

FRANCESCO FIMMANÒ

**IL FALLIMENTO DEL *DOMINUS* ABUSIVO
ED IL *CREPUSCOLO* DEL SOCIO TIRANNO[©]**

SOMMARIO – 1. La reazione agli abusi della personalità giuridica alla luce delle riforme del diritto societario e fallimentare; 2. L'*abuso del dominio* sull'impresa eterodiretta; - 3. *Holding* di fatto ed *holder* persona fisica; - 4. La *dominazione* come attività di impresa senza *spedita del nome* e senza autonomo scopo economico; - 5. Dalla responsabilità sussidiaria all'insolvenza del *dominus*-imprenditore

1. La reazione agli abusi della personalità giuridica alla luce delle riforme del diritto societario e fallimentare

Le riforme del diritto societario e del diritto fallimentare hanno prodotto una vera e propria rivoluzione sul tema di diritto commerciale più dibattuto degli ultimi cinquant'anni ossia quello che *convenzionalmente* e *complessivamente* possiamo definire dell'*imprenditore occulto* ovvero dell'ampia e diversificata casistica in cui l'imprenditore, individuale o collettivo, che spende il proprio nome nell'esercizio dell'attività economica, è in realtà *eterodiretto* da altro imprenditore, individuale o collettivo.

Negli ultimi mesi le Corti di merito si sono ripetutamente pronunciate in materia con provvedimenti, pur articolati, che continuano tuttavia a risentire in modo sensibile dei consolidati orientamenti giurisprudenziali del passato, ormai superati dal nuovo assetto normativo. E pur se qualche sentenza manifesta tendenze evolutive ([Tribunale di Vicenza, 23 novembre 2006](#)), non arriva a recepire i risultati della intervenuta rivoluzione e cioè che le variegate fattispecie di imprenditore occulto e soprattutto le connesse tecniche di reazione *all'abuso della personalità giuridica*, ed in particolare quella dell'estensione del fallimento (come intesa finora), sono definitivamente superate dal nuovo impianto normativo che pone al centro del sistema *la responsabilità derivante dall'attività di abusivo dominio sull'impresa*.

[©] Relazione al Convegno di studi *Crisi dell'Impresa e tutela del credito*, Università degli Studi del Molise, Campobasso 8 e 9 giugno 2007.

Quando l'impresa o le imprese *dominate* sono società di capitali *eterodirette* contro l'interesse sociale, e cioè utilizzate come veicolo di una condotta economica e strategica unitaria *nell'interesse extrasociale*, la questione non è più l'imputazione sostanziale degli atti¹, nè l'abuso della personalità giuridica², nè lo squarcio della segregazione³, né la simulazione di società⁴, nè la trasformazione tacita in società in nome collettivo irregolare⁵, né il ripristino della regola della responsabilità illimitata di cui all'art. 2740 c.c.⁶, ma appunto l'abuso dell'attività di dominio.

La normativa di cui agli artt. 2497 ss. del codice civile, unitamente a quella di cui agli artt. 147 ss. della legge fallimentare, esclude la possibilità dello squarcio della segregazione mediante la "estensione" della responsabilità, che rimane una tecnica possibile solo per le società di persone e per la società in accomandita per azioni, per tipi cioè che contemplan una connaturata responsabilità illimitata dei soci o di alcuni di essi (gli accomandatari)⁷.

¹ W. Bigiavi, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954; Id., *Difesa dell'«Imprenditore occulto»*, Padova, 1962.

² Sul tema dell'abuso della personalità giuridica cfr. 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*, in *Contr. e impr.*, 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 s.; C. Esposito, *La "categoria" dell'abuso "nella" personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 5 s.

³ Ci riferiamo ad elaborazioni ispirate alle tecniche utilizzate in altri ordinamenti, ed in particolare a quella del *piercing the corporate veil* (cfr. M. Tonello, *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, Padova 1999, 2; J. Garrido, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, Milano 1998, 358) e della *Durchgriffshaftung* (al riguardo per tutti l'autorevole ricostruzione di G.B. Portale, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, *Riv. soc.*, 1991, 3 s.).

⁴ Nel senso che la società rappresenterebbe solo una simulazione per occultare nei confronti dei terzi la diversa volontà dei soci riconducibile alle cause di nullità di cui all'art. 2332 c.c. (Cass., 30 giugno 1955, n. 2016, in *Dir. fall.*, 1955, II, 609, V. Salandra, *Le società fittizie*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 290; A. Cicu, *Simulazione di società commerciali*, *ivi*, 1936, II, 141).

⁵ F. Ferrara jr., *Società etichetta e società operante*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, 668.

⁶ Il riferimento è alla nota teoria dell'imprenditore indiretto, in base alla quale la persona giuridica sarebbe solo uno strumento del linguaggio che riassume quella speciale disciplina che, in deroga al diritto comune, l'ordinamento avrebbe previsto per limitare la responsabilità delle persone fisiche in presenza di determinati presupposti, a condizione che siano rispettate le regole del diritto societario e la cui violazione comporta abuso della personalità giuridica e ripristino della regola della responsabilità illimitata (F. Galgano, *I gruppi di società*, in *Trattato* diretto da F. Galgano, Torino, 2001, 231 s.; T. Ascarelli, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 233)

⁷ 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

Il nuovo comma 1 dell'art. 147, 1. fall., infatti, circoscrive espressamente la regola dell'estensione ai soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili, di società appartenenti "ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del Titolo V del Libro V del codice civile". Per queste ultime in assenza di dati formali per l'imputazione della responsabilità, la scelta normativa non è l'esistenza nell'ordinamento di criteri di imputazione sostanziale diversi dalla *spendita del nome* oppure l'assimilazione, altrettanto sostanziale ed improbabile, tra socio illimitatamente responsabile e imprenditore individuale, ma una vera e propria eccezione normativa che altri ordinamenti hanno peraltro abbandonato⁸. Eccezione che il legislatore fallimentare, alla luce dell'art. 2361 c.c., inevitabilmente (e per alcuni versi pleonasticamente) ha esteso anche alle persone giuridiche che rivestano la qualità di soci illimitatamente responsabili della fallita.

Tuttavia questa restrizione dell'alveo di applicazione produce un risultato sistematico ben più rilevante: la tecnica dell'estensione, mentre nelle società contemplate nel nuovo comma 1 dell'art. 147, 1. fall., non produce alcun superamento del diaframma della personalità, nelle altre società di capitali lo avrebbe prodotto. Tant'è che l'approdo finale della *teoria dell'imprenditore occulto* era la ripercussione del fallimento *sul socio tiranno*. In estrema sintesi tale teoria partendo, come noto, dalla disciplina, di cui all'art. 147 1. fall., del fallimento del socio occulto di società palese, passando, attraverso l'applicazione analogica della norma citata, al fallimento del socio occulto di società occulta e della società stessa, arrivava ad

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 (al riguardo mi permetto di rinviare a 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. Tuttavia ci pare che la qualificazione di socio illimitatamente responsabile di una società in accomandita – che l'accomandante comunque acquista con l'ingerenza - lo faccia rientrare a pieno titolo nell'alveo di applicazione (in questo senso era orientata la giurisprudenza prima della riforma Cass. 6 giugno 2000 n. 7554, in *Fallimento* 2001, 555; Cass. 28 aprile 2004 n. 8093, in *fallimento* 2005, p. 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).

⁸ E' stato evidenziato che il principio antico dell'automatico assoggettamento dei soci illimitatamente responsabili al fallimento in ripercussione della procedura aperta a carico della società (già contenuto nell'art. 847 del codice di commercio del 1882) è una scelta normativa che non presenta connotati di necessarietà (A. Nigro, *Articolo 147*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio, Vol. II, Torino, 2007, 2169). Tant'è che molte legislazioni lo hanno da tempo superato (da ultime la legge di riforma *spagnola* del 9 luglio 2003 e quella francese del 26 luglio 2005).

affermare sempre in via analogica, il fallimento dell'imprenditore individuale occulto che dirigeva il suo prestanome. Tale impostazione, attraverso poi la trasposizione nell'ambito delle società di capitali, arrivava a teorizzare il fallimento del socio tiranno, cioè del socio che si serve della società come cosa propria al fine di perseguire fini ed interessi del tutto personali⁹. La ricostruzione per cui il socio illimitatamente responsabile fallisce anche se non se ne spende il nome - funzionale ad affermare che nell'ordinamento oltre alla spendita del nome esiste un criterio di imputazione sostanziale degli atti di impresa in capo al soggetto nel cui interesse vengono posti in essere – non serviva al risultato teorico di giustificare la norma di cui all'art. 147, l. fall., ma di estenderla a fattispecie non espressamente contemplate.

La restrizione dell'alveo di applicazione traccia una linea di demarcazione netta nel senso che la norma costituisce una eccezione per i soci illimitatamente responsabili di alcuni tipi di società¹⁰. Tant'è che fuori da questi casi non c'è la responsabilità patrimoniale "automatica" in estensione, ma deve esserci altro: l'autonomo accertamento dell'abuso del *dominio* sull'impresa. In questa indagine il momento centrale non è dato da indici formali come la qualità di socio unico (diretto o indiretto), oppure l'esistenza di un *contratto di dominazione*, ma dalla configurazione di una attività di direzione dell'impresa, individuale o collettiva, *abusiva* cioè contro l'interesse dell'impresa eterodiretta e in violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale. I titolari di pretese creditorie, in senso lato, di società insolventi, potranno agire contro il *dominus*, e laddove sia a sua volta qualificabile come imprenditore insolvente e ne esistano i requisiti, chiederne l'autonomo fallimento.

Lo spartiacque crea due versanti: quello del fallimento dell'imprenditore individuale e delle società di persone ed in accomandita per

⁹ W. Bigiavi, *L'imprenditore occulto*, cit.; Id., *Difesa dell'Imprenditore occulto* cit.; Id., *Responsabilità del socio tiranno*, in *Foro it.*, 1960, I, 1180; Id., *Società controllata e società adoperata "come cosa propria"*, in *Giur.it.*, 1959, I, 1, 623; Id., *Fallimento dei soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, ivi, 1954, I, 2, 691; Id., *L'imprenditore occulto nelle società di capitali e il suo fallimento "in estensione"*, ivi, 1959, I, 2, 149; Id., *"Imprese di finanziamento" come surrogati del socio tiranno-imprenditore occulto*, ivi, 1967, IV, 49. *Contra*: per primo T. Ascarelli, *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956, I, 405; Id., *Ancora sul socio sovrano e sulla partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, ivi, 1957, I, 14433.

¹⁰ In tal senso ormai consolidato in giurisprudenza, cfr. tra le altre Cass. 4 giugno 1992, n. 6852, in *Fallimento*, 1992, 928; Cass. 24 luglio 1997, n. 6925, in *Dir. fall.*, 1998, II, 906.

azioni, dove si rafforza e si amplia la regola dell'estensione; e quello della società di capitali dove viene definitivamente esclusa¹¹.

In questo senso vanno anche i commi 4 e 5 del nuovo art. 147, l. fall., che contemplano il fallimento in estensione del socio *occulto*, scoperto dopo la dichiarazione di fallimento della società, ma soprattutto il fallimento in estensione della *società occulta*¹² insolvente¹³ e dei soci illimitatamente responsabili¹⁴ quando si scopra successivamente il carattere societario dell'impresa individuale originariamente dichiarata insolvente.

Viceversa, la ripercussione del fallimento di una società di capitali sull'imprenditore occulto, sulla *holding* di fatto od occulta, sul socio tiranno, sull'azionista sovrano, sull'amministratore di fatto, non può più passare, neppure sul piano meramente teorico, attraverso il tentativo di trovare nell'art. 147 l. fall., un principio generale di imputazione diverso dalla *spendita del nome*¹⁵, ma passa attraverso il microsistema normativo di cui agli artt. 2497 c.c., ss.: in ogni caso non si tratterà di squarcio del velo della

¹¹ In senso diametralmente opposto andava il primo progetto di riforma della Commissione c.d. Trevisanato che all'art. 5, 1° co., lett. c) ti (testo di maggioranza) prevedeva: «[...] l'estensione della procedura a chi, ancorché socio limitatamente responsabile, ha fraudolentemente disposto della società insolvente come di cosa propria ovvero, nell'interesse proprio o di terzi, dolosamente attuato una gestione idonea a determinare l'insolvenza». Analogo il tenore dell'art. 37 del progetto della seconda commissione Trevisanato, che prevedeva l'estensione della procedura di liquidazione concorsuale anche ai «soci che, pur se limitatamente responsabili, hanno disposto, anche indirettamente, dei beni sociali come di cosa propria attuando fraudolentemente, nell'interesse proprio o di terzi, una gestione che ha determinato l'insolvenza».

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ E' inevitabile 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 *Fallimento* 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, *Articolo 147*, cit., 2182 n. 57).

¹⁵ La eccezione di cui al 147 comma 1, l. fall., si applica ora espressamente alle S.a.p.a. come peraltro riteneva già la dottrina prevalente (cfr. A. Nigro, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, 1974, 10 s.) anche se non mancavano posizioni in senso contrario (Cfr. per tutti R. Costi, *L'azionista accomandatario*, Padova, 1969, 218 s.).

personalità ma di *responsabilità da abusivo dominio*, che potendo talora configurare un esercizio professionale dell'attività d'impresa può generare, in caso di insolvenza, l'assoggettamento a procedure concorsuali del *dominus*. Si tratta evidentemente di procedura del tutto autonoma cui può dare impulso il curatore od il commissario cui l'art. 2497, comma 4, c.c., attribuisce la legittimazione all'azione nel caso di fallimento, liquidazione coatta e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento.

Anche la responsabilità illimitata per le obbligazioni sorte nel periodo in cui il socio era azionista o quotista unico, che non ha adempiuto ai dettami di cui agli artt. 2325, comma 2, e 2462 comma 2, c.c., non produce più infatti alcuna estensione visto che l'art. 147, l. fall., novellato esclude dall'ambito applicativo società per azioni ed a responsabilità limitata¹⁶.

L'esclusione dall'alveo della fallibilità dell'unico azionista produce a cascata una serie di conseguenze sulle applicazioni, analogiche od estensive, che si fondavano su questo presupposto.

L'eventuale autonomo fallimento del socio unico non è ricollegabile allo *status* di socio, ma al fatto che lo stesso abbia esercitato un dominio abusivo, utilizzando questa condizione ma in linea di principio anche prescindendo da questa¹⁷ e sia qualificabile imprenditore commerciale insolvente. Peraltro mentre la legittimazione del curatore ad escutere il socio unico in quanto tale è discussa e discutibile, non rientrando tra le azioni esperibili dalla società¹⁸, quella ad escuterlo come eventuale *dominus* abusivo è, come visto, espressamente contemplata dalla legge.

¹⁶ Da ultimo sul rapporto tra art. 2462, comma 2, c.c., ed art. 147, l. fall. (prima della riforma) cfr. Trib. Roma 9 giugno 2004, in *Dir. fall.*, 2005, 1037 con nota di A. Gangemi, *Il fallimento in estensione del socio unico di società a responsabilità limitata*.

¹⁷ L'impostazione che la eventuale responsabilità del socio unico in quanto tale non possa essere fatta valere dal curatore del fallimento sociale (Cass 27 maggio 1997, n. 4701 cit.; Trib. Roma 3 maggio 1996, in *Giur. it.*, 1996, I, 708; Trib. Milano, 12 gennaio 1984, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, II, 296; in dottrina dopo la riforma nello stesso senso V. Caridi, *Articolo 147*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro-Sandulli, T. II, Torino, 2006, 901; *contra*: F. Guerrera, *Il fallimento delle società*, in www.fallimentoonline.it, che dopo aver lamentato il mancato intervento del legislatore delegato rileva che la concentrazione della legittimazione in capo al curatore sia una soluzione più razionale ed efficiente per la massa dei creditori). Cfr. sul tema A. Nigro, *Società unipersonali e procedure concorsuali*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, II, 1395.

¹⁸ In questo senso già la giurisprudenza della Cassazione (Cass. 27 maggio 1997 n. 4701, in *Dir. fall.*, 1998, II, 43; Cass. 28 aprile 1994 n. 4111, 901), anche se ampio e variegato l'orientamento contrario in dottrina ed in giurisprudenza (sul quale cfr. M. Fabiani, *Società insolvente e responsabilità del socio unico*, cit.).

Il nuovo quadro normativo supera quindi del tutto anche le elaborazioni della c.d. *supersocietà*, ossia una società di fatto tra persone fisiche e società di capitali¹⁹, e della *holding tiranna*, riadattata da una certa giurisprudenza²⁰, che applicando analogicamente ovvero estensivamente²¹, la regola della responsabilità illimitata del socio unico, ne affermava l'imputazione delle passività di ciascuna società del gruppo²², pervenendo alla fine alla fallibilità di tale socio unico²³.

¹⁹ Al riguardo T. Ascarelli, *Imprenditore occulto e partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, in *Foro it.*, 1959, I, 1519; G. Romano Pavoni, *Imprenditore occulto e società di fatto tra persone fisiche e società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 53. L'impraticabilità della ricostruzione non è più collegata, per effetto della riforma del diritto societario, alla nullità della partecipazione di società di capitali a società di persone (Trib. Campobasso 18 settembre 2003, in *Riv. giur. mol. sannio*, 2004, 25 con nota di F. Angiolini, *Il Caso "Nuova Europa 2000": la holding di fatto*).

²⁰ Cfr. Trib. Messina, 15 febbraio 1996, in *Giust. civ.*, IV, 1996, 1799; in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 533 con nota di E. Gliozzi e in *Fallimento*, 1996, 792, con nota di M. Maienza; Trib. Bologna 23 ottobre 1998, in *Dir. Fall.* 1999, II, 11254, in *Società*, 2002, p. 333 con nota di M. Petruzzello, *Una singolare crisi di identità: la holding di fatto si trasforma in socio unico*; App. Catania, 18 gennaio 1997, cit.; Trib. Messina, 24 dicembre 1993; Trib. Sulmona 8 novembre 2005, in *Fallimento*, 2005, 952. In tale senso anche Trib. Messina, 8 marzo 1994, con nota di M. Miola, *Osservazioni a Trib. Messina 24 dicembre 1993 e 8 marzo 1994 in tela di unicità della procedura fallimentare nei confronti di società di capitali utilizzate come schermo di società di fatto*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1995, II, 251.

²¹ La Cassazione, invece, con un'applicazione estensiva della norma contenuta all'art. 2362 c.c., e quindi diretta, dopo aver sostenuto che la prova dell'intestazione fittizia o fraudolenta delle azioni di minoranza può essere data attraverso la dimostrazione di un comportamento tirannico del socio di maggioranza, ha affermato che la dimostrazione della natura fittizia o fraudolenta, consentisse di dichiarare la nullità, con la conseguente concentrazione della disponibilità di tutte le azioni nelle mani del socio unico-tiranno (Cass., 25 gennaio 2000, n. 804, in *Società*, 2000, 846). Nello stesso senso l'articolato (ma ormai superato) Trib. Napoli, 10 marzo 2004, in *Dir. fall.*, 2004, 594, che dopo aver rilevato che la suprema Corte in svariate pronunce (6413\83, 7152\83, 73\87, 4586\87, 6687\87.4532\98) afferma che l'accertamento, anche in via incidentale ed indiziaria, della fittizietà della pluralità dei soci, ben può essere effettuato dal tribunale al fine di ricavarne effetti pratici nella decisione della lite, qualora si dovesse affermare che un socio ha nella sostanza il dominio integrale della società (perché socio di fatto unico) ed abbia approfittato dell'apparente pluralità dei soci, si applicano le regole proprie dell'art. 2362, c.c., con la conseguenza della sua illimitata responsabilità.

²² Cfr. R. Weigmann, *Oltre l'unico azionista*, in *Giur. comm.*, 1986, II, 537 ss.; G. La Villa, *Società strumentali e profili di responsabilità*, Milano, 1981, 82 ss.; G.L. Pellizzi, *Unico azionista e controllo totalitario indiretto*, in *Giur. comm.*, 1981, II, 615; S. Scotti Camuzzi, *Unico azionista, gruppi, "lettres de patronage"*, Milano, 1979, 155 s.; Id., *L'unico azionista*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo-G.B. Portale, vol. II, tomo 2, Torino, 1991, 896; R. Rordorf, *Socio unico e società di capitali*, in *Società*, 1994, 596. *Contra* e salvo prova del carattere simulato dell'intestazione delle residue partecipazioni (cfr. G.F. Campobasso, *La responsabilità del socio nella società a responsabilità limitata unipersonale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 229; G. Oppo, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 123; G. Scognamiglio, *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 369). Nello stesso senso in giurisprudenza Cass., 9 dicembre 1976, n. 4577, in *Giur. comm.*, 1977, II,

2. L'abuso del dominio sull'impresa eterodiretta

La fattispecie in esame non pone dunque problemi di partecipazione totalitaria o di intestazione fittizia, nè di mandato o di rappresentanza, né di imputazione degli atti o di imputazione della *conoscenza*, ma di imputazione dell'attività di dominio, della ricorrenza di un abuso della direzione e del coordinamento ed eventualmente di organizzazione professionale della stessa attività.

L'attività di dominio è di per sé lecita e configura una situazione soggettiva attiva di cui può, e talora deve, farsi uso²⁴; diviene fonte di responsabilità solo se *abusiva* ovvero se il *dominus* la esercita nell'interesse proprio od altrui, e comunque non nell'interesse del dominato, e se è contraria ai criteri di corretta gestione imprenditoriale e societaria. La clausola generale di correttezza funziona da regola di comportamento e indirizza proprio l'esercizio della direzione unitaria.

A differenza della teoria dell'imprenditore occulto²⁵, che mirava a ricostruire la responsabilità del soggetto nel cui interesse veniva svolta

628; Cass., 9 dicembre 1982, n. 6712, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 201; Cass., 29 novembre 1983, n. 7152, in *Giust. civ.*, 1984, I, 313; Cass., 9 maggio 1985, n. 2879, e Cass., 24 febbraio 1986, n. 1088, *ivi*, 1986, II, 537; Cass., 17 gennaio 1987, n. 73, in *Società*, 1987, 364; Cass., 27 agosto 1987, n. 7064, *ivi*, 1987, 1149; Trib. Udine 26 gennaio 1967, in *Giur. it.*, 1967, I, 2, 225; Trib. Genova 12 dicembre 1970, in *Giur. it.* 1971, I, 2, 586; Trib. Milano, 11 dicembre 1984, in *Foro pad.*, 1985, I, 75; Trib. Genova, 12 febbraio 1986, in *Giur. comm.*, 1987, II, 148; Trib. Tortona, 11 marzo 1993, in *Dir. fall.*, 1995, II, 746; Trib. Spoleto, 28 gennaio 1994, in *Società*, 1994, 946. In senso contrario App. Bologna, 27 settembre 2001, in *Dir. fall.*, 2002, II, 96; Trib. Ravenna, 28 marzo 1987, in *Dir. fall.*, 1988, II, 138; Trib. Bologna, 13 novembre 1990, in *Società*, 1991, 816; Trib. Ferrara, 7 marzo, 1994, in *Fallimento*, 1994, 1190; Trib. Milano, 19 ottobre 1995, in *Dir. fall.*, 1997, II, 737.

²³ In verità anche prima delle riforme era assai opinabile il fallimento dell'unico azionista, in senso contrario tra gli altri A. Jorio, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, Milano, 2000, 168; a favore L. Bianchi D'Espinosa, *L'estensione del fallimento di una società per azioni all'unico azionista*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1951, II, 113 ss.; U. Azzolina, *Sull'estensibilità del fallimento all'unico azionista o quotista della società*, in *Foro pad.*, 1958, I, 643; e in giurisprudenza tra le tante cfr. App. Bologna, 27 settembre 2001, cit.; Trib. Pisa, 21 aprile 1999, cit.; Trib. Bologna, 24 novembre 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 2739; Trib. Bologna, 23 ottobre 1998, in *Dir. fall.*, 1999, II, 1254; Trib. Milano, 6 ottobre 1997, in *Dir. fall.*, 1998, II, 1142; Trib. Milano, 22 aprile 1997, in *Società*, 1997, 1312; Trib. Monza, 24 maggio 1996, in *Dir. fall.*, 2000, II, 127; Trib. S. Maria Capua Vetere, 1 marzo 1996, in *Dir. fall.*, 1997, II, 1059.

²⁴ Sul dovere di esercizio della direzione unitaria in particolare L. Rovelli, *La responsabilità della capogruppo*, in *Fallimento*, 2000, 1098 ss.; B. Libonati, *Responsabilità del e nel gruppo*, in *Aa.Vv.*, I gruppi di società, Atti del convegno internazionale di studi, cit., II, 1489; P.G. Marchetti, *Controllo e poteri della controllante*, in *Aa.Vv.*, I gruppi di società, Atti del convegno internazionale di Studi, cit., II, 1556 s.

²⁵ O di quella dell'imprenditore *indiretto*,

l'attività senza spenderne il nome, nel sistema concepito dal legislatore non occorre neppure accertare che l'interesse perseguito dalla condotta unitaria sia quello del *dominus*, ma è sufficiente che sia un interesse *extrasociale* rispetto a quello delle società eterodirette.

Mentre nella disciplina di cui agli artt. 2373 e 2391, c.c., l'interesse altrui è un interesse extrasociale individuale od occasionale del socio o dell'amministratore, di fatto o di diritto, nel sistema di cui all'art. 2497, c.c., è proprio l'interesse che costituisce la ragione determinante del controllo ed è un interesse alla direzione dell'impresa dominata.

Il dominio può essere attuato *mediante tutti gli strumenti possibili*. Il controllo assembleare e l'*influenza* dominante (in via partecipativa o contrattuale) possono rappresentare indici meramente presuntivi, ma il controllo e la direzione possono concretizzarsi *anche di fatto* con le modalità più disparate.

Gli artt. 2497 *sexies* e *septies*, c.c., contemplano ad esempio mere presunzioni relative²⁶. Si tratta dei casi in cui esistono contratti istitutivi del c.d. controllo esterno o per dipendenza economica (ad es. somministrazione in esclusiva, agenzia, licenza, ristrutturazione crediti)²⁷ e contratti costitutivi del diritto di esercitare un penetrante controllo gestionale sulla società²⁸, di tipo verticale²⁹ od orizzontale³⁰.

²⁶ Sulla natura e gli effetti delle presunzioni in esame cfr. A. Niutta, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-sexies e 2497-septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 983 s.

²⁷ Si pensi al caso dell'impresa economicamente dipendente che produce in esclusiva o distribuisce in esclusiva prodotti della dominante e che se impone condizioni e prezzi contrari all'interesse della dominata ed alla corretta gestione imprenditoriale, esercita un dominio abusivo. Più in generale si tratta dei contratti in cui le prestazioni previste siano essenziali per una delle imprese che li ha stipulati.

²⁸ Nell'ambito del terzo comma dell'art. 2359, con riferimento all'influenza notevole, rientrano anche i contratti contemplati dall'art. 26, comma 2, lett. A), d.lgs. n. 127 del 1991 (la relazione di accompagnamento precisava che nonostante l'ordinamento non ammette contratti di dominazione "si è ritenuto di poter prevedere l'ipotesi in considerazione dell'eventualità che il diritto applicabile ai rapporti con un'impresa figlia estera consenta la stipulazione di tale contratto").

²⁹ Non è questa la sede per poter affrontare il delicato tema dei contratti di dominazione (*Beherrschungsverträge*) ed in particolare della loro illegittimità nel nostro ordinamento (al riguardo cfr. R. Santagata, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il Nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, 2007, 799 s.).

³⁰ Secondo un certo orientamento l'art. 2497 *septies*, c.c., ha come referente il gruppo paritetico (R. Santagata, op. loc. ult. cit.) in linea con l'interpretazione proposta dalla Relazione illustrativa del d. lgs. n. 34 del 2004 e n. 310 del 2004 (*contra*: A. Valzer, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 874, secondo cui i contratti alla fonte dell'attività di direzione e coordinamento, proprio in virtù del contenuto precettivo dell'art. 2497 *septies*, c.c., non possono che essere contratti che riguardano gruppi gerarchici). Secondo altra interpretazione i contratti di dominio ivi contemplati potranno implicare

Lo stesso sistema delle presunzioni evidenzia implicitamente che la eterodirezione non ha modalità tipiche di attuazione e quindi neppure di accertamento quando si verifica di fatto, soprattutto attraverso *direttive impartite fuori da schemi negoziali*.

Spesso nella pratica, come nelle vicende oggetto dei provvedimenti in epigrafe, la direzione si esplica attraverso la prestazione di fideiussioni e avalli³¹, l'erogazione di imponenti finanziamenti e più in generale, attraverso la gestione dei rapporti con gli istituti di credito, anche mediante operazioni comuni a più società del gruppo, che (lunghi dal configurare la *fictio* del discutibile espediente della c.d. impresa fiancheggiatrice o *a latere*³², titolare di una sorta di autonoma impresa di finanziamento) può rappresentare la modalità frequente con la quale si attua il *dominio*. Il finanziatore può essere un socio di maggioranza³³ oppure anche un estraneo alla società che per effetto di una totale dipendenza economica dell'impresa finanziata acquista la veste di vero e proprio *dominus*.

Anche nel caso dell'impresa *illicita*, esaminata dal Tribunale di Vicenza, la capogruppo invece di svolgere attività economica in via diretta, dirige e coordina, *scatole vuote* strumentali a vere e proprie truffe. In questo contesto si pensi al caso limite dell'impresa mafiosa che *domina* imprese di terzi imponendo una condotta economica attraverso pratiche di tipo intimidatorio (come avviene in alcuni specifici settori in determinate aree del Paese dove il mercato di certi servizi o prodotti è *controllato*).

l'obbligo della società sottoposta, e per essa dei suoi amministratori, di attenersi alle strategie imprenditoriali impartite da chi esercita la direzione, ma non fino al punto di escludere ogni autonomia di valutazione e di decisione (R. Rordorf, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, 541).

³¹ Sul rapporto tra concessione di reiterate fideiussioni e qualità di socio di fatto nelle società di persone mi permetto di rinviare a F. Fimmanò, *Il fallimento del fideiussore*, in *Banca, borsa*, 1995, II, 619.

³² Cass., 10 agosto 1990, n. 8154, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 591; Cass., 23 settembre 1958, n. 3035, in *Dir. fall.*, 1958, II, 585; Cass., 6 aprile 1966, n. 907, in *Foro it.*, 1966, I, 1037, con nota di P. Vitale, *Socio "finanziatore abituale" della società, pretesa "attività intermediaria nella circolazione dei crediti" e "impresa fiancheggiatrice"*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, II, 468; App. Firenze, 3 novembre 1956, in *Giur. tosc.*, 1957, 126; App. Torino, 28 settembre 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 578; Trib. Roma, 22 luglio 1959, in *Dir. fall.*, 1959, II, 678; Trib. Roma, 14 luglio 1981, in *Foro it.*, 1981, I, 2552; Trib. Roma, 2 agosto 1983, in *Giur. merito*, 1985, 358; Trib. Cosenza, 27 maggio 1991, in *Giur. comm.*, 1993, II, 452; Trib. Torino, 15 gennaio 1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 1114;. In termini molto critici sull'espediente giurisprudenziale P. Spada, *Della permeabilità differenziata della personalità giuridica nell'ultima giurisprudenza commerciale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 429 s.

³³ Come noto l'art. 2497 quinquies, c.c., rende applicabile la disciplina di cui all'art. 2467, c.c., a qualsiasi finanziamento operato in favore di una società dall'ente capogruppo o da altra società del medesimo gruppo.

Nel caso poi delle società di gestione di pubblici servizi locali addirittura il controllo totale ed incondizionato rappresenta la condizione richiesta dalla legge per l'affidamento diretto dei servizi stessi³⁴. La Corte di giustizia europea ha escluso la configurabilità delle c.d. società *in house providing* nel caso in cui gli amministratori della società eterodiretta esercitino autonomamente i poteri di gestione³⁵.

Nell'ambito, ancora, della disposizioni "per la ristrutturazione e per la disciplina dei gruppi bancari", contenute nel d. lgs. n. 356 del 1990, l'art. 25 sanciva testualmente che la capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, emana le direttive; riconoscendo una vera e propria espressione di supremazia gerarchica meritevole per il legislatore di tutela nell'ordinamento³⁶.

La disciplina dell'Amministrazione straordinaria, poi, contiene una serie di norme, che analizzeremo più avanti, che confermano nell'assetto complessivo la fisiologia della eterodirezione come uso legittimo di una *situazione soggettiva attiva* e la patologia in termini di abuso che assume rilevanza ai fini della gestione dell'insolvenza di gruppo. E ciò è particolarmente rilevante in quanto l'assetto risultante dalle riforme presenta, nella tematica in oggetto, una continuità logica ed *ideologica* rispetto alla c.d. *Prodi bis*³⁷. E' stato correttamente rilevato che si può abusare solo di una situazione soggettiva attiva "di cui si può fare legittimamente uso; ossia di una situazione di cui si è titolari (per effetto del controllo, nelle sue varie

³⁴ L'art. 14 del d.l. n. 269 del 2003 convertito con modificazioni nella legge n. 326 del 2003 consente l'affidamento diretto del servizio pubblico ad una società di capitali a partecipazione interamente pubblica, a condizione che l'ente o gli enti titolari del capitale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano

³⁵ I giudici hanno statuito che "le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi non si applicano se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sulla società concessionaria dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se detta società realizza la maggior parte della sua attività con l'autorità concedente. E' escluso che l'autorità pubblica concedente eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi nel caso in cui nell'ente concessionario - una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale - il consiglio di amministrazione possieda amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente" (Corte di giustizia europea, Sezione I, 13 ottobre 2005, n. c-458/2003, in *Giur. comm.*, 2006, II, 777, con nota di I. Demuro, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*).

³⁶ In questo caso si tratta della tutela dell'interesse, di rilievo pubblicistico, alla stabilità del sistema bancario. Chiaramente la fattispecie non pone problemi fallimentari vista l'esclusione espressa dell'ente pubblico dall'alveo dei soggetti fallibili.

³⁷ Riformata con il d. lgs. 8 luglio 1999 n. 270, proprio con l'idea di agganciarla successivamente alla rielaborazione del sistema delle procedure concorsuali.

accezione) e che si estrinseca in diritti o poteri o facoltà. Se non c'è questa posizione attiva non c'è abuso, c'è fatto illecito”³⁸.

Insomma si tratta di un vero e proprio potere giuridico ed è conseguentemente riduttivo affermare che la norma di cui all'art. 2497,c.c. esprime un valore dell'ordinamento – desumibile anche dal principio del *neminem laedere*– secondo cui la influenza patologica della gestione altrui espone l'autore al risarcimento dei danni³⁹.

La responsabilità del *dominus* sorge per effetto della violazione di un dovere specifico derivante da un preesistente rapporto obbligatorio verso soggetti determinati e non dal generico dovere del *neminem laedere* verso qualsiasi soggetto dell'ordinamento⁴⁰.

La violazione del principio di correttezza nella gestione configura gli estremi dell'inadempimento di natura contrattuale, come peraltro conferma la disciplina del recesso di cui all'art. 2497–quater, *punto b*), c.c., “quando a favore del socio sia stata pronunciata, con decisione esecutiva, condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento”⁴¹.

L'esercizio abusivo di un diritto si colloca fuori dalla sfera individuata da quel diritto, ma non per questo la conseguente responsabilità può essere semplicisticamente ricostruita in termini di responsabilità *ex art.* 2043, da fatto illecito. E' condivisibile l'impostazione di chi pur escludendo che nella fattispecie si configuri una responsabilità *ex contractu* in senso proprio,

³⁸ L. Rovelli, *Clausole generali e diritto societario: applicazione in tema di gruppi, leveraged buy out, motivazione delle delibere*, in Tratt. Contratto, a cura di V. Roppo, VI, Milano, 2006, p. 755.

³⁹ C. Esposito, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁰ Come noto la Relazione illustrativa della riforma (par. 13) si esprime nel senso della natura extracontrattuale della responsabilità *ex art.* 2497c.c., anche se ciò non ha alcun carattere vincolante per l'interprete (in tal senso F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, Tratt. dir. comm., XXIX, Padova, 2003, 186; Id., *Direzione e coordinamento di società*, in Commentario Scialoja – Branca, Bologna 2005, 92 s.; M. Maggiolo, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 191). G. Scognamiglio, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di P. Abbadessa G. B. Portale, 3, Milano, 2007 n. 10, richiama, per la responsabilità da influenza determinante e pregiudizievole, lo schema della induzione all'inadempimento.

⁴¹ Si è evidenziato che il recesso può assolvere diverse funzioni tra le quali vi è anche quella di reazione di fronte ad un inadempimento contrattuale. E mentre le altre ipotesi di recesso previste nella medesima norma (così come quelle elencate all'art. 2437 c.c.) rappresentano una tutela di fronte a modificazioni delle condizioni contrattuali imposte dalla maggioranza, il diritto di recesso *ex art.* 2497 quater punto b),c.c., trova fondamento per la funzione di impugnazione del contratto, “ossia di reazione di fronte all'inadempimento contrattuale del *dominus* ed è, per tale ragione, accompagnato dall'ulteriore sanzione del risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento stesso. Per la stessa ragione, inoltre, il recesso potrà essere esercitato solo per l'intera partecipazione del socio” (S. Giovannini, *op. cit.*, p. 37). Sul tema cfr. da ultimo R. Pennisi, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, cit, 889 s.

individua nell'abuso della direzione e del coordinamento una violazione di "obbligazioni specifiche (art. 1173) e che nella definizione di Gaio (II delle *Institutiones*), discende da *variae causarum figurae*, che i bizantini avrebbero volentieri definito quasi contrattuale, che nel sistema dell'art. 1218 (dettato sotto il titolo obbligazioni in generale) è da qualificare comunque come *contrattuale*"⁴² con – aggiungiamo noi - la conseguente applicazione del regime probatorio, meno oneroso, proprio di questo tipo di responsabilità. Peraltro secondo la Suprema Corte "il discrimine tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale va ricercato (non già nella fonte, ma), nella natura della situazione giuridica violata: se si tratta di obbligazioni, anche se non derivanti da contratto, la violazione dà luogo a responsabilità contrattuale"⁴³.

Se si trattasse di mera responsabilità da fatto illecito incomberebbe sui danneggiati l'onere di dimostrare, oltre al danno, la colpa del *dominus* e il nesso di causalità tra colpa e danno. Tenendo inoltre conto che il pregiudizio consegue ad operazioni della società eterodiretta, realizzate su indicazione del *dominus*, occorrerebbe provare che le direttive sono state effettivamente impartite e che la relativa esecuzione ha generato il danno. In ipotesi di responsabilità contrattuale l'attore è esonerato dal provare che l'inadempimento è imputabile alla controparte (art. 1218 c.c.), restando a carico di chi ha eterodiretto l'onere di provare di averlo fatto senza violare i principi di corretta gestione.

Inoltre 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 – previsto dall'art. 2497-ter, c.c., agevola ulteriormente l'*onus probandi* del creditore danneggiato. Si verifica nella fattispecie una sorta di inversione dell'onere della prova analoga a quella "che viene prevista in caso di esclusione o limitazione del diritto d'opzione ai sensi dell'art. 2441, 6° comma c.c.: qualora la *holding* intenda imporre alle controllate decisioni attinenti la gestione idonee ad incidere sul loro interesse sociale (eventualmente pregiudicandolo), è compito della società (e in particolare degli amministratori nella relazione prevista dall'art. 2428 c.c.) dimostrare le ragioni che hanno suggerito il compimento dell'atto

⁴² L. Rovelli, *op. loc. ult. cit.*,. Nel senso della natura contrattuale della responsabilità anche A. Irace, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, vol. 3, Torino, 2003, 312. Qualifica invece di tipo contrattuale quella verso i soci e di stampo *aquiliano* quella verso i creditori R. Rordorf, *op. cit.*, 545.

⁴³ Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Foro it.*, 2000, I, 2299, in tema di responsabilità dell'amministratore di fatto.

pregiudizievole”⁴⁴. Per provare la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, basterà dimostrare la incongruità o la carenza della motivazione.

Ma c'è di più nel sistema di cui agli artt. 2497 ss., c.c., accanto alla responsabilità contrattuale del *dominus* che esercita l'attività di direzione e coordinamento nell'interesse proprio od altrui e violando gli obblighi di corretto perseguimento degli interessi di gruppo quale risultante dall'equo contemperamento degli interessi delle società eterogestite⁴⁵, convive con la responsabilità risarcitoria di “*chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi abbia consapevolmente tratto beneficio*” (art. 2497 comma 2, c.c.). Modello binario che come si vedrà più avanti trova speculare conferma nella disciplina dell'Amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi.

E nello stesso quadro di riferimento si colloca la disposizione di cui all'art. 2476, comma 7, c.c., la quale sancisce, difatti, che “...*sono altresì solidalmente 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...*”⁴⁶.

3. Holding di fatto ed holder persona fisica

L'agente che esercita l'attività di abusivo dominio sui veicoli societari può essere un imprenditore occulto, persona fisica o società occulta, una *holding* di fatto oppure di diritto.

Il sistema normativo di cui agli artt. 2497 ss., c.c., non esclude *la persona fisica* anche perché l'agente o gli agenti che attuano la condotta sono alla fine *comunque* persone fisiche (imprenditori individuali, soci di holding di fatto od occulte, amministratori di fatto o di diritto) tant'è che il secondo

⁴⁴ Così S. Giovannini, *op. cit.*, 33 n. 54 che ricorda che lo stesso F. Galgano (*I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., 1033) nel commentare l'art. 2497 *ter*, c.c., riconosce che la tecnica della motivazione utilizzata nei gruppi è simile a quella già adottata per ciò che attiene alla esclusione o limitazione del diritto d'opzione.

⁴⁵ Al riguardo cfr. M. Rescigno, *Eterogestione e responsabilità nella riforma delle società di capitali tra aperture e incertezze: una prima riflessione*, *Intervento al Convegno di Alba del 23 novembre 2002*, in *Società*, 2003, 335.

⁴⁶ Qualificata come una ipotesi di danno da induzione o cooperazione all'inadempimento o all'illecito da altri commesso materialmente e quindi della riproposizione, in tema di società, di una specifica fattispecie di lesione del diritto di credito (C. Esposito, *op. cit.*, p. 20). In realtà a nostro avviso la norma rientra nello stesso sistema di cui agli artt. 2497, ss.

comma dell'art. 2497, c.c., seppure a titolo ed in una logica diversa, sancisce che comunque “*risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi abbia consapevolmente tratto beneficio*”. La norma anche se non può semplicisticamente essere letta nella espressa applicazione alla persona fisica *holder*, anche perché parla di solidarietà⁴⁷, conferma che le persone giuridiche evidentemente non possono che agire attraverso le persone fisiche che diventano solidalmente responsabili⁴⁸.

Tutto ciò non perché nell'espressione *ente* di cui agli artt. 2497 ss., c.c., debba necessariamente ricomprendersi anche l'entità persona fisica⁴⁹, come pure è stato affermato⁵⁰, ma perché il principio della responsabilità da

⁴⁷ La responsabilità solidale in quanto tale esige infatti una pluralità di soggetti obbligati oltre alla società e quindi anche il soggetto che ha partecipato o tratto profitto dall'atto.

⁴⁸ Trib. Genova 26 ottobre 1979, in *Giur. comm.*, 1981,II, 993, affermava l'assoggettabilità a fallimento, in qualità di imprenditore, dell'amministratore unico di una società di capitali fallita il quale, avvalendosi dell'organizzazione aziendale della società, abbia svolto attività imprenditoriale in proprio.

⁴⁹ Come noto nella prima versione dell'art. 2497, c.c., elaborata dalla Commissione di riforma del diritto societario (in *Riv. soc.*, 2002, 1346), era contemplata la responsabilità per “chi” esercitasse a “qualunque titolo” l'attività di direzione e coordinamento di società e, quindi, anche per la persona fisica. Nella versione definitiva, invece, la locuzione “chi” è scomparsa e si fa riferimento solo a “società o ente” in cui non può ricomprendersi la persona fisica (A. Patti, *Sub art. 2497 c.c.*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G.Lo Cascio, Milano, 2003, 243; A. Badini Confalonieri – R. Ventura, *Sub. art. 2497 c.c.*, *Il nuovo diritto societario. Commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti*, Bologna-Roma, 2004, 2166 s.; A. Bassi, *La disciplina dei gruppi*, in *La riforma del diritto societario* a cura di V. Buonocore, Torino 2004, 200; Giovannini, *La holding persona fisica nella nuova disciplina dei gruppi societari*, in *Giur. comm.*, nota a Cass. 9 agosto 2002, n. 12113, 2004, II, 30, il quale evidenzia che una modifica ancor più significativa si è avuta nell'art. 2497-bis, 2° comma, c.c., ove nella formulazione provvisoria si prevedeva l'iscrizione nell'apposita sezione del registro delle imprese “dei soggetti, persone fisiche, enti o società, che esercitano attività di direzione e coordinamento”, mentre nell'attuale definitiva versione il richiamo alle persone fisiche è stato eliminato). Al riguardo cfr. anche C. Angelici, *Il governo dei gruppi*, in *La riforma delle società commerciali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 135; A. Jorio, *I gruppi, la riforma delle società* a cura di S.Ambrosini, Milano 2003, 195, e sulla originaria formulazione L. Enriques, *Gruppi di società e gruppi di interesse*, in *Il nuovo diritto delle società fra società aperte e società private*, a cura di Benazzo, Patriarca, Presti, Milano 2003, 247.

⁵⁰ Dopo aver evidenziato che la gestazione dei lavori preparatori non assume di per sé carattere ermeneutico vincolante dato che la “*volontà del legislatore*” non assume valore precettivo a differenza della “*volontà della legge*”, si è affermato che stando alla interpretazione letterale della norma, il concetto di “ente” assumerebbe, secondo la terminologia comune, il significato di “...qualsiasi essere reale o possibile...”. Significato che non verrebbe sovvertito dal tecnicismo legislativo visto che il nostro legislatore non utilizza mai, neanche nel primo libro del codice civile, il termine *ente* sicché ad esso non può essere attribuito valore tecnico diverso da quello corrente. Le persone fisiche sono “...*enti naturali, corporali, dotati di intelletto...mentre le persone giuridiche sono enti creati dall'ordinamento giuridico...*” a dimostrazione di come la tradizione civilistica attuerebbe una parificazione del concetto “ente” in termini di applicabilità identificativa,

dominio abusivo contenuto nel microsistema di cui agli artt. 2497 ss., riguarda innanzitutto la persona fisica.

In buona sostanza mentre la responsabilità di una persona giuridica o di un soggetto di diritto, può essere anche (e spesso è) *oggettiva* (e non *indiretta* come taluno la qualifica), quella della persona fisica non può essere mai tale.

Quindi il sistema di cui agli artt. 2497 ss.,c.c., oltre a sancire un principio dell'ordinamento di responsabilità da abusivo dominio ha fatto in modo che la relativa condotta fosse ascrivibile, non solo come in passato all'agente persona fisica della controllante, ma anche all'ente giuridico. Consente in buona sostanza non l'imputazione degli atti, ma *l'imputazione* dell'attività di abusivo dominio, se del caso organizzata professionalmente, con tutte le conseguenze della fattispecie.

Questa ricostruzione trova conferma in un ulteriore dato positivo contenuto nel d.lgs. n. 270 del 1999, in tema di Amministrazione straordinaria della grande impresa in stato di insolvenza.

L'art. 80 comma 1, al fine di individuare l'area di applicazione *dell'estensione* della procedura individua: le imprese che controllano direttamente o indirettamente la società sottoposta alla procedura madre; le società direttamente o indirettamente controllate dall'impresa sottoposta alla procedura madre o dall'impresa che la controlla; le imprese che, per la composizione degli organi amministrativi *o sulla base di altri concordanti elementi*, risultano soggette ad una direzione comune a quella dell'impresa sottoposta alla procedura madre.

Inoltre al secondo comma precisa che agli effetti del comma 1, “il rapporto di controllo sussiste, anche con riferimento *a soggetti diversi dalle società*, nei casi previsti dall'articolo 2359, primo e secondo comma, del codice civile”⁵¹. Evidentemente tra i soggetti diversi dalle società ci sono innanzitutto le persone fisiche.

Ed a conferma della distinzione tra responsabilità *risarcitoria dell'agente* e responsabilità patrimoniale del *dominus* attuata mediante la citata estensione, lo stesso d.lgs. 270 del 1999, sancisce all'art. Art. 90 (Responsabilità nei casi di direzione unitaria) che “*Nei casi di direzione*

tanto alle persone fisiche che a quelle giuridiche (C. Esposito, *op.cit.*, 29 s.). Nello stesso senso R. Sacchi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 661 (posizione che l'autore definisce legata ad evitare l'abbassamento della tutela delle minoranze e dei creditori).

⁵¹ Cfr in tema F. D'Alessandro, *Imprese individuali, gruppi e amministrazione straordinaria*, in *Giust. civ.*, 1981, I, 3022; G. Scognamiglio, *Società di persone e imprese individuali di gruppo nell'amministrazione straordinaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 622 e 811.

*unitaria delle imprese del gruppo, gli amministratori delle società che hanno abusato di tale direzione rispondono in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente dei danni da questi cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive impartite”*⁵². E, come anticipato, il modello è riprodotto anche nel sistema di cui agli artt. 2497 ss., c.c., dove la responsabilità contrattuale del *dominus* (persona fisica o meno) che esercita l’attività di direzione violando i criteri di corretta gestione imprenditoriale, affianca la responsabilità risarcitoria di “*chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi abbia consapevolmente tratto beneficio*”.

D’altra parte non avrebbe alcun senso affermare che se il *dominus* è una società di fatto tra più persone fisiche risponde dell’abusivo dominio e se è una singola persona fisica invece no. Tale sperequazione contrasterebbe col “criterio ermeneutico di coerenza e congruenza dell’ordinamento giuridico”⁵³ e soprattutto con il principio costituzionale di uguaglianza, visto che non è possibile trovare *aliunde* casi in cui il soggetto danneggiato riceve o meno tutela a secondo che il danneggiante sia persona giuridica o fisica. Insomma nel sistema della responsabilità da direzione e coordinamento deve intendersi che il più comprende il meno⁵⁴.

Evidentemente laddove il *dominus* è una singola persona fisica occorrerà dimostrare per passare dalla responsabilità risarcitoria a quella “patrimoniale” la sua qualità di imprenditore individuale che esercita professionalmente l’attività organizzata di direzione e coordinamento, viceversa l’accertamento di una società di fatto tra più persone fisiche rende

⁵² Una certa dottrina ha ritenuto inapplicabile l’art. 2497 c.c. affermando che tuttavia la questione sia ininfluenza potendosi giungere alla applicazione di responsabilità da direzione e coordinamento in capo alla persona fisica in ragione dell’art. 2043 c.c. (L. Guglielmucci, *La responsabilità per direzione e coordinamento di società*, *Dir. Fall.* 2005, I, 41, il quale precisa altresì che diverse disposizioni del corpo normativo dedicato alla direzione e coordinamento non sarebbero applicabili alla persona fisica). In realtà una impostazione del genere renderebbe la regola inutile anche per le persone giuridiche, laddove il suo nucleo fosse evincibile sempre e comunque dall’art. 2043 c.c.. Peraltro il riferimento alla norma di cui all’art. 2043 c.c. non è possibile in quanto il sistema della responsabilità da direzione e coordinamento va ricostruita in termini di responsabilità contrattuale.

⁵³ C. Esposito, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁴ Una parte della dottrina senza esprimersi in modo netto sulla possibilità di imputare alla persona fisica la responsabilità da abusivo dominio di cui al 1° comma dell’art. 2497, c.c., ha ritenuto che comunque la responsabilità gravi oltre che sulla società capogruppo e i suoi amministratori, anche “sull’azionista al vertice del gruppo che sia attivo nella gestione del medesimo pur senza ricoprire cariche sociali e al limite anche il non azionista che tuttavia, in virtù ad esempio di rapporti familiari, sia in grado di influenzare in modo decisivo la gestione del gruppo” (L. Enriques, *Gruppi di società e gruppi d’interesse*, cit., 250 s. e nello stesso senso G. Guizzi, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in Aa.Vv., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, 255).

più agevole farne discendere il carattere imprenditoriale, visto che è sicuramente più arduo eccipirne il carattere di società occasionale⁵⁵. Peraltro ai fini della configurazione della società di fatto *holding* può rilevare in modo determinante l'esistenza di patti parasociali che, *ex art.* 2341, comma 1, lett. c), c.c., possono avere “per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante” e che rientrano pertanto nella fattispecie del controllo contrattuale di fatto, di cui all'art. 2359, comma 1, n. 3⁵⁶.

In ogni caso, la direzione strategica od il governo delle società *dominate*, quando per professionalità, organizzazione ed *economicità* configura attività imprenditoriale, costituisce, in assenza di spendita del nome, esercizio diretto dell'impresa e non mediato o indiretto⁵⁷. E non v'è differenza se il *dominus* è persona fisica in quanto “sia nell'imprenditorialità sociale, che nell'imprenditorialità individuale, ciò che caratterizza l'imprenditore è il genere di attività svolta e le modalità operative inerenti. (...) La differenza attiene essenzialmente alla prova delle varie componenti dell'impresa, non all'essenza della figura dell'impresa”⁵⁸.

Non è dunque condivisibile l'opinione di chi sostiene che la responsabilità prevista dall'art. 2497 c.c. non opera quando la *holding* sia una persona fisica né tanto meno la presunzione di cui all'art. 2497-sexies c.c., e che l'azione esperibile nei confronti di una persona fisica *holding* sarà un'azione di diritto comune, basata sull'art. 2043, c.c.,⁵⁹. Come detto la

⁵⁵ L'ammissibilità della cd. *holding* individuale (che abbiamo definito *holder*) è stata oggetto di ampio dibattito in dottrina, orientata prevalentemente ad escluderla (cfr. in particolare F. Vella, *Le società holding*, Milano, 1993, 147 e 165 ss.; T. Ascarelli, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 323; G. Fanelli, *Le partecipazioni sociali reciproche*, Milano, 1957, 9; E. Zanelli, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, 287; F. Galgano, *I gruppi di società cit*, 53; ma in senso diverso F. Galgano, *Direzione e Coordinamento di società*, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 2005, p. 59). Viceversa orientata in positivo la giurisprudenza cfr. Cass. 9 agosto 2002, in *Mass. Foro. It.*, 2002, n. 1213; Cass., 7 luglio 1992, n. 8271, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, 7; Cass. 26 febbraio 1990 n. 1439 cit.; Trib. Padova, 2 novembre 2001, in *Dir. e prat. soc.*, 2002, 8, 62; App. Catania 18 gennaio 1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 345; Trib. Siena, 27 maggio 1991, in *Foro pad.*, 1996, I, 160; App. Roma, 4 febbraio 1981, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1981, II, 166).

⁵⁶ Sul tema A. Niutta, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento cit*, 992 s., che a proposito del controllo congiunto ritiene comunque che i soci sindacati possono offrire la prova contraria, costituita dal mancato esercizio del potere di direzione e coordinamento, ovvero la prova che, tramite il patto, è uno solo dei soci ad esercitare il controllo.

⁵⁷ Come sostenuto da F. Galgano, *L'oggetto della holding è, dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. e impr.*, 1990, 401, cui peraltro sembra ispirarsi la Cassazione.

⁵⁸ In tal senso già Cass. 9 agosto 2002 n. 12113, in *Fallimento*, 2003, 609 s. con nota di C. Trentini, *Qualità della holding ed assoggettività a fallimento*.

⁵⁹ F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. econ.*, diretto da F. Galgano, 169 s., V, Padova, 2003 (per il quale quando in posizione di controllo “rispetto ad una o più società si trovi una persona 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

responsabilità da abuso ha sempre una natura contrattuale e nel sistema la posizione soggettiva attiva è riconosciuta al titolare, sia esso persona fisica o giuridica.

4. La *dominazione* come attività di impresa senza *spedita del nome* e senza autonomo scopo economico

La Suprema Corte, prima delle riforme, ha affermato la configurabilità di una autonoma impresa, come tale anche assoggettabile a fallimento, nel caso della *holding* di tipo personale, affermando che la stessa ricorrerebbe quando una persona fisica, che sia a capo di più società di capitali *in veste di titolare di quote o partecipazioni azionarie*, svolga professionalmente con stabile organizzazione, l'indirizzo, il controllo ed il coordinamento delle società medesime (non limitandosi al mero esercizio dei poteri inerenti alla *qualità di socio*).

Secondo la Cassazione per configurarsi in modo autonomo tale attività d'impresa, sia essa di sola gestione del gruppo (cosiddetta *holding* pura), ovvero pure di natura ausiliaria o finanziaria (cosiddetta *holding* operativa), dovrebbe esplicitarsi *in atti, anche negoziali*, posti in essere *in nome proprio*, quindi fonte di responsabilità diretta del loro autore, presentando altresì obiettiva attitudine a perseguire utili risultati economici, per il gruppo o le sue componenti, causalmente ricollegabili all'attività medesima⁶⁰. Quanto

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").

⁶⁰ Cass. 9 agosto 2002, n. 12113, cit. che sostanzialmente riecheggia Cass. 26 febbraio 1990 n. 1439 (nella vicenda nota come *caso Caltagirone*, Caltagirone G. e Caltagirone F.B. c. Fall. Caltagirone, I.C.C.R.I.) in *Riv. dir. impr.*, 1991, 316, con nota di A. Jorio; in *Riv. dir. comm.*, 1991, II, 515, con note di B. Libonati, *Partecipazione in società ed esercizio di attività economica in forma d'impresa*, *ivi*, 552 e di L. Sambucci, *L'attività mediata dell'impresa holding: l'art. 2361 c.c.*, *ivi*, 564; in *Giur. comm.*, 1991, II, 366, con nota di N. Rondinone, *Esercizio della direzione unitaria ed acquisto della qualità d'imprenditore commerciale*; in *Giust. civ.*, 1990, I, 622, con note di V. Santarsiere, *Verso un assetto giuridico della holding*, *ivi*, 2395 e di F. Farina, *Società holding, holding personale ed attività d'impresa*, *ivi*, 2911; in *Dir. fall.*, 1990, II, 1005, con nota di U.I. Stramignoni, *Il fallimento della società collaterale*; in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 713, con nota di R. Weigmann; in *Fallimento*, 1990, 495, con nota di F. Lamanna, *La holding quale impresa commerciale (anche individuale) e il dogma della personalità giuridica*; in *Società*, 1990, 598, con nota di G. Schiano Di Pepe, *L'imprenditore holding*. Nello stesso senso Cass. 28 aprile 1994, n. 4111, in *Fallimento*, 1994, 1239; Cass. 16 gennaio 1999, n. 405, *ivi*, 1999, 1216; Cass. 13 marzo 2003, n. 3724, *ivi*, 2004, 155 e in *Giur.it.*, 2004, 562, con nota di R. Weigmann; e Cass. 21 marzo 2003 n. 4126; e tra le altre corti di merito Trib. Genova 26 settembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 424 e in *Società*, 2006, 320; Trib. Catania 3 gennaio 1997, in *Fallimento*, 1997, 625.

alla *economicità* dell'impresa, ossia al perseguimento di un autonomo fine di lucro, distinto da quello delle società controllate, è stato collegato allo svolgimento di una vera e propria attività di coordinamento delle diverse imprese, finalizzata al perseguimento di *un risultato economico ulteriore* rispetto a quello raggiunto dalle singole società, *ma esterno ad esse*, in quanto afferente al gruppo facente capo al fallito. L'impresa che svolge attività di direzione e coordinamento delle attività delle società partecipate perseguirebbe un risultato economico diverso da quello della mera sommatoria dei risultati altrimenti conseguibili dalle singole società e che è riferibile proprio alla attività di coordinamento e direzione unitaria, in virtù della quale il risultato economico si svincola dal dato giuridico formale dell'esistenza di più imprese e può correlarsi al dato economico sostanziale dell'unità dell'impresa ⁶¹.

Alla luce dell'evoluzione normativa tre sono i presupposti considerati dai giudici di legittimità definitivamente superati, a nostro avviso, dall'assetto normativo e sistematico ed invece ancora riprodotti in recenti sentenze di corti di merito ([Tribunale Napoli 8 gennaio 2007](#) e [Corte d'appello Bologna 23 maggio 2007](#)).

In primo luogo, il nesso eziologico tra responsabilità e qualità di socio (diretto o indiretto) che pur assunta dalla Cassazione come condizione non sufficiente appare comunque, nella impostazione dei giudici di legittimità, come condizione necessaria.

Viceversa il modello scelto dal legislatore della riforma prescinde dalla necessità del nesso, lo *status* di socio unico o di maggioranza, formale o fiduciante, è solo una degli strumenti funzionali all'esercizio del *dominio* che come detto può essere attuato con tutti gli strumenti possibili, di fatto o di diritto.

In secondo luogo, non occorre alcuna *esteriorizzazione* dell'attività di direzione e coordinamento in quanto ciò che rileva non è l'imputazione diretta od indiretta degli atti di impresa al *dominus*, ma il dato fattuale, o giuridico, del governo della condotta unitaria.

Infatti il sistema di cui agli artt. 2497 ss., non esige ai fini della configurazione della responsabilità, l'esteriorizzazione di atti anche negoziali e neppure della stessa attività di direzione e coordinamento, la quale viene evidentemente e normalmente esercitata nei rapporti meramente interni. Ciò anche perché chi intende avvalersi di veicoli meramente *strumentali*, si guarda bene dallo spendere il proprio nome, anziché quello della società, nell'esecuzione degli atti che lo interessano. La c.d. direzione strategica non

⁶¹ Cass. 26 febbraio 1990 n. 1439, in *Fallimento*, 1990, p. 495.

si traduce insomma in attività negoziale, ma piuttosto in una attività propedeutica a questa, attraverso l'influenza assembleare e più spesso attraverso informali direttive agli amministratori delle società *dominate*, i quali non sono peraltro vincolati (in via di diritto) ad ottemperarvi.

Né la responsabilità è ascrivibile al *dominus* perché esiste nell'ordinamento un criterio sostanziale di imputazione degli atti diverso dal criterio formale della spendita del nome ma perché questo tipo di responsabilità oggettiva deriva dall'*abusivo dominio*.

Il sistema radica un principio generale nell'ordinamento applicabile evidentemente anche all'imprenditore occulto che esercita abusivo dominio sull'imprenditore palese e diviene quindi responsabile delle obbligazioni di quest'ultimo non perché gli siano imputabili in relazione ad un presunto criterio dell'interesse alle stesse, ma perché ha coordinato e diretto l'impresa nell'interesse proprio, od anche altrui e *comunque non del dominato*, ed in violazione dei principi di corretta gestione.

E quest'ultimo è il terzo dato rilevante: non occorre dimostrare il perseguimento di un autonomo fine di lucro, distinto da quello delle società eterodirette, finalizzato al perseguimento di *un risultato economico ulteriore*, ma il mero abuso dell'attività di direzione e coordinamento.

Questa ricostruzione supera non solo le evidenti carenze giuridiche ma anche le clamorose *inefficienze* dell'espedito giurisprudenziale dell'impresa fiancheggiatrice, in cui gli unici creditori che potevano insinuarsi al passivo del fallimento erano quelli che avevano contrattato (e spesso imposto di contrattare essendo più *forti*) con la *holding* di fatto o con i singoli soci in proprio, e non quelli che avevano sempre contrattato con le società di capitali *dominate*⁶² (sul punto [Corte d'appello Bologna 23 maggio 2007](#)). L'economicità dell'attività economica di dominio, in buona sostanza, *coincide* con quella dell'attività di produzione o di scambio delle imprese *eterodirette*, e quindi non esige alcuna autonomia⁶³.

Insomma l'attività di direzione "tirannica" ed unica, professionalmente organizzata, ma in spregio ai principi di corretta gestione imprenditoriale, delle società strumentali eterodirette configura evidentemente una attività

⁶² Al riguardo le critiche mosse da P. Spada, *op. cit.*, 433; B. Inzitari, *op. cit.*, 689.

⁶³ In giurisprudenza si è affermato che sussistono tutti gli elementi della *holding* personale allorquando possaritenersi ricorrere l'economicità aggiuntiva o la produzione di un plusvalore economico dovuto esclusivamente all'attività di direzione e coordinamento, salvo poi riconoscere che tale requisito non sarebbe in sé, necessario, potendosi riscontrare nel lucro che si genera a favore delle singole società e, poi, mediatamente, nel patrimonio del soggetto *holding* (Trib. Padova 2 novembre 2001, in *Fallimento*, 2002, 1218).

d'impresa⁶⁴ ed una conseguente responsabilità, seppure sussidiaria, per tutte le obbligazioni delle società dominate e nei confronti di tutti i relativi creditori. E l'eterodirezione così intesa è cosa completamente diversa dalla partecipazione alla gestione, o dalla ingerenza nella stessa, che pure è stata individuata in dottrina come parametro della responsabilità⁶⁵ e che invece ha una sua diversa regolamentazione (art. 2497, comma 2, c.c.) e che può soltanto rappresentare in taluni casi un indice rivelatore dell'attività di abusivo dominio.

5. Dalla responsabilità sussidiaria all'insolvenza del *dominus-imprenditore*

La responsabilità patrimoniale⁶⁶ del *dominus*, individuale o collettivo, che abbia i caratteri della *holding* o dell'*imprenditore-holder*, è sussidiaria nel sistema concepito dal legislatore: “*Il socio ed il creditore sociale possono*

⁶⁴ Autorevole dottrina ha rilevato 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” (B. Libonati, *Responsabilità del e nel gruppo*, in Aa.Vv., *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di Studi, cit., II, 1517).

⁶⁵ Si tratta dell'impostazione ben articolata, ma non condivisibile, di C. Esposito, *op. cit.*, p. 18, secondo cui “l'attenzione va spostata, allora, dalla entità della partecipazione al capitale alla entità della *partecipazione alla gestione*. E' quest'ultima che parametrizza la responsabilità. Il socio non è più responsabile in base al grado di partecipazione al capitale sociale, ma per il grado di partecipazione alla gestione dell'impresa sociale, secondo i nuovi riferimenti normativi pensati dal legislatore e di cui ci si accinge a dare conto. Difatti - se è vero che il sistema di “segregazione” funziona appieno ove il socio si limiti a gestire la propria partecipazione salvaguardando il proprio investimento - altrettanto vero è che la stessa segregazione viene attentata laddove lo stesso socio, a prescindere dal livello di partecipazione al capitale, intervenire nell'attività di impresa quale amministratore, socio che acquisisce determinate prerogative gestionali, socio che “dirige e coordina” l'attività sociale, socio che ingenera col suo contegno l'insolvenza della società. Vista la società come rete di contratti - tra cui spicca l'impegno dei gestori, nei confronti dei creditori, società e soci, alla protezione dell'integrità patrimoniale della società - ne viene che la responsabilità va misurata e calibrata in ragione del grado di ingerenza (a cui corrisponde un impegno verso i creditori della prestazione) nella gestione sociale. Minimo grado di ingerenza e massimo livello di segregazione si ha nella ipotesi in cui il socio si estranei da qualsivoglia atto gestionale limitandosi alla attività tipicamente prevista a favore del socio che voglia tutelare il proprio investimento”.

⁶⁶ Non può essere condiviso quindi l'assunto per cui la riforma del diritto societario avrebbe individuato per fattispecie connesse ad attività direttamente o indirettamente gestorie una responsabilità meramente risarcitoria escludendo la responsabilità di tipo patrimoniale (così V. Caridi, *Articolo 147*, cit., p. 897).

agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento” (art. 2497 comma 3. c.c.)⁶⁷.

Invero, l'onere previsto dalla norma non pare esigere una vera e propria preventiva escussione del patrimonio, come ad esempio succede per effetto del disposto di cui all'art. 2268, c.c., essendo sufficiente provare di aver chiesto senza successo l'adempimento del debito scaduto⁶⁸. Ma in ogni caso l'*escussione della società eterodiretta*⁶⁹ e la relativa incapacienza si realizza in modo pieno con il fallimento della stessa⁷⁰, anche nel senso che tale evento rende automaticamente possibile l'azione nei confronti del soggetto che esercita la direzione ed il coordinamento⁷¹.

Il curatore od il commissario della società eterodiretta assoggettata a procedura concorsuale ha la legittimazione ad agire nei confronti della *holding*, non in virtù di un'*actio mandati contraria*, basata su un ipotetico rapporto di mandato cui l'imprenditore-mandante non abbia correttamente adempiuto fornendo i mezzi necessari all'esecuzione del rapporto

⁶⁷ A proposito della sussidiarietà è stato rilevato che essa è in linea di principio categoria non normativa, ma dogmatica, posto che nel concetto di obbligazione o responsabilità sussidiaria vengono riunite fattispecie diverse, e posto che tali fattispecie sono a loro volta assoggettate a regole molto diverse. Si tratta di regole che di volta in volta prevedono un onere di preventiva escussione od un beneficio di escussione, od un *beneficium ordinis*, sino a una non meglio precisata subordinazione della responsabilità “o giungere addirittura all'idea secondo la quale la sussidiarietà sarebbe coincidente con l'eventualità di un debito la cui stessa esistenza sia condizionata dalla infruttuosa escussione del debitore principale” (M.Maggiolo, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo*, cit., 191).

⁶⁸ In questo senso R. Rordorf, *op.cit.*, 543. *Contra*: F. Galgano, *Direzione e coordinamento di società cit.*, secondo cui invece la situazione che ne deriva è simile a quella regolata per la società in nome collettivo dall'art. 2304, c.c., giacché il soddisfacimento ex comma 3 corrisponde al pagamento di cui al 2304, c.c.,.

⁶⁹ Si tratta di una responsabilità sussidiaria rispetto a quella della società eterodiretta il cui patrimonio sia stato lesa. Tale beneficio di preventiva escussione non sussisterebbe certamente qualora la responsabilità si fondasse sulla generica norma di cui all'art. 2043 c.c. (così correttamente S. Giovannini, *op.cit.*, 32).

⁷⁰ Il presupposto sostanziale dell'azione avverso la capogruppo risiede nell'impossibilità di ottenere la prestazione dalla società eterodiretta, ovvero nella sua accertata insolvenza (G. Scognamiglio, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., 939).

⁷¹ L. Giuglielmucci, *op. cit.*, 45 dopo aver affermato il carattere sussidiario dell'azione rileva che in presenza di un'insufficienza patrimoniale, che costituisce il presupposto della responsabilità verso i creditori sociali, il soddisfacimento di un creditore sociale comporta un aggravamento della posizione degli altri e che “in caso di esercizio dell'azione nel fallimento ad opera del curatore (art. 2497, comma 4) nell'interesse della collettività dei creditori, il soddisfacimento di tutti i creditori è impossibile: a meno che non sia venuta meno l'insufficienza patrimoniale e quindi lo stesso presupposto dell'azione dei creditori sociali. Il soddisfacimento del socio di minoranza, invece, è ipotizzabile anche con il solo sacrificio del socio di maggioranza”.

all'imprenditore mandatario, *espedito* in passato utilizzato accanto a quello ancora più opinabile dell'impresa *fiancheggiatrice* o *a latere*, ma di un riferimento normativo espresso: l'art. 2497, ultimo comma, c.c.,.

Il fatto che, come visto nel paragrafo precedente, il sistema normativo di cui agli artt. 2497 e ss., non esige alcuna spendita del nome, al fine della emersione della responsabilità, e quindi alcun rapporto negoziale tra i creditori e chi esercita l'attività di direzione e coordinamento, ed alcuna autonoma economicità dell'attività stessa, comporta che la responsabilità per i debiti ammessi al passivo della società eterodiretta in violazione ai principi di corretta gestione, sarà riconducibile al *dominus*-imprenditore abusivo a prescindere da qualsivoglia rapporto abbia avuto lo stesso con i creditori⁷². Tant'è che l'azione del curatore della società eterodiretta costituisce una vera e propria azione della massa, in quanto diretta al ristoro del pregiudizio patrimoniale che ha colpito tutti i creditori della dominata allo stesso modo.

E' chiaro che il *dominus* (soggetto fisico o giuridico che sia) non sarà *automaticamente* e necessariamente *insolvente e fallibile*, come accade col sistema dell'estensione per il socio illimitatamente responsabile nelle ipotesi contemplate dall'art. 147, l. fall.,.

Nel nostro caso il *dominus* potrebbe essere innanzitutto capiente e quindi soddisfare le pretese creditorie rappresentate dal passivo delle società dominate assoggettate a procedura concorsuale ed in secondo luogo potrebbe non aver esercitato l'attività di direzione abusiva con quelle caratteristiche di stabilità, professionalità ed organizzazione che integrano lo *status* di imprenditore commerciale.

Laddove tuttavia venga dimostrato che l'abusivo *dominio* abbia avuto quei caratteri tipici dell'attività d'impresa e laddove il *dominus* si riveli insolvente potrà essere dichiarato fallito ed i creditori delle società eterodirette concorreranno sul suo patrimonio con i suoi creditori diretti.

Nell'amministrazione straordinaria, precedente storico di questo modello delineato, c'è poi la variante che il Commissario sulla base della medesima situazione può, a norma dell'art. 81, comma 2, l. 270\99, chiedere anche l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria delle imprese collegate in qualche modo”*quando risulti comunque opportuna la gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo, in quanto idonea ad agevolare, per i collegamenti di natura economica o produttiva esistenti tra le singole imprese, il raggiungimento degli obiettivi della procedura*”.

⁷² La fonte della responsabilità non è dunque nell'essere stato l'autore dell'atto, ma direttore e coordinatore dell'attività in violazione del principio di correttezza.

Anche in questa procedura si tratterà di una estensione caratterizzata sempre e comunque da una completa autonomia e separazione delle masse.