 2325-2341, in *Codice Civile Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1996.

- GALGANO F., *Lex Mercatoria*, Bologna, 1994.
- GALGANO F., *Società occulta, società apparente: gli argomenti di prova del rapporto sociale*, in *Contr. e impr.*, 1987, 702.
- GALLO P., *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*. Torino, 1996.
- GALLO. P. *Arricchimento senza causa*, Milano, 2003.
- GAMBARO A *L'analisi economica del diritto nel contesto della tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 453 e ss.
- GAMBARO A. *Abuso del Diritto, II. Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988.
- GAMBINO A. e SANTOSUOSSO D. U. *Le Società di capitali*, Torino, 2007.
- GAMBINO A., *I Gruppi in Italia alla Luce del Progetto di Nona Direttiva*, in *Giur. Comm.*, 1987, 1, p. 5 e ss.
- GAMBINO A., *La responsabilità dell'impresa e la gestione*, *Quad. Giur. Comm.*, Milano, 2006.
- GAMBINO A., *Limitazione di responsabilità, personalità giuridica e gestione societaria*, in *Il nuovo diritto delle Società, Liber amicorum*, Gian Franco Campobasso, diretto da P. ABBADESSA E G.B. PORTALE, 1, Torino, 2006, p. 50.
- GAMBINO A., *Spunti di riflessione sulla riforma; l'autonomia societaria e la risposta legislativa alle esigenze di finanziamento dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 650.
- GARCEA M., *È inammissibile la partecipazione di una società di capitali ad una società di persone: l'ultimo respiro del veto della Cassazione? Nota a App. Milano*, 25 maggio 2004, in *Banca e borsa*, 2006, I, 22 s.
- GARCEA M., *I "gruppi finiti", appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, 205.
- GARRIDO J., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, Milano 1998, p. 358.
- GAVAZZI G., *Legislazione e linguaggio perfetto*, in *Linguaggio del diritto a cura di U. SCARPELLI E P. DI LUCIA e M. JORI*, LED Milano 1994, p.305.
- GELATO E., *"Gruppi" e "società uni personali": note sulla limitazione di responsabilità nelle S.r.l. monosocio*, in *Giur. Comm.*, 1996, 4, p. 674 e ss.
- GENCO R.(a cura di), *La riforma delle società cooperative*, Milano, 2004.
- GENCO R., *Gruppi cooperativi e gruppo cooperativo paritetico*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, p.509.
- GENGHINI R., *Il nuovo diritto societario*, 2° ed., in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, XXIX, Padova, 2004.

- GENNAI S., TRAVERSI A., *La responsabilità degli enti*, Milano, 2002.
- GENNARO C., *Attività strategica, organizzativa e di controllo della dominante (I parte)*, in *Le Società*, n. 9/2008, p. 1081 e ss.
- GEORGAKOPOULOS N. L., *Contract Centered Veil Piercing*, 13, *Stan J.L. Bus. And Fin.* 121, 128-130 (2007).
- GESTRI M., *L'abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003.
- GIACCARI F., *Le aggregazioni aziendali*, Bari, 2003.
- GIARDINO A., *Normativa sulla direzione e sul coordinamento e operazione di leveradge by out*, in *Le Società*, n. 9, 2005, pag. 1103.
- GILSON R. J. & BLACK B. S., *The law and finance of corporate acquisitions* 339-46 2d ed., 1995.
- GILSON R.J. & KRAAKMAN R., *The Mechanisms of Market Efficiency*, 70 *Va. L. Rev.* 549, 1984.
- GILSON R.J., *Globalizing Corporate governance: Convergence of Form or Function*, 49, *American Journal of Comparative Law*, 329, 2001.
- GIORDANO D. *Le limitazioni all'autonomia privata nelle società di capitali*, Milano, 2006.
- GIORGI V., *Libertà di informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, Torino, 2005.
- GIORGIANNI F., *La responsabilità nei gruppi*, in AA. VV., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano 2005.
- GIORGIANNI F., *La responsabilità nei gruppi*, in AA. VV., *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, a cura di A. NIGRO, Milano, 2006.
- GIOVANNINI S., *La holding persona fisica e l'abuso della personalità giuridica*, in *Giur. Comm.*, 2004, 1, p. 15.
- GIOVANNINI S., *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Quaderni di Giur. Comm.*, Milano, 2007.
- GIRELLI S. e SALINAS F., *Spunti per uno studio del conflitto d interessi nei gruppi di società, il caso americano, gruppi di società*, in *Contr. e Impr.*, 2007.
- GISMONDI R., *Il conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Dir. Fall.*, 1998, I, p. 174 e ss.
- GIUNTA F., *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2004.
- GNANI A., *La responsabilità solidale*, art. 2055, in *Commentario al Cod. Civ.* diretto da P. SCHLESINGER e F. D. BUSNELLI, Milano, 2005.

- GOETZMANN W. & ROUWENHORTS K. G., *The Origins of Value: The financial innovations that created modern capital markets*, 2005.
- GOLDSHMIDT L., *Storia Universale del Diritto Commerciale, traduzione italiana a cura di V. Pouchain e A. Scialoja*, Torino, Unione tipografico-editrice Torinese, 1913.
- GOODERMAN, PAUL N., ULSET S., *Is the Governance of Transnational Really Beyond the M-form? A critical Review of Barlett and Ghoshal's New Organisational Model in Taggart H., Berry, M. and McDermott, M. Multinationals in a New Era*, London, 2001.
- GOWER L.C.B., *Principles of Modern Company Law*, (5th éd.) p. 118-134, in www.ssrn.com.
- GRADY, MARK, *A New Positive Economic Theory of Negligence*, 92, *Yale L. J.*, 799 (1983).
- GRANELLI. G., *La responsabilità patrimoniale del debitore fra disciplina codicistica e riforma in itinere del diritto societario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, p. 507.
- GRANTHAM R., C. RICKETT, *Corporate Personality in the 20th Century*, Oxford, 1998.
- GRAZIANI A., *Società*, III ed., Napoli, 1952.
- GRAZIANO F. (a cura di), *La riforma del diritto cooperativo*, Padova, 2002.
- GREEN R. M., *Shareholders as Stakeholders: Changing Metaphors of Corporate Governance*, 50 *Wash. & Lee L. Rev.* 1409, 1993.
- GROSSO C.F., *Per un nuovo codice penale. Relazione della Commissione Grosso*, II, Padova, 2000. FERRANTE, *Considerazioni sul Titolo VII dell'articolato del progetto preliminare di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione presieduta da C.F. Grosso*, in AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale*, Padova 2000.
- GROSSO G., *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, pp. 161-163.
- GROSSO G., *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Dir. Enc Giuffré*, Milano, 1958, p. 161-163
- GROWER L., *Principles of Modern Company Law* 25-41, 4th edition, 1979.
- GRUNDFEST J.A., *The limited future of unlimited liability: A Capital Market Perspective*. 102 *Yale L.Y.* 387 Nov. 1992.
- GUERRERA F., *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2005, vol I, p. 25.
- GUERRERA F., *La responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, Torino 2004.
- GUERRINI R., *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006, p. 191 e ss.,

- GUGLIELMUCCI L., *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Dir. Fall.*, 2005, p. 42.
- GUIDOTTI R., *Società a responsabilità limitata e tutela dei soci di minoranza: un raffronto tra ordinamenti*, in *Contr. e impr.*, 2007, pp. 668 ss.
- GUIZZI G., *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv dir comm.*, 2003, I, p. 439.
- GUIZZI G., *I gruppi di società: introduzione alla nuova disciplina*, in *La riforma delle società di capitali, aziendalisti e giuristi a confronto*, atti del convegno di Foggia, 12 e 13 giugno 2003, a cura di N. Abriani e T. Onesti, Milano, 2004.
- GUIZZI G., *L'assemblea: ovvero, delle competenze dei soci e del modo di esercitarle nella società a responsabilità limitata riformata (Due esperienze a confronto)*, in *Riv. Soc.*, 2007, n. 3, pp. 33 e ss..
- 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*, Milano 2003.
- GUIZZI G., *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano 2003.
- GUIZZI G., *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV. *Diritto delle società di capitali, manuale breve*, Milano 2005, p. 342 e ss.
- GUIZZI G., *Patrimoni separati e Gruppi di società. Articolazioni dell'impresa e segmentazione del rischio: due tecniche a confronto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, p. 107.
- GUYON Y., *Examen critique des projets européens en matière de groups de sociétés (le point de vue français)*, in "Les groups de sociétés en droit européen", K.HOPT (éd.), Berlin, 1982, p. 155-174.
- GUYON Y., *Le Droit des Groupes de Sociétés*, in *Atti del Convegno internazionale di Studi: I Gruppi di Società*, Milano, 1995, I, p. 198.
- HACKNEY W.P., BENSON T.J., *Shareholder Liability for Inadequate Capital*, in 43 *U. Pitt, L. Rev.* 837, 1982.
- HADDOCK D., MACEY J. R., MCCHESENEY F. S., *Property Rights in Assets and Resistance to Tender Offers*, 73, *Va. L. Rev.* 701 (1987).
- HALPERN P., TREBILCOK M. & TURNBULL S., *An economic analysis of limited liability in Corporation Law*, 30 *U. Toronto L.J.* 117, 118, 1980.
- HANDLIN O., HANDLIN M., *Origins of the American Business Corporation*, 5 *J. Econ Hist* 1, 10 n. 52, 1945.
- HANNOUN C., *L'extension de la responsabilité civile au sein du groupe matériellement intégré*, in *Bull. Joly*, 1991, p. 479.

HANNOUN C., *L'extension de la responsabilité civile au sein du groupe matériellement intégré*, in *Bull. Joly*, 1991, p. 479; g.46 cap.3

HANNOUN C., *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, 1991.

HANSMANN H. AND KRAAKMAN R., *Toward Unlimited Shareholder Liability For Corporate Torts*, 100 *Yale L.J.* 1879, May 1991.

HANSMANN H., KRAAKMAN R. & SQUIRE R., *Law and the Rise of the Firm*, in www.ssrn.com, 2006.

HODGE L. C. e SACHS A. B., *Piercing the Mist: Bringing the Thompson Study in the 1990s*, 43 *Wake Forest L. Rev.* 341 (2008).

HOFFMAN D. A., *The "Duty" to be a rational shareholder*, 90 *Minn. L. Rev.*, 537, 2006.

HOHFELD N., *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, 1923.

HOLMES O.W., *The Common Law* (Howe ed.) 1963.

HOLZMILLER E., REBECCA G., *Gruppi Societari e Holding*, Il Sole 24 ore, Milanov2008.

HOMMELHOFF P., *Protection of minority shareholders, investors and creditors: the strengths and weaknesses of German corporate group law*, 2, in *European Business Organization Law Review*, 61, 2001, p. 65.

HOPT K. J., *Legal issues and the questions of policy in the comparative regulation of groups*, in *Atti del Convegno di Venezia*, 1995.

HOROWITZ M. J., *The transformation of American Law, 1780-1860*, 1977, pp. 47-53.

HOUIN R., *Les groupes de société en droit français*, in AA.VV., *Groups of Companies in European Laws*, p. 56.

HU H. T.C., *Risk, Time and Fiduciary Principles in Corporate Investment* 38, *UCLA L. Rev.* 277, 318-331, 1990.

HUFFER U., *Aktiengesetz*, V ed., 2002, n. 38, § 313.

HUS R. J., *Revamping veil piercing for all limited liability entities: forcing the common law doctrine into the statutory age*, in www.ssrn.com

IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003.

IANNIELLO B. e LOTTINI R., *I gruppi di imprese, disciplina civilistica, contabile e profili penali*, Milano, 2008.

IANNIELLO B., *Le società per azioni*, I, Milano, 2004.

IMMENGA U., *L'harmonisation du droit des groupes de société, La proposition d'une directive de la Commission de la C.E.E*, in *Giur. Comm.*, 1986, I, p. 846.

INZITARI B., *La vulnerabile persona giuridica*, in *Contr. Imp.*, 1985, 679 ss.

IORIO A., *I gruppi*, in AA.VV., *La riforma delle società, Profili della nuova disciplina*, a cura di S. AMBROSINI, Torino, 2003.

IPPOLITO M. e RITTATORE VONWILLER R., *I gruppi societari*, Milano, 2005.

IRACE A. e TUCCI A., *Gestione dell'impresa sociale e supervisione degli azionisti* (l'esperienza italiana a confronto con la disciplina delle *public companies* nordamericane), Milano, 2003.

IRACE A., *Commento all'art. 2497*, in AA. VV., *La riforma delle società, Commentario del D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura M. SANDULLI e V. SANTORO, III parte Torino 2003, p. 311.

IRACE A., *La responsabilità per atti di eterogestione*, in V. SANTORO (a cura di), *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, pp. 187 e ss.

IRACE A., *La responsabilità per atti di gestione*, in *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, a cura di A. NIGRO, Milano, 2006.

J.P. BROWN J:P., *Toward an Economic Theory of Liability*, 2 *J. Legal Stud.*, 323, (1973); 2 *J. Legal Stud.*, 323, 1973.

JAEGER P. G., *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. Comm.*, 1994, I, pp. 476 e ss.

JAEGER P. G., DENOZZA F. e TOFFOLETTO A., *Appunti di diritto commerciale*, 6. ed, Milano, 2006.

JAEGER P. G., *Le società del gruppo tra unificazione ed autonomia*, in AA. VV., *I gruppi di società, Atti del convegno di studio organizzato dalla Rivista delle Società*, Venezia 16-18 novembre 1995, Milano 1996.

JAEGER P.G. *I gruppi tra diritto interno e prospettive comunitarie*, in *Giur. Comm.*, 1980, I, pp. 916 e ss.

JAEGER P.G., *Direzione unitaria di gruppo e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. Soc.*, 1985, p. 815 e ss.

JANNARELLI A., *Responsabilità civile in generale, problemi e prospettive, in codice ipertestuale della responsabilità civile*, a cura di G. BONILINI e U. CARNEVALI E M. CONFORTINI.

JENSEN M.C., MECKLING W.H., *Theory of the firm: managerial behavior, agency cost and ownership structure*, 3 *J. Fin. Econ.*, 395, 1976.

JHERING VON R., *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, 1954.

JORIO A., *I gruppi*, in *La riforma delle società*, a cura di S. AMBROSINI, Torino, 2003, p. 201.

JORIO A., *Profili di responsabilità della società capogruppo*, in *Il nuovo diritto societario, profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, Vol I., a cura di S. AMBROSINI, Torino, 2005.

KAPLOW L.- SHAVELL S., *Property Rules: an Economic Analysis*, in *Harvard Law Rev.*, 1996, vol. 109, 715 ss.

KARMEL R. S., *Should a duty to the corporation be imposed on institutional investors?*, 60 *Bus. Law.* 1, 2, 2004.

KEATING M., RIBSTEIN L. E., HAMILL S. P., GRAVELLE M. L. & CONNAUGHTON S., *The limited liability company: a study of emerging entity*, 47 *Bus. Law* 375, February, 1992.

KLEIN J., CRAWFORD e ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriable Rents and the Competitive Contracting Process*, 21 *J.L. & Econ.* 297 (1978)

KLEIN W. A. & COFFEE J.C. Jr., *Business organization and finance, legal and economic principle*, 395, 2000.

KLEIN W.A., *The Modern Business Organization: Bargaining Under Constraints*, 91 *Yale L. J.* 1251

KRAAKMAN R. R., DAVIES P., HANSMANN H., HERTIG G., HOPT K. J., KANDA H., ROK E. B., *Diritto societario comparato*, a cura di L. Enriques, Bologna, 2006.

KRAAKMAN R. R., *La persistenza della corporate form*, in *Annali di Storia di Impresa*, n. 14/2003 p.145.

LA VILLA G., *Società strumentali e profili di responsabilità*, Milano, 1981.

LAMANDINI M., *Gruppi societari e bancari*, in *La riforma del diritto societario e le banche. Nuovi modelli, nuovi strumenti: opportunità e criticità*, Roma, 2003

LAMANDINI M., *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, Milano, 1995.

LAMBERTINI L., *La società a responsabilità limitata*, Padova, 2005.

LANDERS J. M., *A unified approach to parent, subsidiary, and affiliate questions in Bankruptcy*, 42, *U. Chi. L. Rev.* 589, 617, 1975.

LANDES W., POSNER R.A., *The Economic Structure of Tort Law* Harvard, 1987.

LANGLOIS R., *Vanishing hand: i mutamenti nelle dinamiche del capitalismo industriale*, in *Annali di Storia dell'Impresa*, 14/2003, p. 91.

LANZI A., PRICOLO C.M., *Sub art. 2621 c.c.*, in AA.VV., *I reati societari*, a cura di A, LANZI - A. CADOPPI, 2007.

LE NABASQUE H., *Pour un groupe personnel*, *Bull. Joly*, 2002, p. 218.

LECRAW D.J., *Some Evidence on Transfer Pricing by Multinational Corporations*, in *Multinational and Transfer Pricing*, a cura di Rugman e Eden, 1985.

LEEBRON D. W., *Games corporations play: a theory of tender offers*, 61 *N.Y. U. L. Rev.* 153, 162 n. 35, 1986.

- LEEBRON D. W., *Limited liability, tort victims, and creditors (undated)* (Center for Law & Economic Studies, Columbia University School of Law, Working Paper No. 48) in www.ssrn.com
- LEEBRON D. W., *Limited liability, tort victims, and creditors*, 91 *Colum L. Rev.* 1565, November 1991, p. 16.
- LEMME G., *Il "governo" del gruppo*, Padova 1997.
- LIBONATI B., *Holding e investment trust*, Milano, 1959.
- LIBONATI B., *La responsabilità nel gruppo*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1995, I, p. 593 e ss.
- LIBONATI B., *Diritto delle società, manuale breve, Introduzione*, Milano 2008.
- LIBONATI B., *Gli atti compiuti dalla società controllata a favore della società controllante*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1989, II, p. 220 s., spec. p. 221.
- LIBONATI B., *Il sistema del gruppo, controllo di legalità e di merito*, in *Rass. Giur. En. El.*, n. 4, 2004.
- LOCRÈ J. G., *Spirito del Codice di Commercio*, Parigi, 1929, p.159 e ss.
- LOFFREDO E., RASCUGNO G., *Società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2006, 241/II.
- LOPEZ R. S., *The Commercial Revolution of the Middle Ages*, 1976.
- LOPEZ R. S., *The Trade of Medieval Europe: The south*, 2nd *Cambridge Economic History of Europe* 306, 1952.
- LORIE J. & HAMILTON M., *The Stock Market: Theories and Evidence*, 1973.
- LOTTINI R., IELO P., *La responsabilità delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. PALAZZO – C.E. PALIERO, Padova, 2007.
- LOWENFELD A.F., *National jurisdiction and multinational enterprise*, in *International Litigation and the Quest for Reasobnebles*, *Hague Academy of International law, Collected Courses*, 1994, I Tome 245, Dordrecht 1995, p. 128.
- LUCAS F.-X., *La société, tiers-saisi, n'a pas à déclarer les sommes détenues par une filiale situé à l'étranger*, *Droit Sociétés*, 2001, n. 115.
- LUCE, *Trends in Modern Corporation Legislation*, in 50 *Mich. L. Rev.*, 1952, p. 1291.
- LUPOI A., *Gruppo bancario e unità d'impresa*, Milano, 2003.
- LUTTER M., *100 Bände BGHZ: Konzernrecht*, (1987), 151 *ZGR*, 458.
- LUTTER M. e ZÖLLNER W., *Il diritto delle imprese collegate in Germania*, in *Atti del Convegno*, Venezia, 1995.
- LUTTER M. SCHMITTHOFF C., *Banco Ambrosiano and Modern Company Law*, (1982), *JBL*, p. 363.

- LUTTER M., *Limited liability companies and private companies*, in *XIII International Encyclopedia of Comparative Law*, 1997, pp. 258-272.
- LUTTER M., *The law of groups of companies in Europe: A Challenge for jurisprudence*, Deventer (Kluwer Law and Taxation), 1983.
- 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.
- MACHEN A.W., *Corporate Personality*, in *24 Harv. L. Rev.* (1910-11).
- MAGGIOLO M., *L'azione di danno contro società o ente capogruppo (art. 2497 c.c.)*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 176.
- MAGGIOLO M., *Responsabilità solidale e regresso nei gruppi di società*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2006, p. 565 e ss.
- MAIMERI F., *Riforma del diritto societario e governance dell'impresa bancaria*, in AA.VV., *Il rapporto banca-impresa nel nuovo diritto societario, Atti del convegno di Lanciano, 9-10 maggio 2003*, a cura di S. BONFANTI e G. FALCONE, Milano, 2004.
- MAITLAND F.W., *Selected Essays*, 225, H.D. HAZXELINE et al. Ed., Cambridge, 1936.
- MALMENDEIER U., *Societas Publicanorum Staatliche Wirtschaftsaktivitäten*, in *Den Handn Privater Undetenehmer* 273-74, 2002.
- MANES P., *Abuso di direzione unitaria e responsabilità degli amministratori della controllante: verso l'affermazione di un principio generale*, commento a Tribunale di Milano, 22 gennaio 2001, in *Contr. e Impr.*, 2002, p. 1.
- MANES P., *Il superamento della personalità giuridica. L'esperienza inglese*, Padova, 1999.
- MANGINI V., *Gruppi di imprese ed unità di imputazione giuridica nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, in *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, 1987.
- MANNE H. G., *Mergers, And The Market For Corporate Control*, in *The Journal of Political Economy*, 1965, p. 110 e ss.
- MANNE H., *Our Two Corporation Systems: Law and Economics*, 53 *Va. L. Rev.* 259, 1967.
- MARASÀ G., (a cura di), *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, Padova, 2004.
- MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma, intervento al convegno di Firenze*, 16 novembre 2002, verso il nuovo diritto societario, dubbi e attese, in ww.notarlex.it.
- MARCHETTI P., *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni: i modelli di definizione di un problema in un'analisi economica comparata*, in *Giur. Comm.* 2004, p 1229.

- MARCHETTI P., *Società cooperative*, a cura di G. PRESTI, Milano, 2006.
- MARINUCCI G., *Relazione di sintesi*, in AA.VV. *Societas puniri potest*, a cura di F. PALAZZO, Padova, 2003.
- MARKOWITZ H., *Portfolio Selection: efficient diversification of investments*, 2ed, 1991.
- MARUOTTI R.G., *Il falso in bilancio consolidato ed il "passo del gambero"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 397.
- MASON E.S., *Economic Concentration and the Monopoly Problem*, Harvard, 1957.
- MASON R. H. & GOUDZWAARD M. B., *Performance of Conglomerate Firms: a portfolio approach*, 31, *J. Fin.* 39, 46, 1976.
- MASON, MILLER e WEIGEL, *The Economics of International Business*, 1975.
- MATTEI U., *Comparative Law and Economics*, A. Arbour, Milano, 1997.
- MAUGERI M., *Partecipazione sociale e attività di impresa*, Milano, 2008.
- MELI V., *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, 3, Torino, 2007.
- MENDELSON N., *A Control-Based Approach to Shareholder Liability for Corporate Torts*, in 102, *Col. L. Rev.* 1203, 2002.
- MENGONI L., voce "Responsabilità contrattuale", in *Enc. Dir.*, XXXIX Milano, 1988, p. 1072 e ss.
- MERLE P., *Droit commercial, sociétés commerciales*, 10ème éd., Dalloz, Paris, 2005, no 641.
- MESSINEO F., *Le società di commercio "collegate"*, Padova, 1932.
- MESSINETTI D., *Il patrimonio separato e la c.d. cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, II, 102.
- MIGNOLI A., *Idee e problemi nell'evoluzione della "company" inglese*, in *Riv. Soc.*, 1960, p. 633 e ss p.674.
- MIGNOLI A., *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e Impr.*, 1986, p. 729 ss.
- MIGNOLI A., *Introduzione*, in *I gruppi di società, I quarant'anni della Rivista delle Società*, Atti del Convegno Internazionale di Venezia 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1995. p. 11.
- MINERVINI G., *Cronache della grande impresa*, in *Giur. Comm.*, 2004, 4, I, pp. 894 e ss.
- MINERVINI G., *Intervento*, in AA. VV., *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, a cura di A. Nigro, Milano, 2006.

- MIOLA M., *Il diritto italiano dei gruppi de jure condendo: i gruppi e i creditori*, in *Giur. Comm.*, 1996, I, p. 425 e ss.
- MIOLA M., *Le garanzie infragruppo*, Torino, 1993.
- MIRONE A., Sub art. 2361 c.c., in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, I, Napoli, 2004.
- MONACI D., *Sindacato giudiziario della diligenza dell'amministratore e prova dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 2005, 4, 405.
- MONATERI P.G. *Diritto soggettivo*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile*, vol. IV, Utet, Torino, 1990, p. 411 e ss..
- MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 2006.
- MONTAGNANI C., *Il controllo giudiziario nel gruppo*, in *Il nuovo diritto societario, profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, Vol I., a cura di S. AMBROSINI, Torino, 2005.
- MONTALENTI P., in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998.
- MONTALENTI P., *Riflessioni in tema di personalità giuridica*, in *Diritto Privato*, 1996, p. 674 e ss.
- MONTALENTI P., *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, n. 5, 710.
- MONTALENTI P., *Conflitto di interessi e funzioni di controllo: collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, revisori*, in *Giur. Comm.*, 2007, n. 5, 555.
- MONTALENTI P., *Corporate Governance: la tutela delle minoranze nella riforma delle società quotate*, in *Giur. Comm.*, 1998, n.3, 329.
- MONTALENTI P., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, 2-3, 317.
- MONTALENTI P., *I gruppi piramidali tra libertà d'iniziativa economica e asimmetrie del mercato*, in *Riv. Soc.*, 2-3, 2008, p.318 e ss.
- MONTALENTI P., *L'abuso della personalità giuridica*, in *Diritto Privato*, 1997, p. 279.
- MONTALENTI P., *L'informazione nei gruppi societari*, in AA.VV., *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Atti del Convegno di Venezia 10-11 novembre 2006, Milano, 2007.
- MONTALENTI P., *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in *Giur. Comm.*, pag. 435, I, 2005.
- MONTALENTI P., *La traslazione dei poteri di gestione nei gruppi di società, i management contracts*, *Contr. e Impr.*, 1987, p. 436 e ss.
- MONTALENTI P., *Osservazioni sulla bozza di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali*, in *Riv. Soc.*, 2002, p. 1542.

- MONTALENTI P., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999, 1 e ss.
- MORAN J. P., *Comment, Business Judgment Rule or Relic?: Cedec v. Technicolor and the Continuing Metamorphosis of Director Duty of Care*, 45 Emory L.J. 339, 364-86, 1996.
- MORRISEY D. J. *Piercing all the veils: applying and established doctrine to a new business order*, 2007, in www.ssrn.com.
- MOTTI C., *La società a responsabilità limitata: introduzione alla nuova disciplina, in La riforma delle società di capitali, aziendalisti e giuristi a confronto*, Atti del Convegno di Foggia, 12 e 13 giugno 2003, a cura di N. Abriani e T. Onesti, Milano, 2004.
- MOZZARELLI M., *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, 2007.
- MUCCIARELLI F., *Il ruolo dei "vantaggi compensativi" nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, p. 630.
- MUCHLINSKI P., *The Company law review and multinational corporate groups*, in J. de LACY (ed.), *The Reform of United Kingdom Company Law*, London, 2002, p. 266.
- MUNARI F., *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. Diritto int. priv. e proc.*, 2003, p. 29.
- MUSCO E., *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, p. 39 ss.
- MUSTAKI G., ENGAMMARE V., *Droit européen des sociétés*, Bale, Bruxelles, Paris, 2009, p. 316.
- NAPOLEONI V., *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e vantaggi compensativi)*, in *Cass. Pen.*, 2005, 12, 3787.
- NICHOLSON B., *Recent Delaware case law regarding directors' duties to bondholders*, 19, *Delaware Journal of Corporate Law*, 1994, p. 573.
- NICOLUSSI A., *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano, 1998.
- NIGRO A., *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, 1974.
- NIGRO A., *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE, vol. 9, tomo 2, Torino, 1993.
- NIUTTA A., *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. Comm.*, 2003, I, p. 373.
- NIUTTA A., *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. Soc.*, 2003, 4, 780.

- 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, 4, 983.
- NOSAL E. & SMART M., *Limited liability and the development of capital markets, March 2007, federal reserve bank of Cliveleand*, in www.ssrn.com.
- NOTARI M., *Note a margine dei primi dati statistici sugli effetti della riforma delle società di capitali*, in *Riv. Soc.*, 2006, 2-3, p. 385.
- NOTE A.D., *Should shareholders be personally liable for the torts of their corporations?*, 76 *Yale L.J.* 1190, 1967.
- NUZZO A., sub art. 2479, in G. NICCOLINI A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, III, Napoli, 2004.
- O'NEAL F.H., THOMPSON R.B., *O'Neal Close Corporations*, § 1.08 New York., 3rd ed. 1993.
- O'SULLIVAN, *Abuse of Rights in International Law*, in *Grotius Society*, vol. 42, 1956, p. 150 e ss.
- OESTERLE D. A., *Subcurrents in LLC Statutes: Limiting the discretion of State Court to restructure the internal affairs of small business*, 66 *U. Colo. L. Rev.* 881, 1995, p. 898.
- OPPO G., *Impresa e Imprenditore. I) Diritto commerciale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVI, Roma, 1999, 13.
- OPPO G., *In tema di "libertà e responsabilità nelle società di capitali riformate*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, II, p. 861 e ss.
- OPPO G., intervento in *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, a cura di A. NIGRO, Milano, 2006, p. 255.
- OPPO G., *Le grandi opzioni della riforma delle le società per azioni*, in AA. VV., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 7 e ss.
- OPPO G., *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, p. 471.
- OPPO R., *Spunti problematici sulla riforma della società per azioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 481.
- ORESTANO R., *Il problema delle persone giuridiche*, in *Diritto Romano*, Torino, 1968, pag. 336.
- PADOA SCHIOPPA A., *Saggi di Storia del Diritto Commerciale*, LEL, 1992.
- PADOA SCHIOPPA T., *Il gruppo bancario nell'ordinamento creditizio*, in *Atti del Convegno di Venezia*, Milano 1996, I, 507.

PAILLUSSEAU J., *La notion de groupe de société et d'entreprise en droit des activités économiques*, D. 2003, E., p. 2349.

PALIERO C.E., *Il D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 845 ss..

PAOLINI E. *Il gruppo cooperativo*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 619 ss.

PARDOLESI R., *Analisi economica del diritto*, in *Digesto, Disc. Priv., Sez. civ.*, vol. I, Torino, 1987, p. 309 ss.

PARISI F., *Teorema di Coase*, in *Dig. Disc. Priv., Sez., civ.*, XIX, Torino, 1999.

PARRELLA F., sub art. 2476, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003*, n. 6, III, Torino, 2003, pp. 132 e ss.

PASQUARIELLO C., *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici, nota Trib. Como*, 1° giugno 2000, in *Giur. Comm.*, 2002, II, 125.

PASQUARIELLO C., *Il recesso nei gruppi di società*, Milano, 2008.

PASQUARIELLO F., *Commento all'art. 2476*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, vol. III, Milano, 2005.

PASTERIS V., *Il "controllo" delle società collegate e le partecipazioni reciproche*, Milano, 1957.

PATRIARCA S., *La responsabilità del socio "gestore" di S.r.l.*, in *Le Società* 2007, 10, 1191.

PATTI A., *Commento all'art. 2497 c.c. in AA.VV. La riforma di diritto societario*, a cura di G. LO CASCIO, Milano, 2003.

PATTI A., *La gestione del fallimento sociale e dei soci tra comunanza e separazione patrimoniale*, in *Fall.*, 2007, 355.

PATTI S., *"Direzione e coordinamento di società": brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 358.

PATTI S., *Abuso del diritto*, *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile vol. I*, UTET, Torino, 1987, p. 8

PAVONE LA ROSA A., *Controllo e gruppi nella fenomenologia dei collegamenti societari*, in *Dir. Fall.*, 1985, I, p. 10.

PAVONE LA ROSA A., *I gruppi di società*, Bologna, 1982.

PAVONE LA ROSA A., *Il gruppo di imprese nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Giur. Comm.*, 2000, 4, p. 481.

PAVONE LA ROSA A., *La responsabilità da controllo nei Gruppi di Società*, in *Riv. Soc.*, 1984, p. 401 e ss.

PAVONE LA ROSA A., *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, in *Riv. Soc.*, 2002, 04, 793.

PAVONE LA ROSA A., *Le società controllate – I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 2**, Torino, 1991.

PAVONE LA ROSA A., NIGRO G. L., *Il procedimento di costituzione della società per azioni*, in *Tratt. Delle soc. per az.* diretto da G.E COLOMBO e G.B: PORTALE, vol 1*, Torino, 2004.

PAVONE LA ROSA A., *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. Soc.*, 2003, pp. 765 e ss.

PAVONE LA ROSA A., *Osservazioni sulla Proposta di IX Direttiva sui Gruppi di Società*, in *Giur. Comm.*, 1986, I, p. 831 e ss.

PECORELLA C., *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002.

PELLIZZI G.L., *Soggettività*, in *Saggi di diritto Commerciale*, Milano 1988.

PELLIZZI G.L., *Exceptio doli*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1960.

PELLIZZI G.L., *La società persona giuridica: dove è realtà e dove è vuota formula (esperienze delle banche)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1981, I, p. 481 e ss.

PELLIZZI G.L., *Unico azionista e controllo totalitario indiretto*, in *Giur. Comm.*, 1981, II, pp.615 e ss.

PENNISI R., *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, vol. 3, Torino, 2007, p. 889 ss.

PERROTT D., *Changes in attitude to limited liability, the European experience, in Limited Liability and the Corporation*, pp. 85-87, T. Orhinal, 1982.

PETER H., *L'action révocatoire dans les groupes de sociétés*, Helbing & Lichtenhan, Paris, 1990, p. 37.

PETRICCIONE R.M., *Gruppi di società*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. comm.*, VI, Torino, 1991, pp. 429 e ss.

PETTITI D., *Il imprese o società*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1992, I, pp. 827 e ss.

PICCININI G., *Atti gestori dannosi: i "mobili confini" della responsabilità del socio*, in *Le Società*, n. 4, 2005, p. 450.

PINARDI M., *Le opposizioni dei creditori nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006.

PINO G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, Ragionevolezza e Logica Giuridica*, a cura di G. MANIACI, Milano, 2006.

- PINTO A., *La responsabilità degli amministratori per danno diretto agli azionisti*, in *Liber amicorum G. F. CAMPOBASSO*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, vol. 2, Torino, 2007.
- PIRAZZINI M., *Commento all'art. 2497-bis*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005, III, p. 2355 ss.
- PISANI L., *Protocolli di autonomia gestionale e gruppi finanziari*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1995, I, 184 ss.
- PISTORELLI V. L., *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione delle responsabilità da reato*, in *Resp. amm. soc. ent.*, 2006, n. 1, p. 11 ss.
- PISTORELLI V.L., *Sub artt. 1-4*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, vol. III, Milano, 2007.
- PIZZIGATI M., *Fallimento del socio e tutela dei creditori*, Padova, 1990.
- PLASMATI G., *Il divieto di ingerenza negli affari sociali ex art. 2320 c.c. e il fallimento del socio accomandante alla luce della legge di riforma fallimentare*, in *Contr. e impr.*, 2007, p. 855.
- PLATANIA F., *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, Milano, 2005.
- PORTALE G.B., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, *Riv. Soc.*, 1991, p. 3 s.
- PORTALE G.B., *Lezioni di diritto privato comparato*, 2° edizione, Torino, 2007.
- 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, p. 701 e ss.
- PORTALE G.B., *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, 2, Torino, 2006.
- PORTALE G.B., *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 145 e ss.
- POSNER E., *Agency Models in Law and Economics*, in *Chicago Lectures in Law and Economics*, 225, Edd POSNER, ed. 2000.
- POSNER R., *Law and Economics is Moral*, in 24 *Val. L. Rev.*, 1990, p. 163 e ss.
- POSNER R., *Economic Analysis of Law*, 1986, 379-382.
- POSNER R., *The Economic Structure of Tort Law*, 1987.
- POSNER R., *The Rights of Creditors of Affiliated Corporations*, 43 *U. Chi. L. Rev.*, 499, 1976.

- POWELL F., *Parent and Subsidiary Corporations*, 6, p. 8-36, 1931.
- PRATT J. & ZECKHAUSER R., *Agency: The Structure of Business*, in www.ssrn.com.
- PRENTICE D. D., *Corporate groups in Great Britain*, in Atti del Convegno di Venezia, 1995, p. 296.
- PRESSER S. B. & ZAINALDIN J. S., *Law and Jurisprudence in American History*, 389, 6th Edition, 2006.
- PRESSER S. B., *Commentary: Thwarting the Killing of the Corporation: Limited Liability, Democracy and Economics*, in 87 Nw. U.L. Rev., 148, Fall. 1992.
- PRESSER S. B., *Symposium: the first century: celebrating 100 years of legal scholarship: essay: the Bogalusa Explosion, "Single Business Enterprise," "Alter Ego," and other errors: academics, economics, democracy, and shareholder limited liability: back toward a unitary "abuse" theory of piercing the corporate veil*. 100 NW. U.L. Rev. 405, 2006.
- PRESTI G., *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private* a cura di P. BENAZZO, S. PATRIARCA e G. PRESTI, Milano, 2003.
- PRESTI G., *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata: il punto di vista del giurista*, in *La riforma delle società di capitali, aziendalisti e giuristi a confronto*, Atti del Convegno di Foggia, 12 e 13 giugno 2003, a cura di N. Abriani e T. Onesti, Milano, 2004.
- PRESTI G., RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale, Società*, II, Bologna, 2006.
- PRIEST B., KLEIN G.L., *The selection of disputes for litigation*, 13 J. Legal Stud. 1, 1984.
- PRIEST G.L., *Small business, economic growth, and the Huffman conjecture*, in www.ssrn.com
- PUGLIATTI S. *Istituzioni di diritto civile*, V, la proprietà, Milano, 1938.
- PUGLIATTI S., *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1939.
- PULITANÒ D., *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, p. 417.
- PULITANÒ V. D., *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Milano, 2002.
- QUARTICELLI P., *Buona fede oggettiva e tutela in forma specifica del diritto di opzione dei soci*; App. Milano, 31 gennaio 2003, in *Giur. Comm.*, 2003, II, p. 612.
- RABITTI BEDOGNI C., *Patrimoni dedicati*, in *Riv. Not.*, 2002, p. 1121.
- RABITTI M., *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004.

- RACUGNO G., LOFFREDO E., *Società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, pp. 209 e ss.
- RADIN M., *The Endless Problem of Corporate Personality*, in 32 *Col. L. Rev.*, 1932, p. 643.
- RAISER T., VEIL R., *Recht der Kapitalgesellschaften*, Monaco, 2006, § 29, p. 448 e ss.
- RAISER L., *Gli attuali confini del diritto internazione dell'economia*, in *Il compito del diritto privato*, Milano 1990.
- RAISER L., in ULMER, *GmbHG-Großkommentar*, Bd. I, Tubingen, 2005, § 13, Rdn. 51 ss., p. 920 ss.
- RANIELI M., *La responsabilità gestoria dei soci di s.r.l.*, in *Vita not.*, 2006, 1002.
- RANIERI F., *Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du Civil Law*, in *Rev. Int. Droit Comp.*, 1998, p. 1055 e ss.
- RAPP G. C., *Preserving LLC Veil Piercing: A Response to Bainbridge*, 31 *J. Corp. L.* 1063 (2006).
- RESCIGNO M., *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Le Società*, 2003, 2-bis, p. 331.
- RESCIGNO M., *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *Jus*, 1991, pp. 155 e ss.
- RESCIGNO M., *Le regole di organizzazione della gestione della S.r.l.*, in AA. VV., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 323.
- RESCIGNO M., *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, in *AGE*, 2/2003, 302.
- RESCIGNO P., *Immunità e privilegio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1961, I, p. 442.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I., nonché *L'abuso del diritto*, Mulino, Bologna, 1998, p. 205 e ss.
- RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007.
- RIBSTEIN L. E., *Takeover Defense and the Corporate Contract*, 78 *Geo. L.J.* 71 (1989).
- RIBSTEIN L. E., *An Applied Theory of Limited Partnership*, 37, *Emory L.J.*, 1835 (1988).
- RIBSTEIN L. E., *Limited liability unlimited*, George Mason University, *Law and Economics Working Paper*, May 21, 1998, in www.ssrn.com.
- RICCIARDIELLO E., *Osservazioni in tema di oggetto sociale e gruppi di società*, in *Giur. Comm.*, 2001, 3, 521.
- RICCIO A., *La società di capitali può, dunque, essere socia e amministratore di una società di persone*, in *Contr. e impr.*, 2004, 314.

- RICCOBONO S., *La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana*, in *Bull. Ist. Dir. Rom.*, XLVI, 1939, p. 1 e ss.
- RIPERT G. & ROBLOT R., (sous la direction de Michel Germain), *Traité de droit commercial, tome 1, vol 2, Les sociétés commerciales*, L.G.D.J., Paris, 19^{ème} éd., 2009, p. 723.
- RIVOLTA G.C.M., *Introduzione a un dibattito sulla nuova società a responsabilità limitata*, in G. CIAN (a cura di), *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*. Atti del convegno di studi (Padova-Abano Terme, 5-7 giugno 2003), Padova, 2004.
- RIXON F.G., *Lifting the veil between holding and subsidiary companies*, 1986, 102 L.Q.R. 415.
- ROBE M.A., *How costly are limited liability rules?*, in www.ssrn.com.
- ROCCO DI TORREPADULA N., *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 40.
- RODIERE R., *Réflexions sur les avant-projets d'une directive de la Commission des communautés européennes concernant les groupes de sociétés*, Recueil Dalloz Sirey, 1977, 18^e cahier, chronique, p. 137-144.
- RODOTA'S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1967, I, p. 87.
- ROE M.J., *Corporate Strategic Reaction to Mass Tort*, in 72 *Va. L. Rev.* 1, 40 (1986).
- ROMANO M, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2004.
- ROMANO PAVONI G., *Imprenditore occulto e società di fatto tra persone fisiche e società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 53.
- ROMANO S. *Abuso del diritto* (diritto attuale), in *Enc. Dir.*, 1958, vol. I.
- ROMANO S. *Frammenti di un Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1946.
- ROMANO S. *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917-1918.
- ROMANO S., *Metapolitics and Corporate Law Reform*, 36, *Stan. L. Rev.*, 923, p. 1013, 1984
- RONDINONE N., *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999.
- RONDINONE N., in AA.VV. *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Torino, 2000.
- RORDORF R., *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le Società 2004*, p. 538 e ss.
- RORDORF R., *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Le Società*, 2003, 668 s.

- ROSSI A., *Le società per azioni. Enti pubblici*, in *Studi in memoria di F. PIGA*, Milano, 1992, vol. II, p. 181.
- ROSSI G. e A. SABATINI, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 40.
- ROSSI G., *Dalla Compagnia delle Indie al Serbanes – Oxley Act*, in *Riv. Soc.* 2006, 5-6, p. 890 e ss. . Gruppi e Diritto Societario, in *Atti del Convegno*, cit., p. 19.
- ROSSI G., *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in AA. VV. *I gruppi di società*, atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1996, p. 19.
- ROSSI G., *Responsabilità da gestione nella S.r.l.*, in *Giur Comm.*, 2004, I, 1060.
- ROSSI M., *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2007, p. 613 ss.
- ROSSI S., ABRIANI N., MONTALENTI P., MUCCIARELLI F. e SACCHI R., *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur.Comm.*, 2002, p. 613 e ss.
- ROSSI S., *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2004, I, pp. 1063 ss.
- ROSTOVITZ M., *The Social & Economic History of the Roman Empire*, 1926.
- ROTONDI M., *Istituzioni di diritto privato*, Pavia, 1954.
- ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1923, p. 105 e ss.
- RUTLEDGE T.E., *Limited liability (or not): reflections on the holy grail*, *South Dakota, Law Review* 2006, volume 51.
- SAADA R., *Rapport sur la notion de groupe utilisée comme fondement de la responsabilité civile d'une société dans les engagements d'une autre société*, in *Rev. Soc.*, 1980, p. 671.
- SACCHI R., *Autonomia statutaria, competizione fra ordinamenti e giurisprudenza comunitaria*, in AA. VV., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004, p. 157 e ss.
- SACCHI R., *La tutela delle minoranze nelle società bancarie*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1999, p. 689 ss.
- SACCHI R., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, 1, p. 661.
- SACCHI R., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali* in AA. VV., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005.
- SACCO R., *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001.

- SALAFIA V., *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Le Società*, 2003, p. 390 e ss.
- SALAFIA V., *Amministrazione e controllo nella legge delega n. 366 del 2001 e responsabilità amministrativa delle società*, in *Le Società*, 2002, p. 8.
- SALAFIA V., *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Le Società*, 2003, pp. 5 ss.
- SALAFIA V., *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Le Società*, 2003 – 2-bis, 390.
- SALANDRA V., *Il diritto delle unioni di imprese (ConSORZI e gruppi)*, Padova, 1934.
- SALANDRA V., *Le società fittizie*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 290.
- SALINAS F., *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.* 2005, II 246.
- SANDULLI M. e SANTORO V., *La riforma delle società, aggiornamento commentato diritto sostanziale*, Torino, 2007.
- SANDULLI M., *La responsabilità patrimoniale nell'ambito del gruppo in amministrazione straordinaria*, in *Dir. Fall.*, 1984, I, p. 39 e ss.
- SANTAGATA R., *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, vol. 3, Torino, 2007.
- SANTAGATA R., *Commento all'art. 2545-septies*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI ed altri, *Società cooperative*, a cura di G. PRESTI, Milano, 2006.
- SANTAGATA R., *Il gruppo cooperativo paritetico (una prima lettura dell'art. 2545-septies c.c.)*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 524.
- SANTANASTASO F., *Responsabilità patrimoniale dei soci*, in AA. VV., *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, a cura di A. NIGRO, Milano, 2006.
- SANTI F., *La responsabilità delle società e degli enti*, Milano, 2002.
- SANTONOSTASO F., *Unico azionista, attività di direzione e coordinamento, responsabilità patrimoniale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005.
- SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., ristampa 1989, Napoli, 1966.
- SANTOSUOSSO D.U., *Finanziamenti e garanzie a titolo gratuito infra-gruppo*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario, Atti dei seminari tenuti dalla Cassa Forense di Roma nel periodo 12 maggio-10 luglio 2003*, Roma, 2003.
- SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario*, Padova, 2003.

SANTOSUOSSO, D.U. *Finanziamenti e garanzie a titolo gratuito infra-gruppo*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario, Atti dei seminari tenuti dalla Cassa Forense di Roma nel periodo 12 maggio-10 luglio 2003*, Roma, 2003.

SARTEA C., *Fallimento in estensione del socio unico di S.p.A.: il Tribunale di Milano su inquietudini vecchie e nuove*, *Giur. Comm.*, 1998, 2, 604.

SAVIGNY F. C., *Il Sistema del Diritto Romano Attuale*, Torino 1886-1900,.

SAYAG A. (a cura di), *Les groupes de sociétés, une politique législative*, Paris, Litec, 1975.

SBISÀ G., *Commento sub art. 2497*, in AA.VV., *Codice Civile commentato*, libro V, a cura di G. ALPA e V. MARICONDA, Milano, 2005, 1811 ss.

SBISÀ G., *Il gruppo di società nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (criteri di individuazione)*, *Giur. Comm.*, 1980, I, pp. 257 e ss.

SBISÀ G., *La responsabilità della capogruppo*, in, *La disciplina dei gruppi nella riforma del diritto societario*, *Rass. Giur. dell'En. Elettr.*, 4/2004, p. 675.

SBISÀ G., *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. e Impr.*, 2003, p. 591 e ss.

SBISA' G., *Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Contr. e Impr.*, 2009, p. 807.

SCALFI G., *L'idea della persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Milano, 1968.

SCAROINA E., *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006.

SCHIANO DI PEPE G., *Il gruppo di imprese*, Milano, 1990.

SCHIAVELLO L., *Conclusioni alla giornata di studio su: "La disciplina dei gruppi e il diritto societario"*, in *Rass. Giur. En. El.*, n. 4, 2004, p. 741.

SCHMIDT A., *La responsabilité civile dans les relations de groupe de société*, *Rev. Soc.*, 1981, p. 725.

SCHWARZENBERGER G., *Uses and Abuses of the Abuses of Rights in International Law*, in *Grotius Society*, vol. 42, 1956, p. 150 e ss.

SCIALOJA V., *Il sistema del Diritto Romano Attuale*, Torino, 1888.

SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996.

SCOGNAMIGLIO G., *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e PORTALE, 3, Torino, 2007.

- SCOGNAMIGLIO G., *I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2002, 592 s.
- SCOGNAMIGLIO G., *La nuova s.r.l. e i gruppi di società*, in AA.VV., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004.
- SCOGNAMIGLIO G., *La politica di gruppo e l'interesse delle società controllate*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 497 ss.
- SCOGNAMIGLIO G., *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in AA. VV., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. SCOGNAMIGLIO, Milano 2003.
- SCOGNAMIGLIO G., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, in *Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2003.
- SCOPA L., *Introduzione*, in AA.VV., *Il rapporto banca-impresa nel nuovo diritto societario*, Atti del convegno di Lanciano, 9-10 maggio 2003, a cura di S. BONFATTI e G. FALCONE, Milano, 2004.
- SCOTTI E., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. Amm.*, 2005, 4, p. 915.
- SEAVOY R. E., *The Origins of The American Business Corporation, 1784-1855*, 70, 1982.
- SELVAGGI N., *L'interesse dell'ente collettivo*, Napoli, 2006.
- SERICK R., *Forma e realtà della persona giuridica*, Milano, 1966.
- SHAVELL S., *Analisi economica del diritto*, ed. it. A cura di Alberto Baccini e Andrea Fineschi, Torino, 2007.
- SHAVELL S., *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, 1987.
- SHAVELL S., *The judgment proof problem, international review of law and economics*, 1986, pp. 45-58.
- SHEARMAN & STERLING, *Proportionality between Ownership and Control in EU listed Companies*, May 18, 2007.
- SIMONETTI H., *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Codice commentato delle nuove società* (a cura di BONFANTE-CORAPI-MARZIALE-RORDORF-SALAFIA), Milano, 2004.
- SIMONETTI H., *Titolo V delle società, capo IX, direzione e coordinamento di società, art. 2497 – responsabilità*, in *Le Società*, 2008, p. 208.
- SKEEL V.D.A. JR., *Corporate Anatomy Lessons*, 113 *Yale Law Journal* 1519, 2004.
- SMART M., *On limited liability and the development of capital markets: an historical analysis*, department of economics University of Toronto, June 27, 1996.

- SOLAVAGIONE S., *L'azione di responsabilità nei gruppi, in la responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di S. AMBROSINI, Milano, 2007.
- SPADA P., *Della permeabilità differenziata della personalità giuridica nell'ultima giurisprudenza commerciale*, in *Giur. Comm.* 1992, I, 431.
- SPADA P., *Diritto commerciale, parte generale. Storia, lessico e istituti*, Padova, 2004.
- SPADA P., *Diritto commerciale*, parte II, Padova, 2009.
- SPADA P., *I gruppi di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, p. 227.
- SPAMPINATO V., *Intorno alla definizione di ente pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1994, p. 411.
- SPATAZZA G., *La società di fatto*, Milano, 1980.
- SPAVENTA L., *La tutela dell'investitore nell'analisi economica*, in AA. VV., *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, a cura di A. NIGRO, Milano, 2006.
- SPERANZIN M., *Fallimento in estensione dell'unico socio e limite temporale al fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2001, II, 257 s.
- SPOLIDORO M.S., *La tutela dei soci di minoranza e dei creditori della holding nella nuova disciplina delle società di capitali*, in *La riforma del diritto societario*, Milano 2003.
- SPOLIDORO M.S., *Tutela dei soci della capogruppo in Germania (con uno sguardo all'Italia)*, in *Riv. Soc.*, 1986, p. 1299.
- SPOLIDORO M.S., voce "Capitale sociale", in *Enc. Dir., Agg.*, IV, Milano 2002, p. 232.
- STONE A., *The place of enterprise liability in the control of corporate conduct*, 90 *Yale L. J.* 1, 74, 1980.
- SUMMERS R. S., "Good Faith" in General contract law and the sales provision of the Uniform Commercial Code, 54 *Va. L. Rev.* 195, 1968.
- SUMMERS R. S., *The general duty of good faith – Its recognition and conceptualization*, 67 *Cornell L., Rev.* 810, 1982.
- SWAIN J. A. e AGUILAR E. E., *Piercing the Veil to Assert Personal Jurisdiction Over Corporate Affiliates: An Empirical Study of the Cannon Doctrine*, 84 *B.U. L. Rev.*, 445 (2004).
- TEICHOVA A., ALICE, LEVY-LEBOYER, MAURICE and NUSSBAUM, HELGA, *Multinational Enterprise in Historical Perspective*, Cambridge, 1986, p. 365.
- TESTI D., PUGLIA M.C., *Società di persone - Panorami di Giurisprudenza*, in *Giur. Comm.*, 1990, I, 699 s.

- TETI R., *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, diretto da P. ABBADESSA e PORTALE, Torino, 2006.
- THOMAS J., *Textbook of Roman Law*, 1976.
- THOMPSON R. B. *The Taming of Limited Liability Companies*, 66 *U. Colo. L. Rev.* 921 (1995).
- THOMPSON R. B., *Piercing the corporate veil: an empirical study*, 76 *Cornell L. Rev.* 1036, July 1991.
- THOMPSON R. B., *The limits of liability in the new limited liability doctrine*, 32 *Wake Forest L. Rev.*, 2001, 1.
- THOMPSON R.B., *Unpacking Limited Liability: Direct and Vicarious Liability for Torts of the Enterprise*, 47 in *Vand. L. Rev.*, 1 (1994).
- THOMPSON, R. B. *Piercing the Corporate Veil Within Corporate Groups: Corporate Shareholders as Mere Investors*, 13 *Conn. J. Int'l L.* 379, 380 (1999).
- THOMSEN S., ROSE C., *Foundation ownership and financial performance: Do companies need owners?*, *European Journal of Law and Economics*, Vol. 18, No. 3, 2004 , pp. 343-364.
- TIMBERG S., *Corporate Fictions, Logical, Social and International Implications*, in *Cl. L. Rev.*, 1946, p. 533.
- TIMPANO E., *L'interesse sociale fra contrattualismo ed istituzionalismo in relazione al conflitto d'interessi assembleare ed all'abuso della regola della maggioranza*, in *Riv. notar.* 2009, n. 3, p. 657.
- TOMBARI U. e ZOPPINI A., *Intestazione fiduciaria e nuova disciplina dei gruppi di società*, in *Contr. e Impr.*, 2004, p. 1104.
- TOMBARI U., *Il conflitto di interessi degli amministratori in una "società per azioni appartenente ad un gruppo"*, *Prime considerazioni alla luce della riforma del diritto societario*, in *Atti del Convegno, "Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese"* Firenze, 16 novembre 2002, in www.notarlex.it.
- 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.
- TOMBARI U., *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una S.p.A. "di gruppo" tra disciplina legale e autonomia privata (Appunti in tema di Corporate Governance e gruppi di società)*, in *Riv. Soc.*, 2009, p. 122.
- TOMBARI U., *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, in *Giur. Comm.* 2004, I, p. 61 e ss.

- TOMBARI U., *Società cooperative e gruppi di imprese (gruppo cooperativo paritetico e gruppo cooperativo eterogeneo)*, in *Giur. comm.*, 2007, 6, p. 739.
- TONELLO M., *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, Padova, 1999.
- TORRENTE P., *Eccezione di dolo*, in *Enc. Giur.*, 1965.
- TOSCHI VESPASIANI N., *La partecipazione della s.p.a. in altre imprese comportante responsabilità illimitata*, in *Le Società*, 2004, 1076 s.
- TRABUCCHI P., *Arricchimento*, *Enc. Dir.*, Milano, 1958.
- TREMONTI G., *La fiscalità industriale*, Bologna, 1988, p. 9 ss.
- TRIBULATO F., *Azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di fatto di una soc. a resp. lim.* (nota a Trib. Roma, 27 gennaio 2006), in *Dir. Fall.*, 2007, II, p. 465 ss.
- TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1961.
- TROIANO V., *Il gruppo bancario e il nuovo diritto societario: profili di responsabilità della holding*, in *Nuovo diritto societario ed intermediazione bancaria e finanziaria*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2003, 147.
- TUNG F., *The new death of contract: creeping corporate fiduciary duties for creditors*, *Emory University Research Paper*, no. 7-24, in www.ssrn.com.
- UNGARI P., *I precedenti storici del vigente diritto delle società per azioni*, in *Ricerca sulle società commerciali, Linee evolutive della legislazione italiana e ordinamenti stranieri*, a cura del Servizio studi Legislativi e Inchieste Parlamentari, Roma, 1968, p.8 e ss.
- VALZER A., *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, 3, Torino, 2007.
- VANDEKERCKHOVE K., *Piercing the corporate veil*, Kluwer Law International Amsterdam, 2007, p 5-61 e ss.
- VANETTI B., *Il gruppo nello Statuto della impresa e nella legge Prodi*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1986, pp. 747 e ss.
- VEASEY E. N. & DI GUGLIELMO C. T., *What happened in Delaware corporate law and governance from 1992–2004? A Retrospective on Some Key Developments*, 153 *U. Penn. L. Rev.* 1399, 1432, 2005, p. 1430.
- VELASCO J., *How many fiduciary duties are there in Corporate Law?*, in *Notre Dame Law School, Legal Studies Research Paper* 09-53, 2009.
- VELLA F., *Le società holding*, Milano 1993.

- VENTORUZZO M., *Commento all'art. 2391, Commentario alla riforma delle società*, Commentario alla riforma delle società, diretto da Grezzi, Bianchi, Marchetti, Notari, Milano 2005.
- VERRUCOLI P., *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nel common law e nel civil law*, Milano, 1964.
- VIDAL D., *Droit des Sociétés*, 6 éd., L.G.D.J., Paris, 2008.
- VIETTI M., *I principi ispiratori della riforma*, in *Riforma del diritto societario il parere dei tecnici*, Atti del Convegno di Milano, 2 dicembre 2002, a cura di A. Danovi, Milano, 2002.
- VIETTI M., *L'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Rass. Giur. En. Elettrica*, 2004, p. 717.
- VIETTI M., *Le linee guida della riforma del diritto societario*, in *Le Società*, 2003, p. 266 ss..
- VIGHI A., *La personalità giuridica delle società commerciali*, Camerino, 1900.
- VIGO R., *Il fallimento delle società*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Trattato diretto da G. RAGUSA MAGGIORE – C. COSTA, Torino, 1997.
- VIGO R., *La partecipazione dei soci all'amministrazione della s.r.l.*, in A. GENOVESE (a cura di), *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni su alcuni contenuti di disciplina*, Torino, 2004.
- VINCINGUERRA S., *La struttura dell'illecito*, in S. Vinciguerra - M. CERESA-GASTALDO - A. Rossi, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004.
- VISENTINI G., *La teoria della personalità giuridica e i problemi della società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1999, p.89 e s.
- VISINTINI G., *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. e Impr.*, 2004, p.13 e s.
- VIVANTE C., *Le società finanziarie (holdings) e la loro responsabilità*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1935, I, p. 593.
- VON GIERKE O., *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887.
- VON SCHWARZENBERGER G. *Uses and Abuses of the Abuse Rights in International Law*, in *Grotius Society*, 42, 1956, p. 150 e ss.
- WEIGMANN R., *Gruppi di società*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, in *Atti del Convegno di Courmayeur, 27-28 settembre 2002*, a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano 2003, p. 201 e ss.

- WEIGMANN R., *I gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario, profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, Vol. I. a cura di S. AMBROSINI, Torino, 2005.
- WEIGMANN R., *La nuova disciplina dei gruppi di società: il punto di vista del giurista*, in *La riforma delle società di capitali, aziendalisti e giuristi a confronto*, Atti del Convegno di Foggia 12 e 13 giugno 2003, a cura di N. ABRIANI e T. ONESTI, Milano, 2004.
- WEIGMANN R., nota a Cass. Civ. 13 marzo 2003, n. 3724, in *Giur. It.*, 2004, 562 e ss.
- WEIGMANN R., *Oltre l'unico azionista*, in *Giur. Comm.*, 1986, II, p. 537.
- WEIGMANN R., *Responsabilità patrimoniale dei soci*, in *AA. VV., Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, a cura di A. NIGRO, Milano, 2006.
- WILLIAMSON O., *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 *J.L. & Econ.* 233 (1979).
- WILLISTON S., *History of the Business Corporations before 1800*, in *Harv. L. Rev.*, (1888-89), p. 105.
- WINKLER M. M., *Imprese multinazionali e ordinamento internazionale nell'era della globalizzazione*, Milano 2008.
- WOODWARD S., *Limited liability in the theory of the firm*, 141 *J. Institutional & Theoretical Econ.* 601, 1985.
- WORMSER I. M., *Disregard of the corporate fiction and allied corporate problems*, 1927.
- WORMSER I.M., *Piercing the corporate veil*, 12 *Colum. L. Rev.* 496, 1912.
- WYMEERSCH E., *Actionnaires de contrôle, actionnaires institutionnels et groupes de sociétés en droit comparé*, in Atti del Convegno internazionale di Studi di Venezia 1995, Milano 1996.
- WYMEERSCH E., *Groups of Companies*, in R.M. Bauxbaum ed al. (a cura di), *European Business Law*, 1991, p. 227.
- ZAMPERETTI G. M., *Il "nuovo" conflitto di interessi degli amministratori di S.p.A.*, in *Le Società*, 2006, 3, pp.276 e ss.
- ZAMPERETTI G. M., *La responsabilità di amministratori di capogruppo per "abusi di direzione unitaria"*, in *Il Fall.*, 2001 fasc. 10, pp. 1156 – 1166.
- ZANARDO A., *L'estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. per mala gestio ai soci "cogestori": luci e ombre della disposizione dell'art. 2476, comma 7, c.c.*, *Riv. Soc.*, 2009, 2-3, pp. 498 e ss.
- ZANARONE G., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. Soc.*, 2003, pp. 58 ss.,

ZANARONE G., *La tutela dei soci di minoranza nella nuova S.r.l.*, in AA. VV., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004.

ZATTONI A., *Economia e governo dei gruppi aziendali*, Milano 2000.

ZOPPINI A., *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)*, in *Riv. soc.*, 2005, 4, p. 760.

ZOPPINI A., *Intestazione fiduciaria e responsabilità per atti di "eterogestione" (art. 2476, comma 7°, c.c.)*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 2006, p. 573 ss.

ZOPPINI V., *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. Dir. civ.*, 2002, I, p. 551.

ZORZI N., *Il superamento della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito*, in *Contr. e Impr.*, 1994, p. 1064.

ZORZI N., *L'abuso della personalità giuridica, tecniche sanzionatorie a confronto*, Padova, 2002.