

**Università degli Studi di Torino**

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO  
PERSONA E MERCATO**

**XXIX° CICLO**

COORDINATORE: Prof. Michele Graziadei

**IL PROBLEMA DELL'ABUSO DELLA PERSONALITÀ  
GIURIDICA NEI GRUPPI DI SOCIETÀ: UN CONFRONTO  
TRA IL DIRITTO ITALIANO E IL DIRITTO BRASILIANO**

DOTTORANDO: Vanessa Massaro

*A Dio,*  
mia madre Jurema  
e mio fratello Roberto.

## INDICE

PREMESSA.....	1
CAPITOLO I :LA PERSONA GIURIDICA.....	4
1. Premessa.....	4
2. La nascita della persona giuridica.....	4
3. Brevi cenni storici sulla nozione di persona giuridica.....	5
4. Il Novecento e la revisione del concetto di persona giuridica.....	7
5. Il concetto di persona giuridica dalla scienza canonistica alla modernità.....	8
6. La funzione ideologica del concetto di persona giuridica.....	9
7. L'evoluzione storica del concetto di persona giuridica.....	9
7.1. La tradizione romanistica.....	9
7.2. Un rinnovamento nell'elaborazione del concetto di persona giuridica.....	11
7.3. Il giusnaturalismo e l'ente morale di <i>Samuel von Pufendorf</i> .....	11
7.4. Persona giuridica: una finzione creata artificialmente dalla legge.....	12
7.5. La Teoria della finzione.....	13
7.6. La sostituzione della teoria della finzione: la teoria della rappresentazione.....	14
7.7. La Teoria oggettivistica.....	15
7.8. Il superamento della teoria finzionistica: la concezione organica della persona giuridica.....	16
7.9. Gli sviluppi della teoria organica o della realtà.....	17
7.10. Teorie individualistiche e teoria normativa.....	18
7.11. La teoria neo-finzionistica.....	19
7.12. Teoria del diritto soggettivo.....	20
8. La modulazione soggettiva della persona giuridica.....	21
9. Le recenti teorie revisioniste e le teorie moderne.....	22
10. La capacità delle persone giuridiche.....	23
11. Brevi cenni storici sulla limitazione della responsabilità della persona giuridica.....	24
12. L'autonomia patrimoniale della persona giuridica.....	25
13. La responsabilità della persona giuridica.....	25
14. L'importanza della società soggetto di diritto, ovvero, la persona giuridica come strumento associativo.....	26
15. La persona giuridica come strumento per lo sviluppo dell'economia.....	28
16. L'effetto della personalizzazione: dottrina brasiliana.....	29
17. L'inizio dell'esistenza delle persone giuridiche.....	31
18. La personificazione della società.....	32
19. Capacità e rappresentanza della persona giuridica.....	32
CAPITOLO II: IL SUPERAMENTO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA IN ITALIA E IN BRASILE.....	33
1. La persona giuridica nel diritto italiano.....	33
2. Il superamento della personalità giuridica nell'ordinamento italiano.....	47
3. La responsabilità del debitore nell'ordinamento italiano.....	48
4. La responsabilità del debitore e della società: brevi cenni.....	50

5. Ipotesi del superamento della personalità giuridica nell'ordinamento italiano.....	52
5.1. La figura dell'amministratore di fatto.....	52
5.2.L'unico quotista e l'unico azionista.....	60
5.3. L'abuso della personalità giuridica e il suo superamento.....	64
5.4. Una prima soluzione al problema dell'abuso della personalità giuridica: la teoria dell'imprenditore occulto.....	66
5.5. La soluzione dell'abuso mediante la revisione critica del concetto di persona giudicata.....	67
5.6. I patrimoni destinati ad uno specifico affare.....	69
5.6.a. Effetti della costituzione del patrimonio destinato: limitazione di responsabilità dei creditori generici e specifici.....	70
5.6.b. L'insolvenza del patrimonio destinato: impossibilità di realizzazione dell'affare.....	72
5.6.c. Un'eccezioni al principio della separazione del patrimonio destinato: la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito...	72
6. Persona giuridica e personalità giuridica nel diritto brasiliano.....	74
7. Il superamento della personalità giuridica nell'ordinamento brasiliano.....	77
8. Concezione soggettiva e oggettiva della teoria del superamento della personalità giuridica in Brasile.....	84
9. Criteri di applicazione del superamento della personalità giuridica in Brasile.....	85
9.1. Frode.....	87
9.2. L'abuso della personalità giuridica in Brasile.....	88
9.2.a. L'abuso della personalità giuridica: confusione patrimoniale.....	90
9.3. La sottocapitalizzazione della società come un criterio per applicare la teoria del superamento della personalità giuridica in Brasile.....	91
<b>CAPITOLO III: I GRUPPI DI SOCIETÀ.....</b>	<b>93</b>
1. Premessa.....	93
2. L'interesse sociale e i gruppi di società.....	94
3. I vantaggi derivanti dalla costituzione di un gruppo di società.....	95
3.1. Vantaggi giuridici.....	95
3.2. Vantaggi economici e finanziari.....	97
4. Gruppi di società: classificazioni.....	98
4.1. Subordinazione e coordinamento nei gruppi di società.....	98
4.2. Gruppi centralizzati e decentralizzati.....	98
4.3. Gruppi di diritti e di fatto.....	99
5. Il gruppo di società come strumento organizzativo: alcune distinzioni.....	99
5.1. La <i> Holding</i> .....	100
5.2. Il termine <i> gruppo</i> e il termine <i> holding</i> .....	100
5.3. Il contratto di rete e i gruppi di società.....	101
6. Modelli di regolamentazione dei gruppi di società.....	102
6.1. Regolamentazione parziale.....	102
6.2. La regolamentazione globale.....	102
7. Il modello tedesco e la sua influenza.....	103
8. Gruppi di società: un'analisi comparata.....	106
9. Il gruppo di società nel contesto internazionale.....	107
<b>CAPITOLO IV : I GRUPPI DI SOCIETÀ IN ITALIA E IN BRASILE.....</b>	<b>109</b>
1. La nascita dei gruppi di società in Italia.....	109
2. La definizione dei gruppi di società in Italia: l'approccio fenomenologico del	

legislatore.....	111
3. La disciplina sui gruppi e gli obiettivi del legislatore.....	113
4. La teoria del collegamento negoziale nel contesto dei gruppi di società.....	114
5. L'attività di direzione e coordinamento: la disciplina vigente.....	116
6. La nozione di "direzione e coordinamento".....	116
7. Clausole generali e attività di direzione e coordinamento.....	118
8. I soggetti responsabili.....	119
9. I principi di corretta gestione imprenditoriale.....	122
10. I limiti all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.....	122
11. Il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale: danno diretto o danno indiretto.....	124
12. L'azione risarcitoria nei confronti della società <i>holding</i> : i soggetti legittimati...	125
13. Procedure concorsuali : la legittimazione attiva.....	126
14. La natura della responsabilità ex art. 2497 c.c.....	127
15. La tesi della natura extracontrattuale della responsabilità: art. 2497 c.c. italiano .....	131
16. La responsabilità ex art. 2497, comma 2, c.c.....	131
17. La responsabilità derivante dall'attività di direzione e coordinamento e l'onere della prova.....	133
18. La teoria dei vantaggi compensativi.....	134
19. Gruppi di società nell'esperienza giuridica brasiliana.....	136
20. I gruppi di società nella giurisprudenza brasiliana.....	138
21. La personificazione del gruppo di società nella dottrina brasiliana.....	139
22. La crisi della personalità giuridica nei gruppi di società: dottrina brasiliana.....	141
23. La responsabilità limitata nel diritto brasiliano e i gruppi di società.....	142
24. La responsabilità dei gruppi societari in Brasile.....	142
25. L'applicazione della teoria del superamento della personalità giuridica nei gruppi di società nella recente giurisprudenza brasiliana.....	144
A questa conclusione si potrebbe, però, obiettare che non è ammissibile – come ha stabilito il Superior Tribunal de Justiça - privare del tutto una società del suo patrimonio ovvero trasferire risorse patrimoniali da una società all'altra danneggiando i creditor .....	145
CONCLUSIONI.....	148
1. L'importanza del fenomeno dei gruppi di società.....	148
2. Brevi riflessioni sulla crisi della nozione di persona giuridica.....	149
3. Direzione e coordinamento nei gruppi di società: un quadro di sintesi sulla disciplina italiana.....	151
4. Il superamento della personalità giuridica nell'ordinamento italiano.....	153
5. I recenti orientamenti della <i>Supreme Court</i> inglese in tema di superamento della personalità giuridica.....	155
6. Il superamento della personalità giuridica nei gruppi di società nel diritto comparato.....	156
7. Il superamento della personalità giuridica nei gruppi di società in Brasile.....	156
8. Una possibile soluzione: la contrattualizzazione dei rapporti fra le società del gruppo.....	159
9. La regolamentazione dell'attività di direzione e coordinamento tramite clausole statutarie.....	162
BIBLIOGRAFIA.....	163



## **PREMESSA**

È importante osservare che attraverso questo lavoro non si intende mettere in discussione la scelta di formare un gruppo di società, né tanto meno tracciare i confini di quell'attività che consiste nel governo del gruppo. L'obiettivo di questa ricerca è, invece, individuare gli strumenti diretti a reprimere gli abusi della personalità giuridica cui la struttura organizzativa del gruppo può dar luogo.

Preme sottolineare che un dato modello di organizzazione dell'attività imprenditoriale (come il gruppo) rappresenta anche il limite entro il quale la scelta di avvalersi di determinati strumenti è pienamente legittima; ovviamente devono essere rispettate le regole che disciplinano tale modello. Non è raro, tuttavia, che queste regole siano violate per realizzare scopi differenti da quelli per i quali quello stesso modello è stato creato.

In buona sostanza, oggetto di questa indagine sono le ipotesi in cui il gruppo, inteso come struttura organizzativa, è utilizzato esclusivamente per occultare attività poco trasparenti sfruttando il beneficio della responsabilità limitata. Si tenterà, quindi, di esplorare i meccanismi di funzionamento del gruppo per valutare se in un simile contesto possa essere applicata una peculiare tecnica di repressione dell'abuso della responsabilità limitata, ossia il superamento della personalità giuridica.

A questo proposito si può osservare che le finalità che ispirano la creazione del gruppo come modello organizzativo e come strumento diretto a limitare il rischio d'impresa sono ben chiare.

Tuttavia, com'è noto, il fenomeno del gruppo può dare origini a innumerevoli distorsioni, soprattutto se si considera il rapporto fra la società controllante e le società da questa controllate

Si tenterà, dunque, di analizzare questo fenomeno in una prospettiva comparatistica, mettendo a confronto l'ordinamento italiano con quello brasiliano.

In particolare, il presente studio si articola in quattro capitoli.

Oggetto del primo capitolo è lo studio del concetto di persona giuridica nella sua evoluzione storica. Si tratta di un'importante punto di partenza per affrontare il tema dell'abuso della personalità giuridica, atteso che gli aspetti problematici correlati alla responsabilità dei soggetti che costituiscono un gruppo societario sono inevitabilmente legati all'ingresso nell'ordinamento di un nuovo soggetto giuridico.

È quindi evidente che attraverso l'esatto inquadramento sistematico del concetto di persona giuridica sarà possibile analizzare con maggior precisione le tecniche di repressione delle fattispecie abusive.

Esaurito lo studio della persona giuridica e dell'evoluzione storica di tale concetto, si procederà nel secondo capitolo a illustrare le tecniche di repressione dell'abuso della persona giuridica elaborate nell'ordinamento italiano e in quello brasiliano, soffermandosi sulle loro potenzialità applicative.

In tale sede, si avrà modo di intraprendere alcune brevi riflessioni sull'eventuale estensione della responsabilità derivante dall'abuso della personalità giuridica ad altri soggetti che operano nella realtà del gruppo.

Nello stesso capitolo, inoltre, si avrà modo di osservare che il superamento della personalità giuridica è un rimedio di creazione giurisprudenziale fondato su istituti quali l'abuso del diritto o la violazione del principio di buona fede e che esso è ammesso da tempo sia nell'ordinamento italiano sia nell'ordinamento brasiliano.

Un terzo capitolo ha lo scopo di analizzare la disciplina in tema di gruppi di società, cioè uno dei tratti salienti della riforma del diritto societario del 2003. Il legislatore italiano, con gli articoli 2497 ss., ha introdotto, infatti, nell'ordinamento un complesso di norme – riferite alla cosiddetta “attività di direzione e coordinamento” – che, oltre a una serie di adempimenti pubblicitari e informativi, contemplan specifici strumenti di tutela sia per i soci, sia per i creditori delle società controllate. Lo svolgimento di un'attività imprenditoriale per mezzo di una o più società controllate non era forse sufficiente a realizzare l'obiettivo della segmentazione del rischio relativo ai diversi settori di attività e, soprattutto, richiedeva una specifica regolamentazione.

La riforma italiana del 2003 sicuramente potrà influenzare altre ordinamenti che non hanno, fino ad oggi, elaborato una disciplina volta a regolare questo particolare fenomeno. Di certo si tratta di un'innovazione che definitivamente legittima l'uso della società di capitali non solo come strumento al servizio di iniziative imprenditoriali collettive per la condivisione del rischio d'impresa, ma anche e soprattutto come strumento diretto a mantenere separati i patrimoni di una pluralità di enti facenti capo a un unico centro di controllo.

Tuttavia la conseguenza pratica di tale riforma non si limita a questo: sul presupposto che il gruppo sia una forma di organizzazione dell'attività d'impresa, il legislatore ha voluto stabilire che, in caso di scorretta gestione del gruppo, sia possibile chiedere il risarcimento del danno. In Brasile, infatti, per squarciare il velo della personalità giuridica non si ricorre a rimedi come il risarcimento del danno, ma si fa leva direttamente sulla natura patrimoniale dei rapporti giuridici. In questo senso alcuni interpreti sostengono che, almeno in settori come il diritto del lavoro e il diritto tributario, la personalità giuridica sembra essere un concetto privo di significato, perché il suo superamento, in alcuni casi, è immediato.

La riforma del diritto societario italiano, in poche parole, sembra sancire il riconoscimento del gruppo come tecnica di delimitazione del rischio d'impresa per

mezzo del controllo societario. A questo riconoscimento si accompagna la previsione di sanzioni specifiche incentrate sulla responsabilità patrimoniale della società capogruppo per danni derivanti dall'abuso di direzione unitaria. È ancora discusso, tuttavia, se l'abuso nell'attività di direzione e coordinamento comporti una responsabilità di natura contrattuale o extracontrattuale.

Nel capitolo conclusivo si tenterà un riassunto dei problemi posti dagli argomenti in discussione per prospettare una possibile soluzione volta a scoraggiare l'utilizzo della persona giuridica per scopi illeciti. Tale soluzione contempla il ricorso a strumenti già previsti dalla legge e il riconoscimento della forma giuridica del gruppo in ordinamenti, come quello brasiliano, ancora sprovvisti di una disciplina sul punto.

Questo lavoro avrà come obiettivo quello di verificare se il superamento della personalità giuridica sia oppure no uno strumento idoneo a risolvere i conflitti all'interno dei gruppi societari. Si tenterà, inoltre, di sottolineare, inoltre, per quali motivi e con quali finalità le corti brasiliane e anche le corti italiane hanno fatto ricorso alla teoria del superamento della personalità giuridica nei gruppi di società.

Come verrà precisato alla fine del questo lavoro, la separazione fra il patrimonio della società e quello del socio funzione risponde a un'esigenza fondamentale, ossia la promozione dell'attività imprenditoriale attraverso la socializzazione delle perdite.

Non va dimenticato, peraltro, che la teoria del superamento della personalità giuridica mira, in un certo senso, a proteggere la società stessa laddove si configuri la frode o l'abuso.

Pertanto, l'obiettivo della ricerca è di analizzare le modalità con cui è stata applicata questa teoria nel contesto dei gruppo societari per giungere a dichiarare la responsabilità della società *holding*.

# CAPITOLO I :LA PERSONA GIURIDICA

## 1. Premessa

Lo sviluppo della ricerca in oggetto non può prescindere dal concetto di persona giuridica. D'altronde, se la persona giuridica non fosse ritenuta un soggetto del diritto, non esisterebbero problemi legati al suo utilizzo in maniera abusiva.

Ed è proprio per questo che si ritiene utile un approfondimento su questo specifico tema e una rapida illustrazione del dibattito dottrinale intorno alla natura dell'istituto.

In ogni caso è necessario premettere che la persona giuridica, a prescindere dalla legittimazione acquisita nell'ordinamento italiano come in quello brasiliano, non può essere intesa come un dogma

E tuttavia vale la pena di ripercorrere i profili evolutivi del concetto con lo scopo di coglierne il valore e affrontare con maggiore consapevolezza lo studio delle tecniche di repressione dell'abuso.

Lo studio dei profili evolutivi del concetto di persona giuridica dimostra come la nascita di questa 'nuova soggettività giuridica' non sia un fenomeno naturale ma frutto di una specifica concezione normativa.

## 2. La nascita della persona giuridica

Lo studioso al quale deve essere attribuito il merito di aver permesso l'ingresso nel linguaggio normativo della locuzione 'persona giuridica' è Friedrich Carl von Savigny: nella sua opera "*Sistema del diritto romano attuale*" (1840), egli si interroga sulle ragioni per le quali il sistema normativo regoli, non diversamente da quanto faccia con le persone fisiche, anche entità non umane<sup>1</sup>.

È sulla base di tale constatazione che Savigny giunge ad un'intuizione che sarà poi la base dell'elaborazione delle più moderne tecniche di repressione dell'abuso della personalità giuridica. Si tratta dell'idea per cui la persona giuridica non costituisce altro che una mera finzione. In questo senso il legislatore, per soddisfare insopprimibili esigenze pratiche (in particolare, per agevolare il commercio), avrebbe creato una sorta di uomo artificiale titolare, al pari di quelli veri, di diritti e di doveri.

Questa finzione, secondo Savigny, prenderebbe il nome di "persona giuridica": "persona" per il suo essere, al pari dell'uomo, centro di imputazione di diritti e di

<sup>1</sup> SAVIGNY, *System des heutigen romischen Rechts (sistema del diritto romano attuale)*, 1840, traduzione dall'originale tedesco a cura di v. SCIALOJA, Torino, 1886, vol. 8.

doveri; "giuridica" perché si tratta di un concetto elaborato per uno scopo esclusivamente giuridico.

In piena sintonia con l'individualismo di quegli anni si afferma, quindi, una concezione degli enti collettivi come "corpi morali" legalmente riconosciuti e dotati di prerogative analoghe a quelle degli esseri umani. L'uomo fu definito soggetto di diritto per natura; le persone giuridiche, invece, soggetto di diritto per legge.

Pare opportuno a questo proposito, ricordare le parole di Gianguido Scalfi, che ha sottolineato l'importanza di questa concezione per dimostrare gli effetti che la nozione di persona giuridica ha prodotto sul modo di intendere le problematiche concrete legate all'esistenza e all'operato delle organizzazioni collettive: «[I]l passaggio al modo di porre il problema in termini moderni avvenne con l'affermarsi di una concezione soggettivistica del diritto, che vede sempre più l'uomo al centro dell'esperienza giuridica. Il cammino compiuto dalla speculazione filosofica e dalla coscienza che condusse per successivi gradi all'autocoscienza procurò che l'uomo, sperimentandosi nelle sue qualità creative e segnatamente nell'attività pensante, divenisse il punto di riferimento del diritto. Persona e soggetto di diritto divennero sinonimi. Solo l'uomo è riconosciuto capace di diritto. In questo nuovo quadro culturale si affermarono gli ideali individualistici che portarono a guardare con sfavore e a comprimere tutte le forme di 'comunità intermedie' fra i 'diritti sacri' dell'uomo e la sovranità della società civile organizzata politicamente, tanto che i dottrinari della rivoluzione francese avevano propugnato la loro abolizione. Da qui [...] la riduzione di questi 'corpi particolari' a mere figure di diritto privato; da qui la negazione della loro esistenza reale (unico essere reale considerandosi l'individuo); da qui la subordinazione di ogni loro rilevanza giuridica al riconoscimento e all'autorità dello Stato; da qui in molti casi la loro soppressione o la revoca dei loro privilegi»<sup>2</sup>.

### **3. Brevi cenni storici sulla nozione di persona giuridica**

È importante ripercorrere i profili evolutivi del concetto di persona giuridica con lo scopo di coglierne il valore assiologico e affrontare con coscienza lo studio delle tecniche di repressione dell'abuso.

Il termine "persona", vanta origini millenarie: si ritiene che esso derivi a sua volta dal termine πρόσωπον con cui, nell'antica Grecia, si indicava la maschera di legno usata dagli attori in teatro, caratterizzata da lineamenti molto marcati (per permettere a chi la indossava di essere visto da lontano) e da una bocca molto pronunciata per amplificare la voce. In questo modo l'uomo in carne e ossa consentiva alla maschera di vivere sul palco. Da qui la conclusione per cui «l'attributo di persona non è dal diritto riconosciuto soltanto all'uomo»<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> SCALFI, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Milano, 1968, p. 24.

<sup>3</sup> *Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana*, Società Editrice Dante Alighieri di Albrighi, 1907, più recentemente, *Avviamento alla etimologia italiana*, Le Monnier, 1968, *ad vocem*. Nella letteratura

La storia insegna che il concetto di persona giuridica fu ulteriormente sviluppato nel Seicento e nel Settecento con l'avvento della teoria finzionistica, della quale parleremo più avanti con maggiore attenzione. Tale teoria, nel XVII secolo, con la scuola di diritto naturale, riservò alla persona giuridica un posto tra i soggetti del diritto mediante l'utilizzo della metafora<sup>4</sup>.

Fu Grozio, come afferma Galgano nella sua opera "*Le insidie del linguaggio giuridico*" che affiancò alla *persona naturalis* la *persona moralis*, creata, come preciserà von Savigny nell'Ottocento, dal legislatore per consentire alla persona giuridica di possedere un patrimonio<sup>5</sup>.

Tuttavia la concezione finzionistica non scomparve nel XIX secolo. Tale concezione venne infatti piegata a scopi politici, che permisero la sua applicazione al concetto di Stato, inteso come vera e propria persona giuridica di diritto pubblico<sup>6</sup>.

A ciò si aggiunga che forte in quel periodo era l'influenza del filosofo tedesco Christian Wolff<sup>7</sup>, il cui pensiero attribuiva grande importanza alla volontà del soggetto per annoverarla tra le fonti del diritto. Nell'impostazione propria di Wolff, infatti, l'atto o negozio giuridico coincidono con l'autonomia privata. Particolarmente spiccata è inoltre la tendenza di Wolff alla generalizzazione e alla razionalizzazione dell'ordinamento.

Wolff ha infatti utilizzato il pensiero razionalista dell'Illuminismo, rifacendosi a Leibniz e René Decartes, per sviluppare il proprio sistema filosofico. Si può affermare che il razionalismo moderno, con Christian Wolff, giunga a una sistematizzazione più formale e rigida.

In particolare, il razionalismo moderno muove per così dire a priori da principi astratti. Data questa impostazione di pensiero, è abbastanza intuitivo cogliere la differenza che separa il razionalismo dal metodo aristotelico, secondo cui la scienza sarebbe solidamente basata sull'esperienza.

Seguendo questa linea di pensiero, dunque, la scienza giuridica si ancora a logiche sempre più astratte, le quali danno vita a concezioni antropomorfe della

---

giuridica analoghe deduzioni non sono sfuggite a Donati, *I valori della codificazione civile*, Cedam, 2009, p. 20.

<sup>4</sup> Sul concetto di persona giuridica come metafora, GALGANO F., *Le insidie del linguaggio giuridico*, cit., 25 ss., il quale riflette sull'utilizzo della metafora descritto nel testo anche nelle arti diverse dal diritto, *ivi*, 161s.

<sup>5</sup> GALGANO F., *Le insidie del linguaggio giuridico*, cit., 29, dal quale sono tratte le parole di Savigny. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico*, cit., 28 ss., al quale è piaciuto apporre il titolo di "*come la metafora diventa mito*" nel capitolo 1

<sup>6</sup> GALGANO F., *Le insidie del linguaggio giuridico*, cit., 29.

<sup>7</sup> TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, 1998.

persona giuridica. Da qui la convinzione per cui i soci non dovrebbero rispondere dei debiti sociali.

Va detto, però, che gli studiosi della scienza giuridica non hanno mancato di procedere all'operazione contraria, consistente nella traduzione del concreto in astratto: il diritto ha conosciuto la sua stagione astrattista e ha depurato il concetto di persona da qualsiasi riferimento all'uomo in carne ed ossa<sup>8</sup>, creando, attraverso successivi gradi di astrazione<sup>9</sup>, un super concetto di persona, che ricomprende, quali sue *species*, tanto le persone fisiche quanto quelle giuridiche.

In un certo senso si potrebbe pensare che il diritto trasporti le esperienze umane in una dimensione che il legislatore plasma a suo proprio piacimento. È questa una concezione che traspare dalle parole di un giurista del primo Novecento: «[N]on della natura, ma per via del diritto l'uomo è persona. [...] Così che gli esseri umani perdono nel mondo del diritto la loro fisicità, per diventare meri “punti di riferimento di diritti e di doveri”»<sup>10</sup>.

#### **4. Il Novecento e la revisione del concetto di persona giuridica**

Il Novecento porta con sé una revisione di questo complesso strumentario concettuale che sembrava obsoleto e non corrispondente alla realtà, in quanto mistificatore della semplice verità per cui la persona giuridica altro non sarebbe se non un espediente linguistico, una metafora del legislatore che poteva dar luogo all'attribuzione di diritti e di doveri, normalmente riconosciuti soltanto alle persone fisiche.

Infatti è importante sottolineare che l'espressione “*persona giuridica*” indicherebbe, secondo questa concezione, soltanto una serie di norme che non si riferiscono a un soggetto di diritto altro dall'essere umano, il quale resta pur sempre l'unico destinatario di qualsiasi prescrizione giuridica. Il sintagma in esame non farebbe, cioè, altro che riassumere in modo icastico una disciplina normativa che andrebbe espressa con molteplici e complicate proposizioni qualora si decidesse di espungere dal linguaggio tecnico detta locuzione<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> GALGANO F., *Il diritto e le altre arti. Una sfida alla divisione delle culture*, Editrice Compositori, 2009, p.65

<sup>9</sup> GALGANO F., *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Cedam, 2010, p. 25 ss., che al riguardo ragiona di terzo grado di astrazione.

<sup>10</sup> GALGANO F. , *Il diritto e le altre arti*, cit., 66, ove si riportano le parole di Ferrara, *Teoria delle persone giuridiche*, Utet. 1915, p.356.

<sup>11</sup> ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè,1955, p. 129 ss.

## 5. Il concetto di persona giuridica dalla scienza canonistica alla modernità

Prima di entrare nel bagaglio culturale dei civilisti, il concetto di persona giuridica ha preso forma grazie alla scienza canonistica alla quale, come ci ricorda Petroncelli<sup>12</sup>, va riconosciuto «il grande merito di aver elaborato una nuova concezione della personalità svincolandosi da quella dei romanisti, che non sapevano vedere soggetto giuridico ove non fosse almeno una pluralità di persone, cioè un *collegium*». Va infatti ascritto agli studiosi di diritto canonico il merito di aver contribuito ad elaborare un nuovo concetto, pur nell'ambito di una concezione antropomorfa. Infatti, la canonistica medioevale, elaborando l'idea di soggettività astratte, unitarie e autonome (cui comunque si stentava ad attribuire capacità giuridica), non esitò a far ricorso, per definirle, al concetto di "persona".

Più precisamente, nella scienza canonistica ricorrono espressioni come «*persona universitatis*» e altre, perfino più esplicative, come «*universitas est persona*». Si tratta di un'impostazione – si allude alla concettualizzazione della *persona ficta sive intellectualis*, come centro astratto, unitario ed autonomo di imputazione di rapporti giuridici, distinto dai singoli componenti – che trova la propria origine nel diritto giustiniano, in quello romano-canonico, in quello germanico e nella consuetudine.

A partire da questa elaborazione, il concetto di "persona" acquisterà connotati sempre più astratti, fino a diventare una nozione definitivamente svincolata dalla rappresentazione ideale dell'umano ed idonea ad essere riferita non solo a centri di imputazione diversi dalla persona fisica, ma anche a quest'ultima, considerata non già fisico nella sua realtà materiale, bensì quale soggetto astratto giuridicamente rilevante<sup>13</sup>.

Grande importanza nella formulazione dell'insegnamento canonistico ha rivestito il pensiero di Sinibaldo dei Fieschi, al quale si fa risalire (secondo qualcuno erroneamente<sup>14</sup>) la concezione finzionistica della persona giuridica.

Tuttavia, il concetto di persona assume grande rilevanza nel diritto canonico al fine di attribuir o no la capacità giuridica agli "infedeli", cioè ai non battezzati<sup>15</sup>.

Detto concetto tornò successivamente in auge all'epoca della Compagnia delle Indie Orientali, quando i sovrani concedevano lo speciale privilegio della responsabilità limitata agli aristocratici finanziatori delle associazioni di mercanti che avrebbero

---

<sup>12</sup> PETRONCELLI, *Diritto canonico*, Jovene, 1998, p. 89.

<sup>13</sup> GOMEZ DE AYALA, *Il "soggetto" nella nuova codificazione canonica. Qualificazione dell'accordo fra Stato e S. Sede*, Giuffrè, 1985, p. 29.

<sup>14</sup> SCALFI, *L'idea di persona giuridica e le formazioni titolari di rapporti nel diritto privato*, Giuffrè, 1968, p. 15.

<sup>15</sup> GOMEZ DE AYALA, *Il "soggetto" nella nuova codificazione canonica. Qualificazione dell'accordo fra Stato e S. Sede*, cit., 15 e ss., p. 54 ss.

affrontato spedizioni commerciali al di là del Capo di Buona Speranza verso l'India.

Solamente più tardi si pensò in istituzionalizzare tale beneficio e anche di canonizzare lo scopo della singola missione, trasformandolo nel programma dell'ente collettivo (l'equivalente del moderno oggetto sociale).

Si può affermare che la persona giuridica nasca storicamente come un privilegio, ossia come esenzione da una regola generale a scopo di favore.

## **6. La funzione ideologica del concetto di persona giuridica**

La persona giuridica è un concetto elaborato dai Pandettisti nell'Ottocento, molti secoli dopo l'affermazione del principio di responsabilità limitata dei soci, rispetto al quale viene a costituire una giustificazione postuma in un periodo in cui la rivoluzione industriale lasciava emergere con insistenza la richiesta, avanzata dal ceto imprenditoriale, di poter usufruire proprio del beneficio della responsabilità limitata.

In questo modo si vorrebbe celare la posizione di privilegio di una classe sociale per non destare sospetti in un periodo storico in cui andava affermandosi il principio dell'uguaglianza formale: grazie al beneficio della responsabilità limitata, i soci non rispondono delle obbligazioni sociali poiché queste riguardano un distinto soggetto giuridico, ossia la società avente personalità giuridica<sup>16</sup>.

## **7. L'evoluzione storica del concetto di persona giuridica**

### **7.1. La tradizione romanistica**

Il diritto romano non conosceva un nozione astratta e generale di "persona giuridica": "persona", per il diritto, era soltanto la persona fisica, cui competeva ogni tutela giuridica. Gli enti associativi, nella tradizione romanistica, non erano classificati come individualità né appartenevano ad una categoria dotata di una propria autonomia concettuale: si preferiva identificarli, ove esistenti, mediante formule che ne spiegassero l'agire<sup>17</sup>.

Espressioni tipo *privatorum loco habentur* concorrevano, quindi, a giustificare l'operato di soggetti collettivi operanti inizialmente solo nel settore pubblico e, successivamente, nel settore privato. In questo senso dovrebbero essere interpretati i riferimenti alle *colonias*, alle *civitates*, ai *municipia* e, in un secondo momento, agli enti disciplinati dallo *ius privatorum*, assimilabili alle corporazioni o alle moderne associazioni e dotati di capacità, diritti e poteri funzionali allo scopo perseguito.

---

<sup>16</sup> GALGANO F., *Il diritto privato fra codice e costituzione*, cit., 100 e 102.

<sup>17</sup> MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, 2006, Palumbo Editore, Palermo, Italia.

Com'è noto, questo concetto fu completamente distrutto nel corso dell'alto Medioevo e, con esso, l'idea di "soggettività autonoma" delle collettività e dei gruppi organizzati.

Sappiamo, inoltre, che il diritto germanico non contemplava la nozione di persona giuridica, preferendo, al fine di spiegare il fenomeno dell'appartenenza a un ente collettivo, la teoria della comunione a mani riunite.

Infatti, come abbiamo già detto, non sempre la persona giuridica è stata considerata un soggetto di diritto assimilabile alla persona fisica.

Lo dimostra il fatto che i romani, pur impiegando il termine *persona*, non si riferivano, con detto termine, ad un'organizzazione collettiva: le regole giuridiche avevano come destinatari esclusivamente gli uomini.

E anche quando una pluralità di uomini avesse operato in modo unitario e con uno scopo ben preciso, essa non avrebbe potuto essere considerata alla stregua di un autonomo soggetto di diritto<sup>18</sup>.

Le successive ricostruzioni dogmatiche in materia risentono della non univocità di soluzioni delineatesi nel corso del tempo, sebbene nessuna di esse si sottragga al modello romano e a quello germanico. Lo si evince con chiarezza dall'esperienza dei glossatori, che per primi hanno studiato il fenomeno per formulare una definizione della *universitas* che, nelle loro teorizzazioni, «*nihil aliud est nisi singuli homines qui ibi sunt*»<sup>19</sup>.

L'opposta concezione, secondo cui la sfera giuridica dell'ente si distingue da quella dei suoi componenti, caratterizza, come abbiamo potuto anticipare, il pensiero dei canonisti, i quali preferirono qualificare la persona giuridica come un soggetto autonomo.

## **7.2. Un rinnovamento nell'elaborazione del concetto di persona giuridica**

Solo nel Trecento si registrò un rinnovamento che si sarebbe poi sviluppato pienamente con la pandettistica tedesca. L'occasione per una rielaborazione del tema fu data da un'esigenza che si impose all'attenzione della dottrina canonista in relazione alle elezioni dei gerarchi della chiesa.

In particolare, l'esigenza che spinse i giuristi – tra il XIII e il XIV secolo – ad elaborare strumenti giuridici nuovi fu quella di reprimere le voci dei dissenzienti, imponendo ad essi le scelte della maggioranza.

La soluzione fu ricavata fondendo elementi tratti dal diritto giustiniano con il

---

<sup>18</sup> Cfr. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, 1968. Sul tema v. anche IMPALLOMENI, *Persona giuridica (diritto romano)*, in *Nov. DI*, XII, 1965, p. 1028.

<sup>19</sup> GLOSSA ad D. 3, 4, 7, I.

diritto romano canonico, il diritto germanico e il diritto consuetudinario in modo spesso contraddittorio.

### 7.3. Il giusnaturalismo e l'ente morale di *Samuel von Pufendorf*

Si dovrà, tuttavia, attendere qualche secolo perché la nozione riceva ulteriore elaborazione fino a consegnarsi agli interpreti nella sua attuale formulazione.

La seconda fase di studio si apre, più precisamente, nel Seicento, ad opera di Ugo Grozio e Samuel von Pufendorf, che sostituiscono al concetto di *persona ficta* quello di *persona moralis*, concepita come persona al pari dell'uomo (che diviene, nel linguaggio giuridico, *persona naturalis*), con la sola differenza che la prima è frutto dell'elaborazione dottrinale, mentre la seconda esiste di per sé in natura.

Lo studioso più impegnato nello studio del tema fu, in ogni caso, von Pufendorf, al quale si deve la prima elaborazione di un concetto unitario di *persona moralis*, comprendente tanto le persone *simplices* quanto le *personae compositae*.

L'opera di *Pufendorf*, peraltro, costituisce senz'altro uno dei primi e più imponenti sforzi rivolti alla sistemazione del diritto romano comune compiuti in quel secolo. Il concetto di ente morale è elaborato dal Pufendorf nell'ambito di uno studio relativo alle strutture essenziali dell'universo<sup>20</sup>.

Le tesi formulate dal giusnaturalismo costituirono un passaggio fondamentale: la ricerca di una figura giuridica soggettiva unitaria costituiva il terreno su cui operò appieno nel XIX secolo una grande rivoluzione filosofica e anche culturale; in quest'ultimo periodo storico, infatti, il soggetto divenne una categoria ordinante dell'intero sistema giuridico: la sua volontà era l'elemento basilare su cui poggiava la concezione di ogni altra categoria giuridica. Il diritto doveva mirare innanzi tutto a riconoscere e a tutelare la volontà dell'uomo.

Il rapporto di continuità che lega i vari tentativi di sistemazione concettuale posti in essere dal giusnaturalismo e dalla Scuola Pandettistica è stato evidenziato da Mazzacane, il quale evoca «l'immagine di una catena, i cui anelli servono tutti in egual misura a sorreggere il peso agganciato al suo termine»<sup>21</sup>.

Sul piano legislativo, il processo di regolamentazione della fattispecie segue ritmi lenti come nel caso della legislazione napoleonica e di quella belga. Lo stesso codice italiano del 1865 si avvale timidamente dell'espressione «corpi morali legalmente riconosciuti» per individuare i Comuni, le Province, gli istituti pubblici civili ed ecclesiastici.

---

<sup>20</sup> Lo studio della dottrina filosofica del *Pufendorf* è qui ricavata da TODESCAN, *Dalla persona ficta alla persona moralis. Individualismo e matematismo nelle teorie della persona giuridica del sec. XVII*, in *Quaderni fiorentini*, 11-12, 1982, p. 88.

<sup>21</sup> MAZZACANE, *Pandettistica*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1986, p. 591 ss.

Fu durante l'Ottocento, in ogni caso, che la persona giuridica trovò formale riconoscimento a livello codicistico. Nello stesso periodo vennero inoltre inaugurate le due grandi scuole dogmatiche che formarono il pensiero giuridico di questo secolo.

#### **7.4. Persona giuridica: una finzione creata artificialmente dalla legge**

Un ruolo decisivo nell'inquadramento dogmatico della persona giuridica è stato svolto dalla dottrina tedesca, i cui studi sono il fondamento delle principali teorie elaborate in argomento.

Si deve, in particolare, al Savigny la cosiddetta "teoria della finzione" (*Fiktionstheorie*), elaborata nella prima metà del XIX secolo, secondo cui le persone giuridiche sarebbero entità inanimate, mere astrazioni non percepibili con i sensi<sup>22</sup>.

L'idea di finzione, come ricordano importanti studiosi, ha senza dubbio costituito un'importante fase nell'elaborazione del concetto di persona giuridica. Con riguardo ai suoi presupposti ideologici, l'Orestano osservò, ad esempio, che «l'aver degradato la personalità degli enti diversi dall'uomo a mera "finzione" servì al Savigny per ribadire il concetto che l'intero sistema giuridico fosse da costruire in funzione del'individuo e dei suoi diritti, perché era appunto all'individuo che venivano assimilate attraverso un procedimento di 'finzione' queste figure di cui il diritto positivo poteva servirsi in vista di particolari scopi a suo arbitrio»<sup>23</sup>.

Lo studioso precisò altresì che per il Savigny la finzione è uno strumento tecnico di cui dispone il legislatore e che ha ovviamente un valore in quanto, appunto, sia usato da questi; «cosicché mentre per i medievali essa serviva al giurista per descrivere, in termini rappresentativi, situazioni considerate come aventi già di per sé rilievo giuridico, dalla Scuola storica è ritenuta condizione essenziale del loro rilievo,

---

<sup>22</sup> Idem. p.22. In argomento, *ex plurimis*, SAVIGNY, Sistema del Diritto Romano Attuale, Torino, 1886; ROSIN, Recht des öffentlichen Genossenschaft, Friburg, 1886, p. 92 ss.; Preuss, Gemeinde Staat, Berlino, 1889, p. 3 ss.; WINDSCHEID, Diritto delle Pandette, Torino, 1930; Wolff, Juristischen Person und Staatsperson, Berlino, 1933, p. 4 ss.; GIERKE, Das Deutsche Genossenschaftsrecht, Graz, 1954, passim; SCHMIDT, ZUM BEGRIFF DES ZWECKVEMÖGENS, Rechts und Finanzwissenschaft, in Verwaltungsarchiv Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik, 60, Köln, 1969 S., p. 293 ss.; ALEXANDER, Anstalten und Stiftungen, Verselbständigte Vermögensmassen im Römischen Recht, Köln, 2003, p. 15 ss.; ALPERS, Das nachrepublikanische Finanzsystem, Fiscus und Fisci in der Frühen Kaiserzeit, Berlin - New York, 1995, 12 ss. In Italia, a FERRARA, Teoria delle persone giuridiche, Torino, 1923, passim; ID., Le persone giuridiche, in Tratt. dir. civ. it., diretto da Vassalli, vol. II, 1956, p. 23 ss., al quale si deve l'impostazione oggi prevalente secondo cui le persone giuridiche sono una realtà, sia pure creata dall'ordinamento, dotata di una volontà e di un patrimonio distinti da quelli dei suoi singoli membri. Esse, precisamente, rappresenterebbero – a giudizio dell'Autore – delle "forme giuridiche di aggruppamento e di ordinamento di uomini per il raggiungimento di scopi comuni o superiori, riconosciute dal diritto obiettivo. Anche esse hanno una realtà, ma una realtà ideale giuridica, non una realtà materiale sensibile". Per la dottrina italiana, si rinvia, altresì, a DE RUGGIERO, Istituzioni di diritto civile, vol. I, Milano-Messina, 1934, p. 412 ss.; Bonelli, La teoria della persona giuridica, in Giur. sist. civ. e comm, Torino, 1980, p. 55 ss.; GALGANO, Delle persone giuridiche, Libro primo. Delle persone e della famiglia, in Comm. cod. civ., a cura di Scialoja-Branca, Roma – Bologna, 1969, 3 ss.; Gangi, Persone fisiche e persone giuridiche, Milano, 1948, 195 ss.; GIORGI, La dottrina delle persone giuridiche o enti morali, vol. V, Firenze, 1901, passim.

<sup>23</sup> ORESTANO, *Il Problema delle persone giuridiche in diritto romano*, p. 20 ss.

della loro “esistenza” nel mondo del diritto»<sup>24</sup>.

Dal Savigny, il *BGB* trae, dunque, l'impostazione di fondo che anima le sue teorie, ossia l'idea quanto per cui l'ente è un «nuovo soggetto di rapporti giuridici oltre l'uomo singolo». Si tratta, tuttavia, di un «soggetto artificialmente creato dalla legge», cioè di una «persona» che è «giuridica» perché «ammessa solo per uno scopo giuridico».

Sono evidenti, in questa impostazione, le reminiscenze della tradizione latina e l'idea della unicità dell'uomo quale soggetto di diritto; è evidente, inoltre, l'influenza del giusnaturalismo nella conclusione per cui un diritto soggettivo esiste unicamente in virtù della libertà morale insita in ogni individuo.

Di conseguenza, essendo la persona giuridica naturalmente priva di capacità di intendere e di volere e, dunque, di coscienza morale, può ricevere riconoscimento dall'ordinamento soltanto in virtù di una finzione, che gli consenta di diventare titolare di diritti e di poteri giuridici.

È significativa, in quest'ottica, la formula prescelta dal codice italiano del 1865 (art. 2) che mutua dalla dottrina tedesca l'affermazione secondo cui «[I] comuni, le provincie, gli istituti pubblici civili od ecclesiastici ed in generale tutti i corpi morali sono considerati come persone e godono dei diritti civili secondo le legge e gli usi osservati come diritto pubblico».

## 7.5. La Teoria della finzione

Quella propugnata dal Savigny fu la prima tra le tesi che in epoca moderna tentarono di spiegare il fenomeno della persona giuridica e la disciplina delle entità organizzate.

Nella sua opera Savigny si interroga sulle ragioni per cui il sistema normativo disciplinò entità non umane in maniera non diversa da quanto avviene per le persone fisiche. La tesi si sviluppa, più precisamente, come risposta al contrasto che agli occhi dell'autore si presentava tra i dati dell'esperienza e le scelte normative: persona è, dal punto di vista empirico, soltanto l'uomo e, ciò nonostante, il legislatore formula precetti come se esistessero altre persone, diverse dall'uomo; «ogni uomo, e solo l'uomo singolo, è capace di diritto. Ma il sistema positivo può modificare questo principio, negando la capacità giuridica a uomini, come era per gli schiavi, o estendendola agli enti, che non sono uomini, come per le persone giuridiche. La capacità giuridica può essere estesa a subietti artificialmente creati, per semplice finzione»<sup>25</sup>.

Secondo l'autore, dunque, ogni volta che la legge parla di corpi da considerarsi «come persona», null'altro farebbe se non ricorrere a una *fiction iuris*. In altre parole, il

---

<sup>24</sup> ORESTANO, *Il Problema delle persone giuridiche in diritto romano*, p. 21.

<sup>25</sup> SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, op. cit., p. 240.

diritto finge, per soddisfare le comuni esigenze della realtà contingente, ed in particolare modo quelle del traffico giuridico, che entità diverse dall'uomo abbiano le sue stesse prerogative.

Per questa categoria di soggetti, così artificialmente create, il Savigny si riferisce, appunto, alla "persona giuridica", intesa come "persona" ammessa solamente per uno scopo giuridico e, tuttavia, soggetto autonomo titolare di rapporti giuridici, diverso ed "altro" rispetto alla persona fisica.

Va segnalato che i lavori preparatori del codice civile italiano del 1865, che si svolsero simultaneamente alla diffusione delle tesi di Savigny, furono chiaramente influenzati da queste ultime, come conferma l'art. 2 del testo poi divenuto definitivo, in cui si legge che «i comuni, le provincie, gli istituti pubblici civili od ecclesiastici ed, in generale, tutti i corpi morali civilmente riconosciuti, sono considerati come persone». La nozione di persona ivi utilizzata era da intendersi come concetto di relazione e non come concetto di genere e, muovendo dal presupposto che solo gli esseri umani sono persone, imponeva, né più né meno, che «i corpi morali civilmente riconosciuti» godessero di una considerazione giuridica che corrispondeva a quelli degli esseri umani, ma che, tuttavia, non era propria di questi ultimi.

Il superamento della tesi finzionistica avvenne sovvertendo i presupposti su cui detta teoria si fondava, ossia basandosi sull'osservazione della realtà empirica.

## **7.6. La sostituzione della teoria della finzione: la teoria della rappresentazione**

La teoria della rappresentazione parte da una critica forte al presupposto su cui si fonda la teoria finzionistica, sebbene per ragioni diverse: secondo Dernburg sarebbe discutibile affermare che soltanto l'uomo sia un soggetto di diritto, perché la personalità giuridica esisteva anche nel diritto antico, dove aveva trovato la sua più ampia espressione nello Stato<sup>26</sup>.

Per queste ragioni Dernburg sostituisce la teoria della finzione con la teoria della rappresentazione, affermando che le persone giuridiche non sarebbero realmente enti corporei, ma non sarebbero neanche qualcosa di irreali; esse non sarebbero, cioè, finzioni, ma solo rappresentazioni<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, I.

<sup>27</sup> La ricostruzione della concezione di Dernburg è qui ricostruita da BARILLARI, *Contributo alla teoria filosofica della persona giuridica*, Roma, 1910, p. 35. L'idea della finzione fu sviluppata e rielaborata da la scuola dei romanisti tedeschi, a cominciare da Windscheid, di cui possiamo ricostruire il pensiero grazie ad uno studio del Michele Barillari che dell'inizio del secolo, ricostruisce la tesi del Windscheid: «Il Windscheid deduce il concetto di persona giuridica dal suo concetto generale del diritto. Egli chiama diritto l'attuazione della volontà umana in un caso concreto, in conformità di un precetto legislativo prestabilito per un caso astratto. Onde per Windscheid soggetto di diritto è chi può avere una volontà, che può determinarsi in un caso concreto in conformità di una norma giuridica: indubbiamente solo l'uomo

## 7.7. La Teoria oggettivistica

Il principale merito che va ascritto alla teoria oggettivistica è quello di aver concepito la persona giuridica in termini semplici e rigorosi. La stessa teoria, però, si è dimostrata difettosa nella parte in cui si limita a considerare mera finzione quella che in realtà è la configurazione tecnica di un fenomeno che il diritto riconosceva da tempo.

La principale critica su cui si fondava questa teoria riguardava il carattere per così dire unilaterale della visione del fenomeno “persona giuridica”: secondo i suoi sostenitori, di tale fenomeno si ignorava il dato reale e sociale. Per superare queste difficoltà, si cercò di elaborare una concezione che ne valorizzasse gli aspetti oggettivi e che, tuttavia, si rivelò priva di un vero e proprio valore dogmatico.

Anche questa teoria, dunque, si rivelò, unilaterale, giacché essa si limitava a prendere in esame un solo aspetto del fenomeno persona giuridica, ossia le ragioni per cui la persona giuridica opera e persegue il suo scopo.

Accanto alla persona fisica, che è dotata di capacità giuridica e che persegue scopi individuali rivolti alla soddisfazione dei propri bisogni, Gierke riscontra che l'individuo non opera solo, bensì è inserito, per sua stessa volontà o per via di esigenze contingenti, in gruppi sociali che si propongono di realizzare scopi più generali.

Trattasi di finalità che, a differenza di quelle individuali, spesso non sono suscettibili di realizzazione entro l'arco temporale limitato di una vita umana e, quindi, sopravvivono ad essa e permangono nel tempo.

Per la loro attuazione, le limitate e caduche forze dell'uomo singolo non bastano ed è richiesta un'organizzazione di elementi idonei a sostenere un'azione permanente come la persona giuridica.

In definitiva, secondo questa teoria, gli enti collettivi sarebbero una realtà innegabile del mondo delle relazioni umane, cui non può non riconoscersi lo *status* di soggetto del diritto.

In conclusione, nell'opinione di chi sostenne questa tesi, il legislatore, nel disciplinare le persone giuridiche, non avrebbe creato nulla ma si sarebbe limitato a prendere atto dell'esistenza di “organismi naturali” diversi dall'uomo, aggiungendovi solo un formale riconoscimento giuridico. In virtù di tale riconoscimento sarebbe, dunque, nato un nuovo soggetto giuridico titolare di diritti (non solo patrimoniali) e doveri.

---

(...) Però nella realtà vi sono diritti che non sono collegati ad una persona ma esistono per uno scopo. Ed allora qui il diritto obiettivo non ha accordato ad alcuno come proprio il precetto da esso emanato e la volontà che si adopererà per attuarlo agirà non per qualcuno, ma per qualche cosa. E poiché il sentimento umano tende a dare forme di personalità a tutto ciò che presenta un potere volitivo, così si è cercato di creare artificialmente una persona ch'è la persona giuridica». Windscheid, sebbene con una rielaborazione riconducibile a von Savigny, giunge alla stessa conclusione circa il carattere artificiale della persona giuridica.

## 7.8. Il superamento della teoria finzionistica: la concezione organica della persona giuridica

Nella seconda metà del XIX secolo si sviluppò una nuova teoria il cui successo fu tale da far ritenere superata la concezione finzionistica. Era la cosiddetta “teoria della realtà” o “teoria organica”, la cui diffusione si deve al giurista tedesco *Otto von Gierke*.

Questo autore mise in discussione il presupposto di base del ragionamento formulato dal Savigny: Gierke, come anche Savigny, era profondamente convinto che nella realtà empirica operassero soggetti di diversa natura; in particolare, Gierke sottolinea che, in concreto, l'individuo, dotato di capacità giuridica e con scopi individuali rivolti alla soddisfazione dei propri bisogni, il più delle volte non opera solo, bensì è inserito, per sua stessa volontà o sotto la spinta di esigenze contingenti, in aggregazioni e gruppi sociali che si propongono il raggiungimento di obiettivi più generali, più ampi, più duraturi.

Per la realizzazione di questi scopi, secondo Gierke, le limitate forze dell'uomo singolo non sarebbero sufficienti: sarebbero invece richieste una «stabile cooperazione di forze, un'organizzazione di elementi economici e sociali capaci di spiegare un'azione ferma e duratura attraverso le future generazioni»<sup>28</sup>.

La teoria finzionistica e la teoria organica sono solitamente presentate come due modi contrapposti di intendere il fenomeno degli enti collettivi, ma in verità esse presentano un tratto comune, ossia la comune matrice ed ispirazione individualistica, che le avvicina molto nella contrapposizione finzione-realtà.

Si può affermare che la teoria organica sia l'ennesima sofisticazione della concezione soggettivistica dell'ordinamento giuridico mondiale e un ulteriore passo compiuto dalla dottrina nella direzione che l'ha del tutto allontanata da una concezione oggettivistica delle organizzazioni collettive.

Con Gierke, quindi, la categoria del soggetto del diritto, che nel pensiero del Savigny era una categoria eterogenea (vi erano incluse sia entità naturali, come gli uomini, sia entità artificiali, come gli enti collettivi dotati di personalità giuridica), acquista una maggiore omogeneità.

Il procedimento logico seguito da questa teoria era, in fondo, il medesimo seguito della teoria finzionistica, sia pur in direzione del tutto opposta: quest'ultima

---

<sup>28</sup> Il pensiero di GIERKE è elaborato nell'opera, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, Berlino, 1877, p. 22, e la ricostruzione dello stesso è ripreso da FERRARA. In conclusione, la nuova dottrina tedesca era dell'opinione che il legislatore, nel disciplinare le persone giuridiche, non avesse inventato nulla e si fosse limitato a prendere atto dell'esistenza di 'organismi naturali' diversi dall'uomo. Con il riconoscimento legale nascerebbe un nuovo soggetto giuridico con un'autonoma esistenza e un'autonoma capacità di diritti e doveri; quest'ultima non limitata ai diritti patrimoniali ma estesa ai diritti della personalità. Tale teoria è stata oggetto di numerosi studi in Italia e a lungo al centro del dibattito tra i nostri giuristi. Sulla tesi della realtà si vedano: CALLEGARI, Per la codificazione delle persone giuridiche. Osservazioni e proposte, in Riv. dir. civ., 1927, 3 ss; FERRARA, Trattato di diritto civile, cit., 603 ss.

aveva cercato di elevare a dato giuridico il dato naturalistico della persona fisica, facendolo coincidere di per sé con la nozione di soggetto di diritto; la teoria organica cercò di fare altrettanto con le persone giuridiche, sforzandosi di delinearne una nozione altrettanto realistica, che consentisse di considerarle di per sé soggetti di diritto in base alla loro intrinseca natura, senza bisogno di ricorrere ad analogie o finzioni.

## 7.9. Gli sviluppi della teoria organica o della realtà

Nasce e si sviluppa, così, specialmente in Germania, ma con un successo che travalicò presto i confini nazionali per estendersi in Francia ed in Italia, l'idea che accanto delle persone fisiche esistono e sono riconosciuti dal diritto altri soggetti di diritto che non sono persone fisiche ma che, al pari di queste, sono dotati di capacità di agire e di una propria volontà.

Come Savigny, anche von Gierke fonda la propria teoria sull'analisi della realtà empirica, ma in questa egli intravede una pluralità di agenti: «le persone fisiche, che hanno l'esistenza corporea degli uomini, sono dotate di capacità giuridica naturale e perseguono scopi individuali diretti al soddisfacimento dei propri interessi, il più delle volte non operano sole, ma sono inserite, per loro stessa volontà o per esigenze contingenti, in aggregazioni e gruppi che perseguono scopi più generali, ampi e durevoli»<sup>29</sup>.

Per il raggiungimento di questi stessi scopi si richiedono dunque stabile cooperazione di forze, un'organizzazione di elementi economici e sociali capaci di spiegare un'azione ferma e duratura attraverso le future generazioni: in definitiva, gli enti collettivi, al pari degli individui separatamente considerati, sono una realtà innegabile nel mondo delle relazioni umane, ai quali non può dunque non riconoscersi lo *status* di soggetto del diritto.

Le persone giuridiche, secondo la teoria organica, sono organizzazioni unitarie ad autonome: alle stesse sarebbero riferibili una volontà e interessi personali propri, distinti da quelli delle persone fisiche dei membri. Il palesarsi del gruppo quale unico soggetto di diritto sarebbe il risultato della sua unificazione interiore, realizzata mediante l'adozione di un'organizzazione corporativa. In questa forma particolare di organizzazione interna, l'autore individua l'elemento idoneo a tradurre la volontà di più soggetti in un'individualità nuova dotata di una volontà autonoma.

Secondo questa impostazione, dunque, il riconoscimento da parte dello Stato, necessario per l'acquisto della personalità giuridica, avrebbe un valore meramente dichiarativo. Lo Stato si limiterebbe, cioè a prender atto dell'esistenza di queste organizzazioni.

A criticare la costruzione teorica della persona giuridica come *factio legis* fu anche Michele Barillari, libero docente di filosofia del diritto nella Regia Università di Napoli, in un saggio pubblicato a Roma nel 1910 con il titolo “*Sul concetto della*

---

<sup>29</sup> Sul tema: BARILLARI, Michele. *Sul concetto della persona giuridica - contributo alla teoria filosofica della persona giuridica* /Michele Barillari Roma - E. Loescher, 1910. Testo Monografico.

*persona giuridica. Contributo alla teoria filosofica della persona giuridica*». In particolare, lo studioso afferma che «il legislatore coglie il diritto attraverso lo sviluppo confuso e contraddittorio dei fatti sociali; lo svolge, lo chiarisce, lo rende pieghevole a tutti i bisogni e sotto tutti gli aspetti, ma non lo crea». A parere dell'autore, «il legislatore sarebbe soltanto uno degli organi dello spirito sociale che giungerebbe ad interpretare e a fissare in norme il diritto di un dato momento storico»<sup>30</sup>. Per Barillari cadrebbero in equivoco, quindi, coloro i quali sostengono che creare una persona giuridica sia una facoltà del legislatore.

Lo stesso autore condivide la tesi di von Gierke, ovvero la tesi della persona giuridica come ente collettivo dotato di una volontà autonoma che nasce, si trasforma e muore come qualsiasi altro essere vivente. Secondo von Gierke, infatti, «quando diciamo essere vivente non vogliamo ricorrere ad un'analogia biologica ma vogliamo designare un'opera spirituale degli uomini che l'hanno composta. Perché questa persona, che tende a superare i limiti della persona fisica [...] appartiene alla incessante creazione dello spirito umano»<sup>31</sup>. La conclusione cui lo studioso perviene è che lo stato debba riconoscere la qualità di persona giuridica tutti gli enti collettivi che hanno una volontà e si propongono uno determinato scopo, purché lecito.

## **7.10. Teorie individualistiche e teoria normativa**

Le teorie individualistiche appartengono ormai alla storia della scienza giuridica. I loro principali esponenti furono, alla fine dell'Ottocento, il tedesco Rudolf von Jhering, il francese Gabriel de Labroue de Vareilles Sommières. Ad Hans Kelsen, invece, si deve la cosiddetta "teoria normativa". Tutti muovono dal rifiuto della concezione antropomorfa della persona giuridica, secondo cui esisterebbero nella realtà empirica entità diverse dall'uomo dotate di analoghe qualità. L'idea appariva a questi autori inaccettabile sulla base della convinzione per cui la volontà fosse un fenomeno psichico riferibile solo all'uomo.

Particolarmente esplicative, in questo senso, risultano le parole di Vareilles-Sommières, il quale afferma che «la persona giuridica non esiste che nell'immaginazione degli uomini, e questa persona immaginaria non può avere alcun diritto, né alcuna obbligazione»: «i diritti e le obbligazioni, attribuiti in modo immaginario alle persone giuridiche, appartengono in realtà alle persone vere, giacché soltanto persone vere possono avere diritti ed obbligazioni»<sup>32</sup>.

In breve, soltanto la persona fisica è soggetto di diritto, sia quando è considerata individualmente, sia quando è pensata come membro di gruppi ed enti collettivi, mentre la persona giuridica non può che esser vista come un soggetto apparente che nasconde i soggetti veri, ovvero le persone fisiche parte del gruppo.

---

<sup>30</sup> BARILLARI M., *Sul concetto della persona giuridica*. Roma, E. Loescher, 1910.

<sup>31</sup> Ancora BARILLARI M. *Sul concetto della persona giuridica - contributo alla teoria filosofica della persona giuridica* / Michele Barillari Roma - E. Loescher, 1910. Testo Monografico.

<sup>32</sup> VAREILLES-SOMMIERES, *Les personnes morales*, Paris, 1902, p. 45 ss.

Sviluppo immediato e consequenziale delle teorie individualistiche è la teoria normativa di Kelsen, secondo cui non esisterebbero, nella realtà giuridica, soggetti cui possano attribuirsi caratteri ed atteggiamenti umani propri degli esseri umani. Non potrebbero esistere, quindi, soggetti di diritto che non siano uomini<sup>33</sup>.

Per Kelsen il diritto si riassume necessariamente ed esclusivamente nella norma. E la norma altro non è che la proposizione che collega ad un determinato comportamento umano una conseguenza giuridica o una sanzione. Sotto questo profilo, solo l'uomo può essere titolare di diritti e doveri, perché l'ordinamento giuridico riconosce diritti e doveri solo agli esseri umani: solo il comportamento degli esseri umani può essere regolato dall'ordinamento.

Di conseguenza, i diritti e doveri della persona giuridica, secondo Kelsen, si ridurrebbero ai diritti e ai doveri delle singole persone fisiche membri della medesima.

Con Kelsen si realizza, dunque, il primo superamento del concetto di persona giuridica, che nel pensiero dell'autore cessa di esistere in sé e per sé e permane solo quale espressione unitaria di un insieme di norme che regolano il comportamento di una pluralità di uomini.<sup>34</sup>

## 7.11. La teoria neo-finzionistica

Nonostante le critiche avanzate da Kelsen, la nozione di persona giuridica è comunque riuscita a sopravvivere, sviluppandosi in una nuova ed più sofisticata concezione di antropomorfismo, ancora oggi prevalente, in base alla quale la persona giuridica ha sì in comune con l'uomo la qualità di soggetto, ma essa non opera nel mondo naturale, ma in un mondo puramente formale, cui anche l'uomo in sé e per sé è estraneo.

Nella visione di Savigny la categoria dei soggetti di diritto poteva dirsi eterogenea, comprendendo sia le persone fisiche considerate in quanto tali sia qualificabili gli enti collettivi. In base alla teoria organica di Gierke la categoria dei soggetti di diritto poteva dirsi omogenea nel senso che, senza finzione alcuna, vi appartenevano uomini ed entità dotate delle medesime prerogative dell'uomo. La teoria kelseniana rifiutava l'idea di attribuire personalità giuridica a soggetti diversi dagli uomini. La teoria neo-finzionistica, invece, riconduce ad unità il concetto di persona giuridica compiendo il percorso inverso, ossia ammettendo il carattere artificiale, ed unico, di qualsivoglia entità e, quindi, anche dell'uomo.

Secondo questa impostazione, insomma, la personalità giuridica resterebbe comunque una creazione del diritto<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> LOSANO M., *Forma e realtà in Kelsen*. 1981. p. 35 ss.

<sup>34</sup> LOSANO M., *Forma e realtà in Kelsen*. 1981. p. 35-38.

<sup>35</sup> Consultabile in: *Digesto delle discipline privatistiche: Sezione civile*, Volume 13, International Academy of Comparative Law, Associazione italiana di diritto comparato, UTET, 1995, p. 399 ss.

## 7.12. Teoria del diritto soggettivo

A partire dalla teoria neo-finzionistica si è successivamente sviluppato l'orientamento secondo cui, muovendo dalla concezione di cui sopra per cui ogni soggetto di diritto costituirebbe una creazione "artificiale" dell'ordinamento giuridico, la persona giuridica sarebbe solo la personificazione della norma, mentre l'uomo non sarebbe la persona fisica in sé, ma uno substrato della stessa, ossia il presupposto di fatto che l'ordinamento deve prendere in considerazione.

Per la precisione, proprio il riconoscimento di diritti impersonali, per loro natura non riferibili all'uomo eppure ugualmente tutelati dall'ordinamento, legittimerebbe la possibilità di pensare a soggetti giuridici diversi dall'individuo.

Questa teoria muove dalla definizione di diritto soggettivo come potere di volontà, precisando che la volontà è diretta sempre a qualcosa, e questo qualcosa è ciò che serve agli scopi umani come, per esempio, un bene o un interesse.

Pertanto, un diritto soggettivo consisterebbe in un potere di volontà diretto a perseguire un determinato interesse e la volontà servirebbe per realizzare questo interesse. Da qui la conclusione secondo cui un soggetto che esprima una volontà potrebbe essere qualificato come persona fisica o ente collettivo a seconda del tipo di interesse perseguito.

Tuttavia, come è stato sottolineato, la teoria in oggetto si scontra con un limite piuttosto evidente nel momento in cui la presenza di un interesse impersonale è elevato a condizione necessaria per l'esistenza stessa della persona giuridica.

## 8. La modulazione soggettiva della persona giuridica

Il processo di modulazione soggettiva rappresenta il meccanismo che legittima l'ingresso, in maniera autonoma e distinta, della persona giuridica nell'ordinamento, come soggetto di diritti.

In questa prospettiva sembra utile ricordare che la considerazione dell'ente collettivo come soggetto a sé stante ha indotto la giurisprudenza di legittimità a ritenere comunque legittima l'applicazione del principio della responsabilità limitata.

Per decenni la Suprema Corte di cassazione è stata costantemente fedele al binomio persona fisica/persona giuridica: «il tratto caratteristico della società di capitali, che con l'iscrizione dell'atto costitutivo acquista la personalità giuridica, è precisamente quello di dar luogo, con la creazione di un nuovo e distinto soggetto di diritto, ad un centro a sé stante di imputazione di effetti giuridici attivi e passivi che si esauriscono entro quest'ambito soggettivo»; inoltre, la Suprema Corte ha affermato che «la limitazione di responsabilità al capitale sociale non è un beneficio subordinato all'osservanza delle norme di organizzazione e di gestione della società ma un effetto che si raggiunge *de iure* mediante la costituzione di un ente sociale dotato di

personalità giuridica»<sup>36</sup>.

Dalla lettura delle citate sentenze emerge la concezione per cui la limitazione della responsabilità dei soci non deriverebbe dalla volontà legale (in particolare dalle norme riguardanti le società di capitali), bensì dall'attaccamento concettuale alla persona giuridica intesa come centro di imputazione differente dall'agente umano che lo ha costituito. In altre parole, secondo la Suprema Corte, in nessun modo può sarebbe possibile superare l'alterità dogmatica della persona giuridica intesa come soggetto di diritto.

E' verosimile che i giudici della Corte di cassazione, nel ribadire che i soci di una società di capitali rispondono dei debiti di questa limitatamente al capitale investito, si riferissero non all'art. 2325 c.c., ma all'art. 2740. In altre parole, i giudici della Suprema Corte non basavano il loro ragionamento su una prescrizione normativa, ma pensavano ad un soggetto di diritto distinto che per nessuna ragione avrebbe dovuto essere chiamato a rispondere dei debiti di un altro soggetto.

In questo modo la Cassazione, a causa del processo di modulazione soggettiva, avrebbe trasformato una regola speciale, o un principio di diritto speciale valido per le società di capitali, in una regola generale applicando l'art. 2740 c.c..

Nell'ordinamento italiano questo approccio ha permesso alla giurisprudenza, richiamando la teoria della disapplicazione delle norme giuridiche e applicando per analogia l'articolo 2362 c.c.<sup>37</sup>, di risolvere questioni legate all'abuso della responsabilità limitata delle società di capitali.

Va detto che, in parallelo a questo approccio e alla teoria bigiaviana del socio tiranno, la Corte di Cassazione, con lo scopo di trovare un rimedio al problema dell'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali, ha utilizzato l'azione a responsabilità contro gli amministratori e il controllo giudiziale *ex art. 2409 c.c.*

Si tratta, a giudizio di chi scrive, di rimedi insufficienti, che mettono in luce la necessità di recuperare una nuova prospettiva di studio e analisi del fenomeno societario.

## **9. Le recenti teorie revisioniste e le teorie moderne**

Sulla base delle teorie brevemente illustrate in questo lavoro ne sono state formulate ulteriori con lo scopo di chiarire il complesso problema della natura della persona giuridica.

È noto che alcune teorie si riallacciano alle tesi più tradizionali pur modificandole, perfezionandole ed adattandole a un contesto normativo in perenne

---

<sup>36</sup> Cass 9 dicembre 1976, n.4577 in Giur. Comm. 1977, II, p 628 ss.

<sup>37</sup> Si fa qui riferimento all'art. 2362 c.c. nella sua formulazione precedente alla riforma del 2003.

mutamento. Vi è da dire che alcune delle teorie più recenti non differiscono un granché rispetto a quelle antiche più risalente.

Per esempio, alcuni studiosi si ricollegano alla teoria individualistica<sup>38</sup>, sviluppando principalmente il pensiero di Kelsen. Questa impostazione ha avuto il merito di chiarire tanti aspetti tratti da quelle teorie tradizionali, rilevando la difficoltà nel concepire un'entità diversa dall'uomo come soggetto di diritto, ma sul il presupposto per cui il superamento delle teorie di Gierke non poteva negare l'esistenza di soggetti diversi dall'essere umano.

Così, per le teorie più moderne, lo scopo principale non deve essere quello di definire cosa le persone giuridiche siano, ma cercare di determinare le condizioni d'uso della persona giuridica.

La persona giuridica smette di presentarsi come uno "schermo" che il diritto avrebbe interposto tra i membri di uno gruppo determinato ed i terzi e che sarebbe consentito superare solo per motivi di equità, allo scopo di sanzionare eventuali abusi. In questo modo la persona giuridica cesserebbe di apparire un'entità del mondo reale, equiparabile all'uomo, per tornare un strumento del linguaggio giuridico di cui non potrebbe farsi a meno per esprimere una complessa disciplina di rapporti intercorrenti tra le persone fisiche dei suoi membri.

Le più recenti impostazioni dottrinali, quindi, tendono tutte verso la medesima conclusione, ossia quella secondo cui il concetto di persona giuridica è uno strumento del linguaggio giuridico destinato ad agevolare l'applicazione del diritto. In altre parole, la persona giuridica sarebbe una creazione del legislatore.

Questa più moderna idea della persona giuridica si riduce, pertanto, alla speciale disciplina che la legge ha previsto per i membri di determinati gruppi collettivi: la soggettività delle persone giuridiche troverebbe il proprio fondamento nella normativa vigente; si tratta di un soggetto di diritto nuovo e distinto dalle persone fisiche, nonché dai patrimoni delle persone fisiche, che esiste non in virtù di una costruzione dogmatica, ma in virtù delle regole che ne legittimano e ne disciplinano l'attività.

Così, secondo le teorie più moderne, abusare della personalità giuridica significherebbe sfruttare lo schermo della personalità giuridica in modo illegittimo, cioè per scopi diversi da quelli che ne legittimano l'uso e oltre limiti per cui era stato pensato.

Questa moderna prospettiva permette di sottolineare il distacco tra i singoli membri e l'ente di appartenenza e, quindi, tra soggetto e persona giuridica, sicché il primo sarebbe l'autore materiale dei comportamenti disciplinati dalle norme giuridiche e la seconda un centro di imputazione dei fatti giuridici che ad essa verrebbero riferiti.

---

<sup>38</sup> M. HAURIOU. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris, 1921; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, Paris, 1922; J. GORDLEY, La teoria della persona giuridica negli Stati Uniti, in *Rev. Dir. Comm.*, 1992, I, p. 1069.

## 10. La capacità delle persone giuridiche

Le distinzioni a livello teorico sul concetto di personalità si ripercuotono anche nella prassi con riferimento alla capacità giuridica. E infatti, in origine, la questione relativa alla capacità delle persone giuridiche veniva risolta a seconda che si preferisse la concezione realistica o finzionistica.

L'adesione alla teoria della finzione portava ad attribuire alla persona giuridica una capacità limitata. In questi termini lo stesso Savigny non ammetterebbe che alle persone giuridiche, in quanto soggetti "artificiali", possa attribuirsi la capacità di commettere fatti illeciti<sup>39</sup>.

Si è fatto notare, a questo proposito, che la questione della capacità non dipende da presupposti teorici, ma si riduce sempre ad una questione di diritto positivo. E secondo diversi ordinamenti, per principio, alle persone giuridiche andrebbe riconosciuta una capacità giuridica senz'altro piena, ma parametrata al significato che detta capacità assume in rapporto alla disciplina sulle organizzazioni collettive. Si tratterebbe, quindi, di una capacità che abbraccia l'intera esistenza della persona giuridica, salvi quei limiti che derivano dalla sua qualità di ente "non umano".

Le persone giuridiche, insomma, sarebbero dotate di capacità giuridica; l'ordinamento in generale avrebbe in questo senso parificato la persona fisica e la persona giuridica (salvo i limiti predetti); la legge conferisce all'ente una capacità corrispondente a quella riconosciuta all'uomo.

Tuttavia, non si può negare che vi sono diritti che innegabilmente presuppongono un substrato corporeo ed una fisicità non accessibili alle persone giuridiche. Così, per esempio, le persone giuridiche non possono contrarre matrimonio o fare testamento.

Non si deve credere, però, che la capacità delle persone giuridiche sia limitata alle attività di natura patrimoniale: vi sarebbero, in realtà, una serie di situazioni giuridiche – fra cui gli stessi diritti della personalità – che potrebbero competere anche agli enti collettivi.

Questi stessi enti, poi, sono titolari di rapporti di natura peculiare che non trovano corrispondenza nelle norme riguardanti le persone fisiche (come quelle che attengono alla struttura corporativa interna). Inoltre, l'ordinamento si atteggia in modo diverso a seconda del soggetto preso in considerazione: nel riferirsi alle persone fisiche o alle persone giuridiche, il legislatore assoggetta queste ultime a particolari limitazioni o protezioni che non valgono per le prime<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> ISFER E., *Le imprese individuali e le singole società - a responsabilità limitata*. p. 81.. La frase categorica Fábio Coelho Ulhoa riassume questa sistematica: '*Questo è sicuramente patrimonio distinto, inconfondibile e incommunicabile e quelli dei membri della società*' Vale a dire, '*i debiti della società non obbliga i soci e, in concomitanza, i debiti dei soci non legano l'azienda. È il risultato logico della totale separazione patrimoniale tra i soci e la società attraverso l'isolamento dei rispettivi obblighi. Essendo previsti volontà sociale e patrimonio separato, distinto da quelli degli azionisti*', come qualsiasi persona fisica.

Questo pertanto è il risultato cui può giungersi: le persone giuridiche godono di una capacità giuridica che non è circoscritta alla sfera del patrimoniale e arriva a toccare i diritti della personalità e il diritto pubblico, salvo le limitazioni imposte ad esse dalle norme vigenti o che derivano dalla specifica natura dei rapporti interessati.

## **11. Brevi cenni storici sulla limitazione della responsabilità della persona giuridica**

Pur avendo dedicato una parte di questo lavoro ad analizzare l'evoluzione storica del concetto di persona giuridica, è importante premettere una breve esposizione sulle origini dell'effetto della personalizzazione, che riteniamo di fondamentale importanza per il presente studio: la responsabilità limitata dei soci, nonostante questa limitazione sia un risultato logico della creazione della persona giuridica, è legata a esigenze pratiche.

La responsabilità limitata è stata per così dire "accoppiata" all'idea di persona giuridica più tardi, superando un'altra idea preconcepita, ossia la solidarietà dei soci per le obbligazioni sociali.

L'idea di limitare la responsabilità dei soci è stata delineata per la prima volta nel XV secolo, con la creazione della Banca St. George. Tuttavia fu solo nei secoli XVII e XVIII che l'idea si consolidò definitivamente <sup>41</sup>.

Successivamente, con l'obiettivo di estendere tale beneficio a imprese più piccole, furono create dal legislatore tedesco – che ispirò successivamente i legislatori di altri Paesi – le società private a responsabilità limitata.<sup>42</sup>

## **12. L'autonomia patrimoniale della persona giuridica**

Sebbene l'origine della responsabilità limitata sia indipendente rispetto alla creazione del concetto di persona giuridica, limitare la responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali può dirsi una conseguenza logica dell'autonomia patrimoniale della persona giuridica e della netta separazione tra l'ente e i soci che lo compongono .

Anche se è ovvio che i soci e la società sono titolari di patrimoni separati, le norme prevedono, in alcuni casi, che i soci rispondano senza limiti per i debiti della società. È il caso, ad esempio, della società in nome collettivo brasiliana (articoli 1039-1044 del codice civile brasiliano); in questo specifico caso pertanto, la responsabilità

---

<sup>40</sup> PEREIRA C., *Istituzioni di diritto civile: teoria generale del diritto civile*. p. 321.

<sup>41</sup> GONÇALVES NETO. Alfredo de Assis, p. 3-6.

<sup>42</sup> German limited liability company ("GmbH") is the Limited Liability Companies Act ("GmbH-Gesetz") of 1892 (RGBl. S. 477). Consultare in: <http://law.au.dk/en/research/projects/european-model-company-act-emca/national-companies-acts-of-eu-member-states/germany/> accesso in 24.05.2017.

illimitata dei soci è sancita per legge.

In ogni caso, na volta registrato l'atto costitutivo e acquistata la personalità giuridica, la società rappresenta un soggetto di diritto dotato di capacità giuridica e di una propria volontà, che persegue i propri obiettivi per mezzo dell'attività prescelta.

### **13. La responsabilità della persona giuridica**

Abbiamo visto che la responsabilità limitata dei soci è logicamente connessa alla personalità giuridica .

Il socio di una società di capitali risponde limitatamente delle obbligazioni sociali perché per dette obbligazioni egli risponde solo nei limiti del capitale investito e non con il proprio patrimonio.

La responsabilità limitata dei soci è sancita per legge dalla disciplina riguardante le società di capitali, soprattutto i due tipi societari più comunemente utilizzati in Brasile, ossia la società a responsabilità limitata e la società per azioni (regolate, rispettivamente dall'art. 1052 - 1086 del codice civile brasiliano<sup>43</sup> e anche dalla legge 6.404/1976<sup>44</sup> ).

Esistono, tuttavia, dei tipi societari in cui i soci rispondono illimitatamente per le obbligazioni sociali: ad esempio, la società semplice<sup>45</sup>.

Vi sono poi alcuni casi, espressamente disciplinati dalla legge, in cui i soci potrebbero essere chiamati a rispondere per una somma superiore al valore della propria quota. È il caso regolato dal codice civile brasiliano all'art. 1052<sup>46</sup>.

Saranno oggetto di questo studio solo le ipotesi in cui, a seguito di un abuso della personalità giuridica, la responsabilità limitata dei soci viene meno

Prima di avviare questa analisi, però, vale la pena dedicare qualche cenno alla persona giuridica come soggetto di diritto. Si tratta, infatti, di un tema essenziale ai fini della ricerca che si vuole intraprendere.

---

<sup>43</sup> Consultare in: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada)

<sup>44</sup> Consultare in:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404compilada.htm)

<sup>45</sup> Legge 10.406 .10 gennaio 2002 “Art. 1.023. Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária”.

<sup>46</sup> Legge 10.406 10 gennaio 2002. “Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”.

## 14. L'importanza della società soggetto di diritto, ovvero, la persona giuridica come strumento associativo

La società come strumento giuridico e forma organizzativa nasce per venire incontro alle esigenze di una società sempre più complessa e articolata (esigenze che l'uomo in quanto individuo non può più soddisfare).

Il giurista brasiliano Paulo Nader analizza il fenomeno nei seguenti termini: «Na medida em que a sociedade foi se organizando, a prática revelou a necessidade de uma categoria que favorecesse especialmente o crescimento dos setores produtivos, culturais, sociais e religiosos, que não poderia ser alcançado pelo esforço isolado de pessoas ou da solidariedade interna de pequenos núcleos familiares. (...) Seria impraticável qualquer projeto arrojado sem que se criassem princípios e normas que distinguissem o todo dos indivíduos. Indispensável que se atribuísse personalidade jurídica ao ser meramente convencional»<sup>47</sup>. Si può affermare, quindi, che la società venne creata con l'obiettivo di agevolare l'unione di forze individuali per affrontare le sempre più complesse sfide della società.

In questa prospettiva, la teoria che spiega la natura della società come realtà tecnica coglie in pieno il significato del fenomeno: la personalità giuridica è un vantaggio che il diritto ha concesso a determinati soggetti, riconoscendo come legittimo tale vantaggio nella misura in cui esso mira a soddisfare gli interessi (leciti) delle persone che hanno dato vita a questi soggetti.

In altre parole, la creazione di una persona giuridica, che è uno strumento messo a disposizione dell'uomo, permette a quest'ultimo di superare i limiti imposti dalla brevità della sua vita<sup>48</sup>, e, allo stesso tempo, porta a identificare la persona giuridica con le persone che l'hanno costituita.

Contrariamente a quanto può sembrare a prima vista, riconoscere lo *status* di persona giuridica non significa intaccare il principio secondo cui *omne ius hominum causa constitutum est*. Come ha affermato il giurista brasiliano Pereira, «[o] princípio é e permanece verdadeiro, porque o reconhecimento da responsabilidade às pessoas jurídicas somente encontra justificação nos interesses humanos legais»<sup>49</sup>. Secondo Gonçalves Neto, la personalità giuridica è uno strumento che la legge contempla perché sia utilizzato<sup>50</sup>.

In quest'ordine di idee, sembra utile ricordare il pensiero di Norberto Bobbio, secondo cui ci sarebbero due modi in cui lo Stato cerca di modellare il comportamento dei cittadini: la repressione e la promozione. Da un lato lo Stato scoraggia i

<sup>47</sup> NADER Paulo, *Curso de direito civil, parte geral*, p. 223.

<sup>48</sup> VENA S., *Direito Civil, parte geral*, p. 217.

<sup>49</sup> PEREIRA C.M.S., *Instituições de direito civil: teoria geral de direito*. p. 309.

<sup>50</sup> GONÇALVES NETO. A.A., *Lições de direito societário: o regime e as inovações em curso no novo código civil*, p. 20. Traduzione nostra. In originale: "é um instrumento ou mecanismo que a lei contempla para utilizar."

comportamenti indesiderati, sanzionandoli. Dall'altro, al fine di stimolare un certo comportamento ritenuto utile per la comunità, promuove tale comportamento. Più precisamente, «[m]entre la punizione è una reazione ad un illecito, il premio è una reazione ad una buona azione<sup>51</sup>».

La creazione di società commerciali è un comportamento senza dubbio auspicabile che agevola le relazioni fra esseri umani ed è di fondamentale importanza per lo sviluppo dell'economia. Pertanto, lo Stato incoraggia questo comportamento, concedendo a coloro che adottano tale forma organizzativa il beneficio della personalità giuridica e della responsabilità limitata.

La persona giuridica è quindi uno strumento offerto dallo Stato ai cittadini non solo al fine di facilitare l'esercizio di attività economiche in forma collettiva, ma anche, come vedremo, per assicurare lo sviluppo economico di un Paese.

## **15. La persona giuridica come strumento per lo sviluppo dell'economia**

Non c'è dubbio che una importante funzione della persona giuridica sia quella di essere uno strumento che permette agli uomini, attraverso i loro sforzi congiunti, di raggiungere i loro obiettivi comuni più facilmente.

Tuttavia, la società come organismo collettivo riveste un'altra importante funzione: si allude al ruolo che essa può giocare nel promuovere l'attività economica e, quindi, come motore dello sviluppo sociale, culturale ed economico di un Paese. Tale funzione può essere favorita proprio dal beneficio della responsabilità limitata.

Qui torniamo al concetto esposto nelle prime righe di questo lavoro, quando si è fatto presente quale importanza abbia, sotto il profilo economico, limitare la responsabilità degli azionisti.

La creazione di nuove imprese e il miglioramento costante di quelle esistenti è ciò che rende un paese capitalista competitivo: le nuove imprese generano ricchezza, tecnologia e lavoro, favorendo lo sviluppo dell'economia grazie all'offerta di un'ampia gamma di prodotti e servizi per le comunità, contribuendo in questo modo a migliorare la qualità della vita della popolazione in generale.

La costituzione di nuove società genera una maggiore competitività, apportando notevoli benefici anche dal punto di vista della concorrenza.

Sembra non si possa dubitare circa l'importanza dell'attività d'impresa per la crescita e lo sviluppo di ogni comunità umana. Tale attività dovrebbe, quindi, essere incoraggiata. È anche vero, però, che questa attività rappresenta un enorme rischio per coloro che investono su di essa.

---

<sup>51</sup> BOBBIO N., *Struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Trad. D. Beccaccia Versiani. Barueri: SP. Brasile. 2007.

In questa prospettiva la personalità giuridica riveste una funzione fondamentale: una società dotata di personalità giuridica, in cui i soci rispondono per le obbligazioni sociali nei limiti del proprio conferimento, potrebbe contribuire più efficacemente allo sviluppo economico, sociale e culturale di una comunità o di un Paese.

Come afferma il giurista brasiliano Isfer, «[a] instabilidade econômica, que não circunda apenas nossa nação, mas que é vista em todo o mundo, faz com que, cada vez mais, se busque limitar os riscos e os perigos encontrados nas operações empresariais»<sup>52</sup>.

Su questo argomento sembra utile citare anche le parole dello giurista brasiliano Ulhoa Coelho: «Se não existisse o princípio da separação patrimonial, os insucessos nas exploração da empresa poderiam significar a perda de todos os bens particulares dos sócios, amealhados ao longo do trabalho de uma vida ou mesmo gerações, e, nesse quadro, menos pessoas se sentiriam estimuladas a desenvolver novas atividades empresárias»<sup>53</sup>.

## 16. L'effetto della personalizzazione: dottrina brasiliana

Per spiegare la natura giuridica delle società sono state formulate quattro teorie. Tuttavia, ai fini della presente ricerca, le più importanti sono due: la teoria della finzione e la teoria della realtà.

Nello studiare le varie posizioni dottrinali sulla natura delle società, sembrava possibile classificare tale natura sulla base di due prospettive distinte: una secondo cui le persone giuridiche sarebbero entità reali, sicché l'ordinamento giuridico si limiterebbe a riconoscere la personalità giuridica; un'altra secondo cui le persone giuridiche costituirebbero strumenti del diritto utili a perseguire obiettivi pratici<sup>54</sup>.

Va detto nel corso del che sono state elaborate altre teorie fondate su posizioni del tutto contrastanti con quelle appena menzionate e che, quindi, non possono essere ridotte alla distinzione di cui sopra. Quel che è certo è che non esiste una nozione di persona giuridica univoca e uniformemente accettata.

La teoria secondo cui la persona giuridica sarebbe una creazione del diritto è condivisa, per esempio, da Caio Mario da Silva Pereira: «Segundo essa concepção doutrinária, a qualidade de sujeito da relação jurídica é prerrogativa exclusiva do homem, e fora dele, como ser do mundo real, o direito concebe a pessoa jurídica como uma criação artificial, engendrada pela mente humana, e cuja existência, por isso mesmo, é simplesmente uma ficção. Na sociedade ou associações de pessoas, a lei abstrai-se dos membros componentes, e, fingindo que seu conjunto é em si mesmo uma pessoa diferente deles, atribui-lhes a aparência de sujeito de direito (...). Não tendo a

---

<sup>52</sup> ISFER Edson. *Sociedades unipessoais e empresas individuais – responsabilidade limitada*. p . 16.

<sup>53</sup> COELHO F.U., *Curso de direito comercial II*, p . 16.

<sup>54</sup> KOURY, 2003, p.1.

pessoa jurídica existência real, o legislador pode-lhe conceder ou recusar personalidade, segundo lhe pareça ou não conveniente, como pode retirar-lhe esse atributo, de vez que os entes morais não passam de um processo jurídico de realização de fins úteis ao homem»<sup>55</sup>.

A titolo di curiosità, vogliamo sottolineare che nell'ordinamento brasiliano il soggetto di diritto e la persona non sono sinonimi, giacché esistono soggetti di diritto privi di capacità giuridica come, ad esempio, il bambino non ancora nato.

Posto, quindi, che non tutti gli enti collettivi sono o possono essere considerati persone giuridiche, secondo Pereira, la società non dovrebbe essere confusa con i propri membri.

È interessante sottolineare che il nuovo codice civile brasiliano del 2002 si esprime in termini diversi da quelli usati dall'art. 20 del "Codice Bevilacqua", secondo cui la persona giuridica dovrebbe essere distinta dei suoi membri. Nell'opinione della dottrina brasiliana, detto principio sarebbe immanente alla personalità giuridica<sup>56</sup>.

Secondo il diritto societario brasiliano, del resto, le società hanno origine dalla volontà congiunta dei futuri soci, dando vita a un nuovo soggetto giuridico che gode di specifici diritti.

Il contratto sociale è un accordo plurilaterale in forza del quale ciascuna delle parti assume degli obblighi sia verso gli altri futuri soci sia verso la società, che diviene legittima proprietaria del capitale sociale<sup>57</sup>.

Vale in ogni caso il principio espresso nel brocardo latino «*Si quid universitari debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas singuli debent*»: gli obblighi della persona giuridica e dei suoi soci non sono interscambiabili<sup>58</sup>.

La nascita delle persone giuridiche di diritto privato in Brasile è disciplinata dal codice civile e dalla legge n. 6015/73<sup>59</sup> in tema di pubblica registrazione: come nel diritto italiano, la società viene ad esistenza una volta avvenuta la registrazione.

Secondo una parte della dottrina brasiliana, tuttavia, la costituzione della società non implicherebbe la personalizzazione: la costituzione è, o può essere, l'atto iniziale per acquistare la personalità giuridica. Il punto di partenza verso la personificazione è regolato dall'articolo 45 del codice civile brasiliano, secondo cui "[c]omeça a existência

<sup>55</sup> PEREIRA C.M.S., *Instituições de direito civil: teoria geral de direito*, 2004, p.189 e 190.

<sup>56</sup> NADER P., 2004, p.233

<sup>57</sup> COELHO F. U., *Curso de direito comercial II*, 2005. p. 16 ss.

<sup>58</sup> NADER P., 2004, p.234 ss

<sup>59</sup> Legge n. 6015/73. In [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)

*legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo*". In altre parole, l'esistenza legale della persone giuridiche inizia con l'iscrizione dell'atto costitutivo<sup>60</sup>.

Tuttavia, parte della dottrina ritiene che la registrazione sia solo un atto dovuto per ottenere la necessaria pubblicità legale e che la società verrebbe ad esistenza dal momento in cui il contratto viene concluso, anche solo verbalmente<sup>61</sup>.

La legge stabilisce la separazione della persona giuridica delle persone fisiche, che sono titolari di azioni, attraverso il principio dell'autonomia patrimoniale, con la separazione dei diritti e degli obblighi. I membri non possono essere considerati i destinatari dei diritti e degli obblighi connessi all'esercizio dell'attività economica della società.

Una volta registrato l'atto costitutivo, la legge riconosce l'esistenza della persona giuridica, la cui attività non si limita alla sfera patrimoniale: perché possa venire ad esistenza, alla persona giuridica verrà ovviamente attribuita una denominazione, un domicilio, una nazionalità.

Quale diretta conseguenza della personificazione, la società può compiere atti in nome proprio grazie all'operato dei suoi rappresentanti legali, pur essendo un soggetto di diritto autonomo<sup>62</sup>.

Bisogna, quindi, essere consapevoli del fatto che i soci non sono partecipi degli atti negoziali della società che, agendo in nome proprio, è l'unica ad assumere obbligazioni. Per la stessa ragione, alla società è concessa la possibilità di stare in giudizio.

Una volta di più, allora, va ribadito che, nel caso delle società di capitali, i soci non si identificano con la società e, di conseguenza, che i patrimoni degli uni e dell'altra restano ben distinti.

## **17. L'inizio dell'esistenza delle persone giuridiche**

Perché la personalità giuridica è l'effetto dell'applicazione di una norma giuridica e non di un evento naturale, come la nascita di un essere umano, la legge richiede l'indicazione precisa del momento in cui la società è venuta ad esistenza.

L'evento giuridico che segna l'inizio dell'esistenza della persona giuridica è

---

<sup>60</sup> ANDRADE FILHO, 2005, p. 46 ss.

<sup>61</sup> COELHO. Fabio U., *Curso de direito comercial*, 2005. p. 124 ss.

<sup>62</sup> COELHO. Fabio U., *Curso de direito comercial*, 2005, p. 114.

l'iscrizione dell'atto costitutivo<sup>63</sup>, il cui contenuto minimo è definito dall'art. 46 del codice civile brasiliano

In generale si può dire che in tutti i Paesi la persona giuridica nasce a seguito della stipulazione di un atto costitutivo nel quale sono contenute le regole per il funzionamento dell'ente e l'indicazione dei suoi organi (fra i quali gli amministratori, e l'assemblea).

L'ente gode di un'autonomia patrimoniale perfetta: essendo titolare di un patrimonio distinto da quello dei soci, esso può acquistare beni o servizi, contrarre obbligazioni e agire in giudizio.

## **18. La personificazione della società**

Questo fenomeno si traduce nella creazione di un nuovo soggetto di diritto che non può essere confuso con coloro che l'hanno costituito.

La volontà dell'ente è cosa diversa dalla volontà dei singoli soci, così come i beni della società restano distinti da quelli dei soci e le obbligazioni della società non si sovrappongono a quelle dei soci. Particolarmente efficace, per spiegare questa distinzione, è l'immagine utilizzata dalla dottrina americana, che si riferisce ad un velo tra i soci e la società.

Il "vecchio" codice civile brasiliano del 1916, all'art. 20, già si riferiva a questa condizione che caratterizza la persona giuridica. Ma questa norma non è stata riprodotta nello nuovo codice civile brasiliano del 2002.

Fatta questa necessaria premessa, possiamo ora procedere con l'analisi di altre conseguenze della personificazione della società, che saranno importanti per comprendere la necessità, in alcuni casi, di superare la barriera rappresentata dalla personalità giuridica.

## **19. Capacità e rappresentanza della persona giuridica**

Detenere lo *status* di persona giuridica, e così essere soggetto di diritto, è ciò che permette all'ente collettivo di agire nel mondo giuridico. E non potrebbe essere altrimenti, perché dal momento in cui all'ente viene attribuita la capacità generale di acquisire diritti e contrarre obbligazioni, esso gode anche della facoltà di esercitare i diritti acquisiti.

Tuttavia, ciò che distingue la persona fisica dalla persona giuridica è la seguente caratteristica: la persona fisica ha una capacità giuridica "piena", mentre la persona giuridica ha una capacità circoscritta allo scopo per cui è stata creata.

---

<sup>63</sup> NADER P., Curso de direito civil, v. 1 RJ. Forence, 2004, p. 243.

In altre parole, alla persona giuridica non è consentito esercitare un'attività diversa da quella per cui è stata costituita. Questa regola, secondo Caio Mario da Silva Pereira dovrebbe essere ridimensionata<sup>64</sup>.

Allo stesso tempo, per formare ed esprimere la propria volontà, la persona giuridica ha necessariamente bisogno di organi decisionali e di gestione, oltre che di propri rappresentanti. L'operato di questi organi costitutivo dovrà essere disciplinato nello contratto o nello statuto, che deve ovviamente rispettare la legislazione in materia.

---

<sup>64</sup> PEREIRA C.M.S., *Instituições de direito civil: Teoria geral do direito civil*, p. 311.

# CAPITOLO II: IL SUPERAMENTO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA IN ITALIA E IN BRASILE

## 1. La persona giuridica nel diritto italiano

Il Codice Civile italiano distingue fra le società di capitali, dotate di personalità giuridica, e le società di persone che, invece, ne sono prive. Secondo la dottrina italiana, tuttavia, questa distinzione legislativa nasconderebbe una serie di contraddizioni, perché non sarebbe possibile chiarire il suo valore e contenuto.

A questo proposito, Galgano ricorda che «la costruzione teorica del legislatore non vincola l'interprete»<sup>65</sup>.

Le soluzioni suggerite dalla dottrina italiana riprendono l'idea della persona giuridica come entità creata dall'ordinamento, dotata di una volontà propria e distinta da quella dei suoi membri, oltre che di un patrimonio distinto da quello dei singoli soci. Lo stesso orientamento è condiviso dalla dottrina brasiliana.

La giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione non ha mai mostrato di condividere teorie come quelle del *lifting the corporate veil*. Ciò ha fornito alla dottrina italiana l'opportunità di sottoporre a revisione critica un istituto cardine del diritto privato come quello della persona giuridica.

Di quest'ultimo si è posta in luce la natura convenzionale e storica, oltre che culturalmente datata, finendo per espungerlo dalla categoria dei soggetti di diritto<sup>66</sup>.

Come abbiamo visto, la persona giuridica fu descritta da Savigny come una *fictio juris* utilizzata dall'ordinamento per soddisfare esigenze imprescindibili quali l'organizzazione dell'attività imprenditoriale e la semplificazione del rapporto giuridico<sup>67</sup>. Sul tema, in particolare, Savigny precisa che la persona giuridica «è un subietto creato artificialmente capace di avere un patrimonio. Pertanto, col porre qui la essenza della persona giuridica esclusivamente nella capacità patrimoniale (carattere di puro diritto privato), non viene menomamente a dirsi che le persone giuridiche realmente esistenti abbiano soltanto questo unico carattere o che esso ne sia il solo importante. Al contrario quella capacità presuppone sempre un qualche scopo per sé stante, differente

---

<sup>65</sup> GALGANO F., *Le società per azioni. Principi generali. Artt. 2325-2341*, in *Commentario del cod. civ. Schlesinger, cit.*, p.337.

<sup>66</sup> D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Cedam, 1989, p.77.

<sup>67</sup> “[l]a capacità giuridica fu da noi dimostrata come coincidente col concetto dell'uomo singolo (§ 60). Noi la consideriamo ora come estesa a subietti artificiali, creati per semplice finzione. Tale subietto vien chiamato da noi persona giuridica, cioè persona che è ammessa solamente per uno scopo giuridico. In essa noi troviamo un nuovo soggetto di rapporti di diritto oltre l'uomo singolo.” Avonzo M., *Diritto romano e diritto privato*. Giappichelli, 1995, p.195.

da essa, il quale deve appunto essere conseguito per mezzo della capacità giuridica patrimoniale, e che per sé stesso è spesso molto più importante di questa. Solo per il sistema del diritto privato tali persone non sono assolutamente altro che soggetti capaci di patrimonio, ed ogni altro loro carattere esce fuori completamente dai confini di quello»<sup>68</sup>.

La teoria di Savigny inquadra il concetto di “persona” come sinonimo di soggetto di diritto, che secondo Savigny è la persona fisica. Per questa ragione la teoria finzionistica sarebbe «quella che meglio rappresenta la ricostruzione tradizionale sulla persona giuridica, ovvero la teoria soggettivista»<sup>69</sup>.

La teoria di Savigny si distingue da quella formulata dai giuristi medievali, secondo i quali la *fictio iuris* era frutto dell’elaborazione dell’interprete; Savigny, invece, riconosce esplicitamente che autore della finzione è solo il legislatore. Tuttavia fra le questioni non risolte da Savigny vi è il rapporto tra la persona giuridica e le persone fisiche dei membri. Le esigenze legate al funzionamento dell’economia moderna hanno portato alla creazione fittizia di un organismo artificiale, dotato di diritti e doveri assimilabili a quelli delle persone fisiche e che in questo senso meriterebbe di essere designato come persona, ma è bene chiarire che la creazione della persona giuridica è stata funzionale alla realizzazione di uno scopo di natura giuridica.

Questa entità fu oggetto di studio da parte dei Pandettisti che, grazie all’ elevato grado di astrazione proprio del diritto tedesco, la inquadrono in una più ampia categoria della quale la persona fisica e quella giuridica erano considerate specificazioni<sup>70</sup>.

Però l’impostazione giuridica di Savigny e degli altri studiosi delle Pandette risente di un uso molto particolare delle metafore che spesso portano a travisare la realtà, conducendo il giurista all’elaborazione di costruzioni autoreferenziali e prive del qualsivoglia minimo aggancio con la realtà<sup>71</sup>.

Così la dogmatica classica si fermava alla superficie del concetto di persona giuridica, trascurando completamente la realtà che la metafora nascondeva e appagandosi della mera coerenza logica dei risultati cui essa perveniva con il dogma creato per mezzo di una figura retorica<sup>72</sup>.

A questa ricostruzione si contrappone quella di Gierke, che, nel criticare la

---

<sup>68</sup> AVONZO M., *Diritto romano e diritto privato*. Letture da F. K. von Savigny, Giappichelli, 1995, pagg.196 – 197.

<sup>69</sup> GIOVANNI, “*Persona giuridica*”, p.12.

<sup>70</sup> Come ricorda GALGANO in *Dogmi e dogmatica nel diritto*, p. 25 ss.

<sup>71</sup> L’osservazione appartiene ad ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, 1987, p. 258, ed è recentemente ribadita da GALGANO, *Dogmatica e dogmi*, cit., 41, ove ulteriori riferimenti. Del primo Autore non si può passare sotto silenzio una monografia dedicata a *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Giappichelli, 1968, vol. 1.

teoria dei Pandettisti, sostenne che il legislatore, riconoscendo lo *status* di soggetti di diritto alle persone giuridiche, altro non faceva se non prendere atto dell'esistenza nella realtà di fatto di entità effettivamente esistenti al pari dell'uomo. In questo modo Gierke supera la teoria finzionistica di Savigny per inaugurare la teoria quale secondo cui la persona giuridica è una sorta di superuomo<sup>73</sup> che merita comunque la qualifica di soggetto di diritto. Una volta riconosciuta l'esistenza di due tipologie di soggetti giuridici (gli uni reali, gli altri fittizi), due erano le soluzioni possibili: dimostrare che, a ben guardare, le persone giuridiche sono reali quanto le persone fisiche o dimostrare, al contrario, che le persone fisiche sono fittizie quanto le persone giuridiche.

Nell'Ottocento si cercò di presentare le persone giuridiche come organismi paragonabili alle persone fisiche (da qui il riferimento sarcastico agli "omoni" di alcuni autori contemporanei).

Però nel Novecento si optò per la seconda strada. Fu in quest'epoca, infatti, che si formò l'idea della norma come concetto "puro", disgiunto da valori etici. Per questa ragione si giunse a suggerire che la stessa persona fisica sarebbe soggetto di diritto non già per virtù naturali ma solo perché l'ordinamento così ha stabilito.

Sia la persona fisica sia la persona giuridica non sarebbero altro che fasci di norme: quell'uniformità che l'Ottocento cercava nella comune qualità di organismi quasi biologici fu trovata dal Novecento nella comune qualità – all'opposto – di pure creazioni dell'ordinamento giuridico.

Inoltre, scrive Di Giovanni<sup>74</sup>, secondo la teoria realista i gruppi sociali e le organizzazioni entro le quali si svolge la vita dell'individuo sarebbero entità dotate delle medesime caratteristiche naturali del soggetto.

Per questa ragione esse si impongono al legislatore, che non dovrebbe crearle *ex nihilo*, ma limitarsi a riconoscerle perché esse preesisterebbero al formante legislativo. Così, stanti queste premesse, sulla base della teoria realista la persona giuridica sarebbe configurabile come un "uomo" al quale sarebbe possibile attribuire una volontà collettiva.

Da questo punto di vista la persona giuridica, in quanto soggetto di diritto,

---

<sup>72</sup> Afferma GALGANO in, *Dogmatica e dogmi*, cit., 44; sul concetto di persona giuridica come metafora, Id., *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, cit., p. 25 ss.; sulle diverse teorie e funzioni della persona giuridica come categoria del diritto privato, Id., *Il diritto privato fra codice e costituzione*, Zanichelli, Lampi di stampa, 1999, p. 85 ss.

<sup>73</sup> PELLIZZI, *La società persona giuridica: dove è realtà e dove è vuota formula (esperienze delle banche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 481 ss: '[e]siste l'omone, il macroantropo, l'animale gigantesco nel quale si vuol vedere, beffandola, la persona giuridica? ; (...) Fin da principio non ci si era nascosti che, di fronte alla persona fisica, reale, tangibile, la persona giuridica denotava quell'aspetto di cosa costruita, fittizia, astratta, che poi sarà ad essa rinfacciato come una colpa. Anzi, lo stesso padre, o padrino, della *juristische Person* l'aveva apertamente consegnata al mercato delle idee sotto il marchio della *fictio juris*'.

<sup>74</sup> DI GIOVANNI, "Persona giuridica", p.13 ss.

sarebbe parificabile alla persona fisica: anche la persona giuridica è un elemento della realtà sociale e, come tale, è capace di volere ed agire al pari della persona fisica. In sintesi, secondo la teoria realista, il legislatore non avrebbe creato alcunché ma si sarebbe limitato a riconoscere l'esistenza di queste «viventi unità sociali», come le definisce lo stesso *Gierke*.

In questo modo si sarebbe compiuto il cosiddetto “processo di modulazione soggettiva del sistema giuridico”, ossia il passaggio da un sistema giuridico dotato di una disciplina diretta a regolare l'organizzazione dei gruppi collettivi a un sistema giuridico in cui i gruppi collettivi è attribuita la qualifica di soggetti di diritto a tutti gli effetti. Si tratterebbe, insomma, di «una nuova concezione dell'intero sistema giuridico»<sup>75</sup>.

Questo mutamento riverbera i suoi effetti sull'inquadramento sistematico del soggetto di diritto attraverso una classificazione ordinata di entità tra loro omogenee, come afferma Galgano<sup>76</sup>, secondo cui «[l]a categoria dei soggetti di diritto era stata, nel pensiero del Savigny, una categoria di contenuto eterogeneo: essa comprendeva entità naturali, quali gli uomini, ed entità “artificiali”, le persone giuridiche. La categoria aveva assunto in Otto von Gierke contenuto omogeneo: soggetti di diritto erano gli uomini o entità sociali dotate di qualità corrispondenti a quelle dell'uomo».

Il codice civile italiano, all'art. 2331, stabilisce che «[c]on l'iscrizione nel registro la società acquista la personalità giuridica». Si tratta di un principio frutto della concezione appena esposta: dal testo della norma sembra si possa desumere che, prima dell'iscrizione, esista una società senza personalità giuridica; tuttavia, com'è noto, prima dell'iscrizione nel registro delle imprese, la società non esiste affatto<sup>77</sup>, a patto che non si voglia accedere alla pur motivata proposta di introiettare il flusso giuridico della *Vorgesellschaft*<sup>78</sup>. Per quanto riguarda i dubbi sollevati in merito alla riconducibilità

---

<sup>75</sup> TONELLO, *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, cit., 28, p. 9 ss.

<sup>76</sup> GALGANO, *Persone giuridiche*, cit., p.10.

<sup>77</sup> GALGANO, *La società per azioni*, cit., 105 ss.: “[l]’art. 2331, comma 1°, che ricollega all’iscrizione della società nel registro delle imprese l’effetto di “acquistare la personalità giuridica”, si esprime, oltre tutto, impropriamente: prima della iscrizione non c’è una società per azioni “senza personalità giuridica”; non c’è (...) nessuna società. Il concetto di persona giuridica appare qui utilizzato come riassuntivo dell’intera disciplina della società per azioni; ad esso non può attribuirsi altro significato se non questo: che la disciplina di questo tipo di società non è applicabile se non a seguito dell’iscrizione della società nel registro delle imprese. La norma esaurisce il proprio contenuto normativo nell’affermare che per la società per azioni, a differenza che per le società di persone, l’iscrizione nel registro ha efficacia costitutiva”; Tonello, *ivi*, 33, 43 s.

<sup>78</sup> LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, ESI, 2001, p. 60: «[p]er “flusso giuridico” intendo qualsiasi dato dell’esperienza giuridica il quale, proprio di un sistema, sia percepito in un altro e qui introduca un elemento di equilibrio». LUPOI (*ivi*, 70 ss.) parla di «flussi di tendenza» definiti come quella specie di flussi giuridici che riguardano le linee di tendenza di un determinato ordinamento. Secondo l’Autore, «[l]e linee di tendenza sono anch’esse oggetto di flussi giuridici, ma, a differenza dagli altri flussi giuridici, questi si appuntano necessariamente su quelle manifestazioni formali che sono la spia di una serie di valori e dati politico-istituzionali. Si mescolano così una esigenza di forma e una di sostanza: quella di forma è facile da realizzare, basta fare finta di essere la Securities and Exchange

delle posizioni soggettive dei soci a situazioni giuridiche che fanno a capo alla società, si è osservato come una analisi di tal genere ad altro non conduca se non alla conclusione circa la differente natura dei diritti di cui è titolare la stessa persona giuridica rispetto a quelli di cui possono essere titolari i soci della medesima. Su questo, secondo Galgano, «quando si obietta – come, significativamente, obietta l’Arangio-Ruiz – che “nessuna situazione giuridica facente capo all’ente morale” si potrebbe ragionevolmente risolvere in una situazione individuale identica o in una situazione dello stesso tipo o su parti dello stesso oggetto (quote)”, altro non si fa se non denunciare il fatto che il diritto di proprietà dei membri del gruppo non ha il medesimo contenuto della proprietà individuale o della comproprietà e che le loro obbligazioni non sono disciplinate come altrettante obbligazioni solidali oppure parziarie. Ma che cosa mai impedisce di configurare forme di proprietà diverse dalla proprietà individuale e dalla comproprietà, forme di obbligazioni diverse dalle obbligazioni solidali o parziarie? L’ostacolo è solo – come si è osservato poc’anzi – di ordine dogmatico; l’ostacolo consiste nella pretesa dottrinale di fare salva, ad ogni costo, l’unità del concetto di proprietà o di obbligazione: si creano, pur di non rinunciare ad essa, astratti soggetti di diritto, ai quali imputare rapporti giuridici corrispondenti all’unitario concetto di proprietà o di obbligazione»<sup>79</sup>.

Quanto si può ravvisare di speciale rispetto al diritto comune attiene alla teoria dei rapporti giuridici, i quali si atteggiavano diversamente in ragione della loro riconducibilità a una persona giuridica piuttosto che a una persona fisica. Galgano in questo senso afferma che «(...) la proprietà e il debito della “persona giuridica” – pur sempre proprietà e debito di ciascuno dei membri – sono, tuttavia, proprietà e debito sottoposti ad una “speciale disciplina normativa”; sono rapporti giuridici regolati diversamente dai corrispondenti rapporti di diritto comune»<sup>80</sup>. Questa affermazione, tuttavia è stata molto criticata dai sostenitori della dottrina tradizionale: in particolare si

---

Commission, così dando luogo a uno fra i tipici effetti dei flussi giuridici di tendenza: la mimesi; quella di sostanza non solo è assai più difficile, ma sovente non è neanche approfondita e tutto si risolve nella copia di un’apparenza». Più oltre (*ivi*, 144 ss.), Lupoi porta quale esempio di linea di tendenza dell’ordinamento giuridico italiano le modalità di pubblicazione delle sentenze: «*Era maturata l’insofferenza per le sentenze verbose, per le motivazioni lontane dagli interessi realmente in gioco, per la pubblicazione delle sentenze amputate della parte “in fatto”, per i contrasti giurisprudenziali, per le massime*». Lupoi menziona inoltre un’indagine del Foro Italiano che rende palese l’influenza delle tesi sostenute da Gorla. L’indagine prendeva in esame una sentenza della Cassazione ogni 50 colonne per verificare quante di esse erano pubblicate senza la parte “in fatto” (*ivi*, 145). Ciò perché, secondo Gorla, nella cultura giuridica italiana si sarebbe affermata, ad un certo punto (specie, come risulta dalla predetta indagine, nei decenni 1974 e 1984, ma non in precedenza, stanti i dati dei decenni 1954 e 1964), una insufferenza per la parte “in fatto”, che, a seguito delle indagini del Maestro di Lupoi, avrebbe subito un *revirement* a partire dal decennio 1994. Come osserva Lupoi (*ivi*, 146), «[i]l flusso giuridico è talvolta idoneo a produrre effetti mimetici, vere e proprie impersonificazioni (...), e allora ne stava producendo». Da questo punto di vista, osserva ancora Lupoi (*ivi*, 217 ss.), «si possono distinguere sistemi assiologicamente validi e sistemi assiologicamente invalidi. Nei primi, il dato, che costituisce flusso giuridico, è radicato nel comportamento e nella mentalità dei consociati. “La centralità del dato deriva dal suo essere al cuore di comportamenti dei consociati che, se non rilevati, precludono la comprensione di molte variabili giuridiche».

<sup>79</sup> GALGANO, *Persone giuridiche*, cit., 16 s. Al riguardo si veda anche Arnio, *Persona jurídica: ¿una ficción?*, cit., 7: “[c]uando se trata de una sociedad, la propiedad es también en general un fenómeno tan atípico que, a pesar de la similitud en la terminología, no parece existir ninguna razón para igualar éste con el derecho de propiedad de las personas físicas”.

è osservato che, «[s]e la società persona giuridica è considerata proprietaria di un bene, la titolarità certamente non spetta ai soci, nemmeno collettivamente tra loro: nella società per azioni il diritto del socio è quello incorporato nell'azione e solo rispetto all'azione, non ai beni, si può ravvisare una situazione giuridica di proprietà»<sup>81</sup>.

La dottrina che si oppone alla presente ricostruzione obietta invocando l'esistenza di situazioni giuridiche soggettive che hanno origine da fattispecie che non riguardano i singoli soci (come, per esempio, lo scioglimento e la liquidazione)<sup>82</sup>. Sotto il profilo comparatistico va poi segnalato che nella dottrina tedesca si ragiona espressamente di libertà e diritti di natura strettamente personale (come la libertà di domicilio o il diritto alla riservatezza) attribuiti alle persone giuridiche,<sup>83</sup>. Il legislatore italiano, si è scritto, ricorre spesso a finzioni giuridiche<sup>84</sup>, nel senso che l'ordinamento mirerebbe a tutelare i singoli riuniti in un ente collettivo, ma il testo della legge si riferirebbe pur sempre a delle persone fisiche. Postulare l'esistenza di un diritto al trattamento dei dati personali in capo alla persona giuridica non deve far dimenticare, da un lato, che essa costituisce pur sempre un'espressione brachilogica che semplifica il linguaggio giuridico ed evita l'utilizzo di complicate perifrasi e, dall'altro lato, che la stessa persona giuridica è costituita da una pluralità di persone cui fanno capo determinate situazioni giuridiche.

L'impostazione in esame ha comportato un'alterazione nel corretto inquadramento del fenomeno. Secondo quanto prevede l'art. 2740 c.c., ogni debitore dovrebbe rispondere dell'adempimento delle proprie obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. A favore di chi intraprende attività altamente rischiose si è concesso un beneficio che dovrebbe rappresentare incentivo alla realizzazione di tali attività e che costituisce una vistosa deroga al principio appena enunciato.

La personalità giuridica, infatti, nasce come beneficio e deroga al diritto comune. In questo senso essa costituirebbe uno strumento ideologico della classe borghese ottocentesca diretto occultare le posizioni di potere da essa conquistate. La persona giuridica è stata infatti descritta come un ente che «(...) svolge una funzione

---

<sup>80</sup> GALGANO, *idem*, cit. 16.

<sup>81</sup> SCALFI, *L'idea di persona giuridica e le formazioni titolari di rapporti nel diritto privato*, p. 45.

<sup>82</sup> BASILE, *Le persone giuridiche*, Giuffrè, 2003, p.150.

<sup>83</sup> Cfr. BASILE, *ivi*, p.153: «(...) Il fatto che molte di esse, soprattutto quelle con scopo ideale, esprimono interessi legati alla persona umana ha già indotto vari sistemi a riconoscere loro pure l'attitudine ad assumere diritti fondamentali dell'uomo. Il riconoscimento si trova, ad esempio, nell'art. 19, comma 3, cost. della Germania federale; sulla cui base la giurisprudenza ammette che alle persone giuridiche spettino la libertà di domicilio, la libertà di culto, la libertà di espressione, e così via. La disciplina del trattamento dei dati personali è posta a garanzia anche dei "diritti delle persone giuridiche e di ogni altro ente o associazione» (art. 1, primo comma, l. 675/1996). Il secondo comma, lett. c), comprende nella definizione di "dato personale" anche le informazioni relative a persone giuridiche, enti o associazioni. V. pure, nella lett. f), la connotazione come possibile "interessato", ai sensi della disciplina, della persona giuridica, dell'ente o dell'associazione cui si riferiscono i dati personali.

<sup>84</sup> Cfr. B. d'Usseaux, *Le finzioni nel diritto*, Giuffrè, 2002.

ideologica e non normativa: la funzione di occultare le condizioni di privilegio o le posizioni egemoniche che la disciplina normativa crea a favore della classe dominante; la funzione di superare, con un espediente concettuale, la contraddizione esistente fra il proclamato principio di uguaglianza e le disuguaglianze in concreto costituite»<sup>85</sup>.

Pertanto, nel momento in cui l'ordinamento riconosce alla società il beneficio della responsabilità limitata (come stabilito, per esempio, dall'art. 2325 c.c.), tale riconoscimento non dovrebbe essere letto alla stregua di una norma generale, perché esso ha natura di *lex specialis*<sup>86</sup> e come tale, sarebbe insuscettibile di applicazione analogica; viceversa, disposizioni quali il "vecchio" art. 2362 c.c. non avrebbero natura eccezionale, come è stato affermato dalla giurisprudenza italiana<sup>87</sup>, ma consentirebbero un ripristino della *lex generalis*, ossia della responsabilità illimitata di cui all'art. 2740 c.c.

Riconoscere questa impostazione equivale sostanzialmente ad affermare che quando si usufruisce della responsabilità limitata in condizioni diverse da quelle a cui la legge ricollega detto beneficio, le norme che andrebbero applicate alla fattispecie concreta non sono quelle in materia di responsabilità limitata: queste ultime andrebbero disapplicate dall'interprete, che dovrebbe applicare il diritto comune e, quindi, "tornare" alla disciplina prevista dall'art. 2740 c.c.. In ciò consiste l'essenza del *lifting the corporate veil*, a prescindere dai suoi presupposti (l'abuso del diritto<sup>88</sup> o frode alla legge).

A chi intendesse sostenere l'esistenza di un principio generale, ricavabile dalla norma di cui art. 833 c.c. e, quindi, applicabile anche alle società, la dottrina civilistica obietta che una simile operazione ermeneutica sarebbe contraria al sistema, in quanto «[i]l divieto di emulazione (...) ha nel nostro ordinamento natura eccezionale: la regola è costituita dalla assenza di tutela contro le "molestie" non costituenti "danno ingiusto"; l'eccezione è data dall'art. 833, che inibisce il compimento di un certo genere di attività

---

<sup>85</sup> GALGANO, *Il diritto privato fra codice e Costituzione*, Zanichelli, 1988, p. 101 s., citato da Tonello, p. 194.

<sup>86</sup> TONELLO, p.2 ss. Critico Scalfi, *L'idea di persona giuridica e le formazioni titolari di rapporti nel diritto privato*, p. 56.

<sup>87</sup> V. ad esempio, Cass. 09.12.1976, n. 45777, in *Giur. comm.*, 1977, II,628 ss., citata da TONELLO, *ivi*, 33 e spec. 37. Tale pronuncia così si esprime: "(...) la sola eccezione che la legge apporti alla regola della insensibilità del patrimonio personale degli azionisti rispetto ai debiti della società, si ha quando, concentrandosi tutte le azioni in unica mano e venendo meno così il fondamento stesso del fenomeno societario, ricorre la speciale ipotesi dell'art. 2362 cod. civ.". Come si vede, la Cassazione imposta come *lex generalis* l'art. 2325 c.c., come *lex specialis* l'art. 2362 c.c.

<sup>88</sup> Ammesso che si possa ancora parlare di abuso del diritto. Infatti, SALVI, in *Abuso del diritto*, in *Enc. giur.*, TRECCANI, p. 5, svaluta molto questo istituto, ritenendolo importante sul piano storico, mentre "(...) [s]otto il profilo operativo, la formula appare invece, soprattutto nel vasto campo dei diritti soggettivi in senso stretto (...), una sovrastruttura aggiuntiva rispetto alla disciplina positiva. Essa risulta quindi per lo più improduttiva, e talora anzi fonte di equivoci rispetto a fattispecie estremamente generali, e che richiederebbero dunque piuttosto un'articolazione analitica delle rispettive – e differenti – funzioni, tecniche operative e criteri contenutistici, che la riconduzione a un principio ancora più generale".

moleste ad una particolare categoria di soggetti (meglio, che introduce un obbligo negativo a carico di questi ultimi»<sup>89</sup>.

Inoltre il collegamento intercorrente tra atti emulativi ed abuso del diritto è dovuto a motivi di natura esclusivamente storica<sup>90</sup>.

Tuttavia, i lavori preparatori al codice civile italiano hanno motivato l'introduzione dell'istituto degli atti emulativi, ignoto al codice civile post unitario, richiamando «la cosiddetta funzione sociale della proprietà, la prevalenza, nella disciplina dell'istituto, della esigenza di soddisfare l'interesse della collettività nella utilizzazione dei beni rispetto alla esigenza di soddisfare l'interesse individuale, il principio di solidarietà tra privati»<sup>91</sup>.

Quest'ultima ricostruzione presenta un vantaggio di tipo sistematico che la rende preferibile alla sanzione che l'ordinamento ricollega alla frode alla legge: laddove si configuri la fattispecie, l'ordinamento non ricollegerebbe ad essa un'obbligazione pecuniaria avente funzione risarcitoria, ma appiccherebbe della stessa disposizione che si voleva violare<sup>92</sup>. Facendo riferimento, per esempio, al fenomeno della sottocapitalizzazione materiale, si potrebbe essere tentati di configurare tale fenomeno come frode alla legge; tuttavia, un simile orientamento non tiene conto del fatto che la società potrebbe trovarsi in una condizione assimilabile alla sottocapitalizzazione anche per cause non addebitabili alla volontà dei soci di eludere la legge.

Come è stato ben evidenziato, «[P]er completare l'ampia e varia fenomenologia dei problemi della capitalizzazione della società – e riprendere la considerazione sopra riferita sulla non rilevanza dei medesimi problemi quali fattori autonomi del “*veil piercing*” – va infine constatato che in talune circostanze i giudici escludono senz'altro che l'inadeguatezza finanziaria dell'ente possa segnalare un impiego abusivo dello schema societario e della *corporate liability*. A rimuovere ogni sospetto di illiceità è, di solito, il riscontro che le cause che hanno determinato la situazione di difficoltà in cui la

---

<sup>89</sup> RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e “interesse nel diritto”*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, 23 ss., spec. 36 ss. Dello stesso parere è MAZZONI C. M., *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, p. 601 ss., a commento della Pretura Nardò, 30.11.1966.

<sup>90</sup> RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 230 ss.

<sup>91</sup> ALLARA, *Atti emulativi* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 1959, 34. Per una rassegna delle varie posizioni sul punto, Dossetti, *Atti emulativi*, spec. § 2, in *Enc. giur.*, Treccani, p.1 ss.

<sup>92</sup> MORELLO, *Negoziario giuridico*, VI) *Negoziario in frode alla legge*, in *Enc. giur.*, Treccani, 9 s. per la “[...] [p]ossibilità di diverse soluzioni alternative per reprimere le elusioni e necessità di una “trasparenza” nelle scelte”. Avverte infatti l'Autore che un'interpretazione ampia della disposizione violata potrebbe condurre a risultati altri da quelli ottenibili mediante la formula della frode alla legge: «Riferiamoci, per brevità, al solito esempio dei contratti in frode al divieto di patto commissorio (art. 2744 c.c.). Se si optasse per una interpretazione ampia, basterebbe dire che il divieto si applica a tutte le vendite a scopo di garanzia. Così operando, tuttavia, si colpirebbero anche vendite a scopo di garanzia che possono essere volte a realizzare interessi meritevoli di tutela, ad es.: vendita a scopo di garanzia con clausola che consente di valutare, al momento dell'inadempimento, l'ammontare delle somme dovute dal debitore - in capitale, interesse e danni - restituendo a questi l'eventuale differenza, in relazione al valore effettivo ed attuale dell'immobile trasferito».

società versa non sono del tutto riconducibili a comportamenti riprovevoli e indebiti dei soci, o addirittura risultano affatto sottratte alla signoria dei medesimi»<sup>93</sup>.

È importante sottolineare, inoltre, che la fattispecie della frode alla legge va tenuta ben distinta dalla richiamata violazione della legge, in quanto la prima si sostanzia in comportamenti che formalmente rispettano la legge ma sostanzialmente ne tradiscono lo spirito, come già evidenziava il giurista romano Paolo, riportato da Bianca<sup>94</sup>, il quale precisa che «[l]a frode si distingue rispetto alla contrarietà alla legge in quanto essa ne realizza una violazione indiretta. Precisamente, il contratto fraudolento in sé considerato non incorre nella proibizione di legge in quanto il suo contenuto non integra un risultato vietato. Il contratto s’inserisce piuttosto in una combinazione negoziale volta a realizzare un risultato vietato». Un’impostazione come quella appena proposta – applicazione della norma violata (l’art. 2740 c.c.) e conseguente responsabilità illimitata e solidale dei soci nei casi in cui si ricorra al beneficio della responsabilità limitata in condizioni diverse da quelle che ne giustificano il godimento – sembra, quindi, preferibile. Questa tecnica, peraltro, è stata definita dalla dottrina italiana come “teoria della disapplicazione delle norme”<sup>95</sup>.

Un’impostazione analoga è costituita dalla *Normzwecklehre* o *Durchgriff durch – Rechtsanwendung*: detta teoria, «nei casi di sottocapitalizzazione manifesta, riduce l’ambito di applicazione delle norme corrispondenti al nostro art. 2325 c.c., ampliando quello delle norme analoghe al nostro art. 2740 c.c., portando, dunque, i soci a rispondere con il proprio patrimonio dei debiti contratti formalmente dalla società»<sup>96</sup>.

Peraltro, la contraria impostazione, che riconosce l’art. 2325 c.c. come norma generale, postula proprio il disconoscimento della presente ricostruzione, oltre che della teoria del socio tiranno avanzata da Bigiavi<sup>97</sup>.

Questa teoria si deve a Müller-Freienfels, il quale considerava la persona giuridica come «un’immagine simbolica, un’espressione linguistica strumentale e funzionale a riassumere sinteticamente ed in via astratta un insieme di fattispecie, una complessità di rapporti giuridici e di norme: in poche parole si tratta di un’abbreviazione costruttiva, o *konstruktive Abbreiviatur*»<sup>98</sup>.

Il concetto di persona giuridica tenta, infatti, mediante il ricorso a una formula tecnica, di offrire un supporto teorico alla costruzione di un centro d’imputazione

---

<sup>93</sup> TONELLO, *L’abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, cit., 243.

<sup>94</sup> Dig. 1.3.29: *contra legem facit, quid id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*, riportato da Bianca, *Diritto Civile*, v. 3, *Il contratto*, Giuffrè, 1998, p. 587.

<sup>95</sup> TONELLO, *L’abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, cit. 37, p. 200 ss.

<sup>96</sup> PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, cit., 166.

<sup>97</sup> TONELLO, *ivi*, 37, p. 200 ss.

<sup>98</sup> ZORZI, *L’abuso della personalità giuridica*, cit., p. 26 ss.

d'interessi. Su questo punto sembra opportuno sottolineare la valenza operativa di questa teoria: come puntualizzato in dottrina, «[s]otto il profilo del metodo si tratta di una limitazione o restrizione del principio di divisione sostituito attraverso l'impiego di un'altra norma: il principio di fondo che racchiude e comprende in via generale ed astratta tutte le fattispecie relative alla persona giuridica viene corretto in modo da non risultare più applicabile a quelle fattispecie che non rientrano nel suo scopo; lo spazio vuoto di diritto così determinatosi è colmato con l'applicazione della "norma di riempimento" o *Auffüllungsnorm*»<sup>99</sup>.

Vi è, inoltre, chi ha evidenziato che il concetto di persona giuridica sarebbe del tutto neutro rispetto alla condizione giuridica delle società, perché «dire che una società ha personalità giuridica equivale, secondo il significato tradizionalmente attribuito al concetto di persona giuridica, a dire che essa costituisce un soggetto di diritto distinto dalle persone dei soci e che è, perciò, "terza" rispetto a questi; dire che una società non ha personalità giuridica significa, per converso, che essa si risolve nella pluralità dei soci e che i diritti e le obbligazioni della società altro non sono se non diritti ed obbligazioni dei soci»<sup>100</sup>.

La stessa dottrina ha precisato, inoltre, che il ricorso al concetto di persona giuridica presenta un costo: questo concetto «si rivela, nelle mani dei giudici, uno strumento rigido, l'impiego del quale rende meccanicistici i loro ragionamenti e li induce ad accogliere, come inevitabili e "fatali", soluzioni che contrastano, assai spesso, con i più elementari principi di equità e, non di rado, con lo stesso senso comune»<sup>101</sup>.

Secondo questo orientamento, il giudice, qualora la società sia dotata di personalità giuridica, sarebbe rispetto ad essa un soggetto terzo; non lo sarebbe, invece, se la società non avesse personalità giuridica. Più precisamente, «[l]'appello alla mancanza di personalità giuridica permette, in questo ordine di casi, di risolvere con una meccanica deduzione un problema che, altrimenti, richiederebbe un più complesso ragionamento induttivo. Il giudice adempie con estrema rapidità il proprio dovere di motivazione, anche se poi lo adempie solo in apparenza»<sup>102</sup>.

Il concetto di persona giuridica presenterebbe, quindi, il vantaggio di semplificare il ragionamento dei giudici italiani. Tale ragionamento si risolverebbe, infatti nella scelta fra due alternative; ossia stabilire se la società sia o non sia un soggetto terzo rispetto ai soci e, al pari di costoro, autonomo soggetto di diritto. Tale vantaggio discenderebbe, però, da una premessa fondamentale, ossia l'assunto secondo

---

<sup>99</sup> ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica*, cit., p. 30 ss.

<sup>100</sup> GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., p. 129.

<sup>101</sup> GALGANO, *Il costo della persona giuridica*, cit., 13 s.; *Id.*, *Persone giuridiche*, cit., p. 112.

<sup>102</sup> Come esempio il pensiero di PELLIZZI, *La società persona giuridica: dove è realtà e dove è vuota formula (esperienze delle banche)*, cit., 489: «Non rimane che concludere che l'unico, vero distacco tra l'effetto minimo della soggettività, che compete anche alla comunione e all'eredità, e la personalità giuridica consiste proprio nell'alterità».

cui la società di persone non è un soggetto terzo rispetto ai suoi soci”<sup>103</sup>.

È proprio la rigidità che caratterizza il modo con cui trova applicazione il concetto di persona giuridica a rendere problematica la questione dell’abuso della personalità giuridica nel diritto italiano. Il problema, infatti, riguarda proprio le condizioni di utilizzo della persona giuridica, o, meglio, della responsabilità limitata<sup>104</sup>.

Il più radicale ripensamento del concetto di persona giuridica si deve, come abbiamo visto, a Kelsen, secondo cui la persona giuridica sarebbe uno strumento diretto a regolare determinati rapporti fra le persone fisiche; la persona giuridica, secondo Kelsen, non sarebbe un autonomo soggetto di diritto, poiché la soggettività sarebbe appannaggio esclusivo della persona fisica<sup>105</sup>.

In questo senso può accadere al giurista di abbandonare il punto di vista tradizionale per seguire un approccio linguistico, che impone di «considerare “diritto soggettivo” o “persona giuridica” non altrimenti che come elementi di un linguaggio, simboli, espressioni linguistiche, nei confronti dei quali le questioni che è sensato porre sono esclusivamente quelle intorno al loro significato»; soltanto il giurista è consapevole della natura polisensa del vocabolo, nonché della conseguente esigenza di indagare sul significato di una parola, ponendo in essere, in tal modo, un’ «indagine (...) circa appunto il significato che al termine stesso è effettivamente attribuito da coloro che per suo mezzo comunicano (da chi se ne serve per comunicare o da chi riceve la comunicazione)»<sup>106</sup>.

Adottare questo approccio significherebbe realizzare un vero e proprio mutamento metodologico che consiste nel passaggio «dall’ “essenzialismo” all’opposta prospettiva del “convenzionalismo dei nomi”». Si tratterebbe, insomma, di «abbandonare una nozione non del tutto chiara per una meno problematica, di preferire quel significato di un certo termine che più s’avvicina all’uso comune dello stesso, di dare la precedenza a concetti più comprensivi e dotati di nessi teorici più cospicui e interessanti con gli altri concetti del sistema e, insomma, di scegliere tenendo sempre d’occhio l’obiettivo fondamentale di una migliore (più chiara, più precisa, più

---

<sup>103</sup> GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., p. 152 ss.

<sup>104</sup> TONELLO, *L’abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, cit., 189.

<sup>105</sup> KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, EINAUDI, 2000, p. 89: «Come la persona fisica così anche la così detta persona giuridica è soltanto l’espressione unitaria di un complesso di norme, cioè di un ordinamento che regola il comportamento d’una pluralità di uomini. A volte essa è la personificazione di un ordinamento parziale come sarebbe lo statuto di una società che costituisce una comunità parziale, la persona giuridica della società, a volte è la personificazione d’un ordinamento giuridico totale che costituisce una comunità giuridica comprensiva di tutte le comunità parziali e che di solito è rappresentata dalla persona dello stato. (...) Come la persona fisica non è un uomo, così la persona giuridica non è un superuomo. Gli obblighi e i diritti di una persona giuridica debbono risolversi in obblighi e diritti dell’uomo, cioè in comportamenti umani regolati da norme, in comportamenti che le norme statuiscono come obblighi e diritti».

<sup>106</sup> D’ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, cit., p. 40- 42 ss.

economica, più ordinata, più estesa) esposizione dell'oggetto di quella disciplina»<sup>107</sup>.

Sarebbe allora possibile isolare due principi: uno in base al quale la persona giuridica sarebbe un ente formato dai suoi membri uomini e un altro in base al quale la persona giuridica sarebbe un soggetto autonomo e separato da questi ultimi<sup>108</sup>.

Il discrimine risiederebbe nella possibilità di annoverare o meno la persona giuridica fra i soggetti del diritto.

Per provare a superare il problema la dottrina che condivide questa impostazione ha compiuto una rivisitazione di quello che definisce «procedimento dell'imputazione in due tempi» e giunge a definire la persona giuridica come «un'imputazione incompleta»<sup>109</sup>, stante la mancanza dell'elemento soggettivo che connota il comportamento umano.

Infatti, quella riferita alla persona giuridica è un'imputazione che «determina l'elemento materiale del comportamento di cui si tratta, ma non anche quello personale. Quanto a quest'ultimo, la norma indirizzata alla persona giuridica svolge soltanto una funzione preliminare, lo rende determinabile ma non ancora determinato»<sup>110</sup>.

Assume così rilevanza preponderante il regolamento interno della persona giuridica<sup>111</sup>, che, oltre a rivestire un ruolo tutt'altro che secondario nella ripartizione dei compiti interni all'ente, permette anche di spiegare con maggior precisione la natura della persona giuridica. Secondo l'impostazione tradizionale, che distingue la persona

<sup>107</sup> D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, cit., 47 ss.

<sup>108</sup> D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, cit., 60 ss.

<sup>109</sup> D'ALESSANDRO, *ivi*, 66. Di Giovanni, "*Persona giuridica*", cit., 43, il quale analizza con chiarezza il fenomeno in esame. Gli individui si organizzano per il perseguimento in concreto di uno scopo collettivo prefissato, motivo per cui formano un'organizzazione, la persona giuridica, che si regge su un determinato ordinamento normativo, lo statuto della stessa. Lo statuto si interpone fra l'ordinamento generale, che contiene le disposizioni giuridiche che pongono diritti ed obblighi, e i comportamenti umani, nella specie quelli delle persone fisiche che ricoprono il ruolo di organi dell'ente collettivo. L'ordinamento generale definisce l'elemento materiale o oggettivo del comportamento, dicendo cosa si può o si deve fare (o non fare). L'ordinamento particolare (lo statuto della persona giuridica), invece, determina l'elemento personale o soggettivo, stabilendo chi, all'interno dell'ente collettivo, può o deve compiere (o non compiere) determinati atti. Questo meccanismo scinde l'elemento oggettivo (il precetto) dall'elemento soggettivo (il destinatario del precetto) e per questa ragione si denomina potrebbe parlare di "imputazione in due tempi". Secondo questa impostazione, quindi, «il linguaggio normativo che attribuisce alla persona giuridica diritti e doveri distinti da quelli dei membri è solo un parlare figurato: l'ascrizione fa pur sempre capo agli individui, solo attraverso un passaggio ulteriore» (*ibidem*).

<sup>110</sup> D'ALESSANDRO, *ivi*, 66.

<sup>111</sup> D'ALESSANDRO, *ivi*, 69: «[c]iò che mi preme con questo di sottolineare è che l'ufficio della normativa interna, o di organizzazione, non si esaurisce nel trasportare di peso – per così dire – le predicazioni riferite alla persona giuridica in capo ad una persona fisica, ma investe anche queste predicazioni medesime, il cui contenuto viene analizzato e frammentato per poter essere poi distribuito fra i singoli individui. Questo è quanto risulta innegabilmente da una considerazione più attenta del funzionamento effettivo dell'ordinamento interno di una persona giuridica».

giuridica dai suoi membri, la formula con cui si designa l'ente collettivo sarebbe funzionale alla tutela di interessi altrui o a sancire un obbligo in capo alla stessa persona giuridica<sup>112</sup>. Per altro verso, il fatto che gli atti giuridici compiuti in nome e per conto dell'ente producano effetti nella sfera giuridica di quest'ultimo costituirebbe una prova dell'alterità soggettiva tra la persona giuridica e i suoi membri.

Invece, secondo un diverso orientamento, «la circostanza che gli effetti dell'agire degli organi si verifichino in capo alla persona giuridica significa semplicemente che anche per tali effetti l'imputazione finale sarà regolata dall'ordinamento interno della persona giuridica. Tale ordinamento potrà prevedere che gli effetti di cui si tratta ricadano, parzialmente o totalmente, su soggetti diversi da quelli che hanno posto in essere la fattispecie, e cioè su altri membri o organi della stessa persona giuridica; ma ancora e sempre, in definitiva, su persone fisiche, su individui umani»<sup>113</sup>. Adottando questo approccio si giunge anche alla conclusione per cui le disposizioni che hanno come destinatario una persona giuridica sarebbero tutte riformulabili come disposizioni indirizzate a persone fisiche<sup>114</sup>. In quest'ordine di idee vi sarebbe, quindi, una perfetta equivalenza di tipo funzionale tra la norma che riconosce un diritto o un obbligo in capo alla persona giuridica e la norma che riconosce un diritto o un obbligo a una persona fisica: «si tratta dello stesso discorso, solo una volta in forma contratta e una volta in forma espansa»<sup>115</sup>. Lo stesso discorso varrebbe anche per le situazioni giuridiche di contitolarità: come nel caso della persona giuridica, occorrerebbe fare riferimento alle regole che disciplinano i rapporti fra una pluralità di soggetti<sup>116</sup>.

Secondo la stessa dottrina che l'ha elaborata, tale impostazione consentirebbe di

---

<sup>112</sup> D'ALESSANDRO, *ivi*, 124 ss.: «[l']alienità delle posizioni giuridiche che l'organo, come il rappresentante legale, attiva concretamente sostituendosi al loro titolare può ridursi semplicemente ad una formula ellittica e ridondante per esprimere l'unico fatto veramente rilevante osservabile, e cioè la funzionalizzazione di quelle medesime posizioni. Una posizione attiva può essere conferita ad un soggetto in considerazione e per la protezione di un interesse di quel medesimo soggetto; ma anche in considerazione di un suo dovere, d'una sua funzione d'ufficio» (*ivi*, 125 ss.).

<sup>113</sup> D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, cit., 129 ss.

<sup>114</sup> D'ALESSANDRO, *ivi*, 71: «[l]a conclusione cui l'analisi delineata conduce è che le norme riferite alla persona giuridica – ossia, dal punto di vista linguistico prescelto: le proposizioni normative che contengono il nome di una persona giuridica – sono “traducibili” in una o più altre norme ove il nome della persona giuridica non compare più». Inoltre (*ivi*, 75): “(...) l'uso dei nomi di persone giuridiche e l'intelligenza di quest'uso non presuppone affatto in modo necessario la conoscenza o la capacità di indicare gli enti portatori di questi nomi. Questa esigenza viene meno perché le norme relative alle persone giuridiche non pongono in modo immediato di fronte al problema della loro interpretazione, ma servono esclusivamente a richiamare un gruppo di altre norme, relative queste ultime a sole persone fisiche. Ciò perché le norme dell'ordinamento interno – ovvero le norme o regole di riduzione, come anche d'ora innanzi le chiamerò – permettono di ridurre, o di tradurre, o di scomporre le proposizioni che contengono il nome di una persona giuridica, prima ancora di averle interpretate, in proposizioni di significato equipollente, ma nelle quali il nome della persona giuridica non compare più».

<sup>115</sup> D'ALESSANDRO, *ivi*, 120.

<sup>116</sup> D'ALESSANDRO, *ivi*, 114, n. 63.

semplificare in misura considerevole i termini della questione. Del resto, «la Fiktionstheorie (...), partendo dalla constatazione della parziale identità di disciplina di due diverse specie, semplicemente si serve, nei limiti di tale identità, del richiamo della disciplina appunto della prima fattispecie per illustrare quella dell'altra (afferma che, verificatasi l'una, ne risultano effetti come se si fosse verificata l'altra)»<sup>117</sup>.

All'origine dell'insoddisfazione verso la teoria nominalista della persona giuridica vi è l'influenza che la giurisprudenza dei concetti ha esercitato sugli studiosi di diritto. Infatti, la *Begriffsjurisprudenz* ha sancito il passaggio dalla tecnica dell'assimilazione della persona giuridica alla persona fisica a quella dell'identificazione.

Quest'ultima, definibile come *Realitätstheorie*, si caratterizza per istituire una vera e propria eguaglianza tra persona fisica e persona giuridica. Essa, non cogliendo più la natura finzionistica del secondo concetto, include entrambi in un'unica categoria, classificandoli come *species* appartenenti allo stesso *genus*.

In realtà, fra la disciplina riguardante la persona fisica e quella riguardante la persona giuridica non vi sarebbe uguaglianza, ma solo affinità.

Per tale motivo, l'impostazione delineata della *Begriffsjurisprudenz* presenterebbe, oltre ad un vizio metodologico consistente nella pretesa di far prevalere sulle norme positive un concetto elaborato in via interpretativa, anche il vizio logico della *duplicatio medii*<sup>118</sup>.

Adottando l'approccio illustrato in questa sede, si giungerebbe, invece, a conclusioni non troppo distanti dal pensiero di Kelsen ed Ascarelli. Di Kelsen, tuttavia, non si condivide la tesi secondo cui il soggetto di diritto sarebbe un fascio di norme (*Teilrechtsordnung*), ossia la personificazione di un gruppo di norme che statuiscono diritti e doveri<sup>119</sup>.

Scriva infatti Kelsen, che «"[p]ersona" è soltanto un'espressione unitaria personificante d'un gruppo di obblighi e di autorizzazioni giuridiche, cioè di un complesso di norme; tale concezione preserva da ipostasi ingannevoli che raddoppiano il diritto come oggetto di conoscenza»<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup> D'ALESSANDRO, *ivi*, 147- 150 ss.

<sup>118</sup> D'ALESSANDRO, *ivi*, p. 158 ss.: «[l]a diversità dei due atteggiamenti potrebbe anche avere un rilievo limitato, e comunque esclusivamente teorico, se non fosse che l'identità di normativa non esiste, o non può esistere, affatto. Si ricorderà infatti che il punto d'avvio di tutto il ragionamento – almeno nella costruzione che se ne viene tentando – non andava oltre la constatazione del fatto che la situazione posta in essere dalla costituzione di una società riproduce, per certi aspetti, quella che si sarebbe avuta per la nascita di un nuovo soggetto di diritto».

<sup>119</sup> D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, cit., p. 9 ss.

<sup>120</sup> KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 87.

Inoltre, Kelsen non ammette riferimenti alla realtà e ad elementi metagiuridici, mentre Ascarelli ammette la rilevanza della realtà metagiuridica<sup>121</sup>.

## **2. Il superamento della personalità giuridica nell'ordinamento italiano**

Negli ordinamenti anglosassoni la persona giuridica è un soggetto che rimane formalmente distinto dai suoi membri sino a quando non risulta giustificabile il superamento della personalità giuridica.

Tale sanzione può essere ricollegata sia a specifiche scelte del legislatore sia, più in generale, alla necessità di reprimere un abuso della struttura organizzativa della persona giuridica.

Obiettivo di questo capitolo è verificare se nell'ordinamento italiano si riscontrino fenomeni sanzionabili mediante il superamento della personalità giuridica.

Con l'espressione *piercing the corporate veil*, negli ordinamenti anglosassoni, si è soliti designare ipotesi molto diverse tra di loro. Si potrebbe, anzi, aggiungere che questa formula viene utilizzata per includervi anche fattispecie in cui effettivamente non si assiste al superamento dello schermo della personalità giuridica ma in cui, piuttosto, la responsabilità ascrivibile alla persona giuridica viene estesa, al fine di tutelare in modo più efficace i creditori, ad altri soggetti (si pensi, per esempio, all'ipotesi dello *shadow director*, che nell'ordinamento italiano trova una corrispondenza nella figura dell'amministratore di fatto).

Ciò nondimeno, anche nell'ordinamento italiano è possibile isolare alcune ipotesi, sotto certi aspetti analoghe a quelle configurabili negli ordinamenti anglosassoni, che potrebbero essere sanzionate con il superamento della personalità giuridica..

Nella pagine che seguono verranno affrontati questi aspetti, iniziando con qualche breve cenno alla responsabilità patrimoniale del debitore disciplinata dall'art. 2740 c.c.

Verranno poi, prese in esame alcune ipotesi di superamento della personalità giuridica, altre in cui si delinea un vero e proprio abuso della personalità giuridica e, infine, ci si soffermerà sull'istituto italiano dei patrimoni destinati per mettere relazione tale fattispecie con il problema oggetto di questa ricerca.

## **3. La responsabilità del debitore nell'ordinamento italiano**

Nell'ordinamento italiano, come in altri ordinamenti, l'esistenza di un'obbligazione ha ripercussioni immediate sulla sfera giuridica del debitore, in quanto il suo patrimonio, al sorgere dell'obbligazione, viene interamente assoggettato al

---

<sup>121</sup> Per la teoria di ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, II, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 333 ss

soddisfacimento delle pretese del creditore. E questo principio vale sia nell'ipotesi in cui gli interessi del creditore e del debitore trovino reciproca soddisfazione sia nel caso in cui, per mancata o imperfetta esecuzione della prestazione, il rapporto non trovi attuazione.

Si tratta di una garanzia generica: tutti i beni, presenti e futuri, del debitore sono vincolati alla soddisfazione di una pretesa creditoria legittima.

Questo principio implica che il creditore, a fronte di un eventuale inadempimento, può aggredire il patrimonio del proprio debitore.

Bisogna precisare, tuttavia, che si può parlare di conservazione della garanzia patrimoniale laddove il creditore intenda ottenere un equivalente pecuniario della prestazione non eseguita. Questa ipotesi va, infatti, tenuta distinta dall'esecuzione in forma specifica, che resta sempre la soluzione preferibile<sup>122</sup>.

Possiamo quindi affermare che il legislatore italiano accorda al creditore una tutela forte.

L'inadempimento di un'obbligazione ha, infatti, delle conseguenze immediate e dirette che danneggiano il creditore<sup>123</sup>.

A questo proposito l'art. 1218 c.c. dispone che «il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile». L'onere della prova è quindi a carico del soggetto inadempiente<sup>124</sup>, e le prove liberatorie sono rappresentate dal caso fortuito, dalla forza maggiore, dalla condotta colposa di altre persone o del creditore danneggiato.

Il principio sancito dall'articolo 2740 c.c., secondo cui il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, è previsto anche dall'ordinamento brasiliano.

A proposito di conservazione della garanzia patrimoniale, va specificato che la nozione di garanzia non è affatto univoca: nell'ordinamento italiano si può parlare di garanzia per evizione, di garanzia per vizi, di garanzia patrimoniale in senso generico e di specifiche garanzie personali o reali<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> EBENE COBELLI, *Risarcimento e reintegrazione in forma specifica*, in Nuova giur. civ., 1985, II, p. 515; MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, p. 119 ss; MONTESANO, *Aspetti funzionali dell'esecuzione in forma specifica*, In Riv. Trim. dir. proc. civ., 1964, p. 941.

<sup>123</sup> BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità*, Milano, 1994.

<sup>124</sup> BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile cit.*, p. 98 ss.

<sup>125</sup> NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, Napoli, 1992, p. 149 ss.

La garanzia è senz'altro uno strumento utile per l'economia perché agevola l'imprenditore nell'accesso al credito e consente l'ingresso dei consumatori in mercati sempre più vasti e differenziati<sup>126</sup>.

Per quanto concerne il rapporto che lega il creditore al debitore, questo si muove tra due poli opposti: la fiducia verso il debitore, da un lato, e la garanzia<sup>127</sup>. È vero, infatti, che il creditore confida nell'adempimento, ma è altrettanto vero che egli non sarebbe tutelato se l'ordinamento non gli fornisse un qualche strumento per rendere meno incerta la realizzazione del suo interesse.

Nell'ordinamento italiano, quindi, il concetto di fiducia e quello di garanzia sembrano essere alternativi. Ed è proprio il dettato dell'art. 2740 c.c. a evidenziare questa alternativa: il credito viene concesso a chi dia affidamento per il futuro e presti al contempo un'idonea garanzia patrimoniale per il caso di inadempimento.

Ne consegue che maggiore sarà la fiducia che il creditore ripone nel debitore, tanto minore sarà la rilevanza del profilo della responsabilità mentre, al contrario, da una minore fiducia deriverà la necessità di un'adeguata garanzia patrimoniale affinché il creditore si decida ad accordare il credito<sup>128</sup>.

Nei casi in cui l'operazione presenti un rischio molto grande, il debitore che non sia in grado di farvi fronte potrà ricorrere all'intervento di un terzo che garantisca il buon esito dell'affare.

Va detto, però, che le garanzie specifiche non assolvono la stessa funzione che riveste la responsabilità patrimoniale dell'obbligato: diversamente non si spiegherebbe la necessità di forme di garanzia ulteriori rispetto alla garanzia patrimoniale del debitore (come, ad esempio, la garanzia rappresentata dalla clausola di "pagamento a prima richiesta e senza eccezioni")<sup>129</sup>.

La garanzia può rafforzare le aspettative creditorie connesse ad un rapporto già esistente o che sarebbe comunque sorto, oppure rappresentare la condizione in mancanza della quale il rapporto non sorgerebbe affatto.

Nel corso del tempo, lo sviluppo degli scambi commerciali è andato di pari passo con la nascita di nuove forme di garanzia per far fronte alle esigenze dei creditori. Tuttavia la garanzia generica rappresentata dal patrimonio del debitore resta il principale riferimento per il creditore che voglia assicurarsi la soddisfazione del proprio diritto.

---

<sup>126</sup> BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993, p. 12.

<sup>127</sup> DI SABATO, *L'assuntore del concordato fallimentare*, Napoli, 1960, p. 49 ss; PIAZZA, *Garanzia (diritto civile)*, in Enc. Giur. Treccani, XIV, Roma, 1989, p. 4 ss; MASTROPAOLO, *I contratti cit.*, p. 81 ss.

<sup>128</sup> BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993, p. 14.

<sup>129</sup> MEO, *Funzione professionale cit.*, 47 ss; BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991, p. 32.

Bisogna precisare, poi, che le garanzie reali, appesantite da eccessivo formalismo, vanno cedendo il passo ad altre figure negoziali divenute tipiche (come i contratti autonomi di garanzia) e che meglio rispondono alle esigenze di una moderna economia caratterizzata da un'accentuata internazionalizzazione dell'attività commerciale e finanziaria.

A questo processo si è affiancata l'introduzione nell'ordinamento italiano di un istituto come i patrimoni destinati a uno specifico affare<sup>130</sup>, con cui la responsabilità della società viene in qualche modo circoscritta.<sup>131</sup>

Una fattispecie di separazione patrimoniale introdotta di recente nel ordinamento italiano e mutuata dalle esperienze straniere, in particolare anglosassoni, è, poi, l'istituto del *trust*.

#### **4. La responsabilità del debitore e della società: brevi cenni**

Fatte queste premesse, possiamo analizzare il rapporto fra la responsabilità del debitore e il peculiare regime di responsabilità patrimoniale previsto per l'esercizio di un'attività d'impresa da parte di una società di capitali<sup>132</sup>.

Le società sono organizzazioni di mezzi e di persone e create dall'autonomia privata per l'esercizio in comune di un'attività economica e, come stabilito dall'art. 2247 c.c., «con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili».

Va subito chiarito che il contratto di società non si risolve in un semplice rapporto tra i soci e non è un semplice contratto di scambio.

Ciò che caratterizza il contratto di società è che dall'accordo dei soci nasce un'organizzazione volta al raggiungimento di uno scopo comune. Il funzionamento di questa organizzazione ha ovviamente una sua rilevanza nei confronti dei terzi, se non altro perché essa è dotata di una propria autonomia patrimoniale (che può essere imperfetta o perfetta a seconda che si opti per il modello della società di persone o per il modello della società di capitali).

Bisogna, quindi, distinguere il momento contrattuale da quello istituzionale, che attiene all'organizzazione dell'attività del gruppo. La società è, infatti, l'organizzazione che consente a più soggetti di svolgere in comune un'attività economica; per realizzare questo scopo, i soci dotano l'organizzazione, mediante la costituzione di un capitale, di risorse patrimoniali commisurate al tipo di attività prescelto e alla capacità operativa

---

<sup>130</sup> PAOLA MANES, *Sui "patrimoni destinati ad uno specifico affare" nella riforma del diritto societario*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 181; SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, p. 278 ss.; FRIGNANI, *Trust e cartolarizzazione*, in *Trusts*, 2000, p. 21.

<sup>131</sup> GALGANO, *La giurisprudenza nella società post-industriale*, 1989, p. 357 ss.

<sup>132</sup> DI SABATO, *Diritto delle società*, Giuffrè, 2003.

della società<sup>133</sup>.

In questo modo il rischio d'impresa viene condiviso.

In Italia come in Brasile la costituzione della società deve avvenire nel rispetto di quanto prescrive la legge. In entrambi gli ordinamenti, tuttavia, viene concesso ampio spazio all'autonomia privata nel definire l'organizzazione interna.

Lo *status* di socio, che ricomprende diritti patrimoniali e diritti amministrativi è regolato dalla legge e dallo statuto.

Ai fini che qui interessano è importante sottolineare che la distinzione tra società di persone e società di capitali si fonda anche, come già accennato in precedenza, sull'autonomia patrimoniale: le società di persone non sono dotate di personalità giuridica e, quindi, non godono dell'autonomia patrimoniale perfetta che, invece, caratterizza le società di capitali

Delle obbligazioni sociali rispondono in via illimitata e solidale tutti i soci. Laddove lo statuto non preveda diversamente, a qualità di socio coincide con la carica di amministratore della società e, in linea di principio, la partecipazione non può essere trasferita a terzi senza il consenso di tutti gli altri soci. In questo tipo di società, infatti, il rapporto fra i soci si basa sul cosiddetto *intuitus personae*, ossia sulla fiducia personale: a rilevare sono le qualità personali del socio.

Le società di capitali, invece, sono dotate della personalità giuridica e rispondono con il proprio patrimonio delle obbligazioni assunte nell'esercizio dell'attività d'impresa. I soci, invece, rispondono delle obbligazioni sociali nei limiti di quanto conferito.

## **5. Ipotesi del superamento della personalità giuridica nell'ordinamento italiano**

Nel prosieguo della trattazione verranno analizzate le figure dell'amministratore di fatto e del socio unico in relazione all'ipotesi di superamento della personalità giuridica. Successivamente si prenderà in esame la fattispecie dell'abuso della personalità giuridica in relazione all'istituto dei patrimoni destinati a uno specifico affare introdotto con la riforma delle società di capitali del 2003.

### **5.1. La figura dell'amministratore di fatto**

Nell'ordinamento italiano la figura dell'amministratore di fatto rientra nella categoria dei "rapporti contrattuali di fatto", che da tempo è oggetto di studio e riflessione da parte della dottrina come della giurisprudenza.

---

<sup>133</sup> DI SABATO, *Diritto delle società*, Giuffrè, 2003; F. FERRARA - F. CORSI, *Gli imprenditori e le Società*, Giuffrè, 2003; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, Il Mulino, 2003.

Questa locuzione fu adottata per la prima volta in Germania, al fine di attribuire ad alcuni fatti i medesimi effetti giuridici che si sarebbero prodotti in conseguenza di una dichiarazione di volontà<sup>134</sup>.

Tuttavia non è semplice fornire una definizione di tali rapporti che possa esaurire completamente la serie delle fattispecie astrattamente configurabili.

L'incertezza che caratterizza la materia si riflette nell'opinione di chi ritiene contraddittorio parlare di rapporto contrattuale e, allo stesso tempo, riferirne la genesi a un fatto, piuttosto che a una dichiarazione di volontà<sup>135</sup>.

Sul punto si può condividere il pensiero di quella dottrina secondo cui i rapporti contrattuali di fatto sono quelli che «pur non trovando il loro fondamento in una volontà diretta a costituirli, o quanto meno in un comportamento negoziale, si manifestano egualmente come rapporti della vita di relazione e, in virtù della loro tipicità sociale, acquistano rilevanza per il diritto»<sup>136</sup>.

Come accennato poc'anzi, il tentativo di elaborare una categoria unitaria prese le mosse dalla tesi elaborata da diversi autori tedeschi, i quali erano propensi a qualificare il comportamento delle parti come «esplicazione (...) di autonomia privata, approvata e protetta dall'ordine giuridico» e, quindi, dotato di un suo valore negoziale<sup>137</sup>.

Il fulcro del discorso sta nell'abbandono dell'idea per cui il contratto debba essere sempre sostenuto da un accordo, necessariamente *dichiarato*, quando lo stesso accordo potrebbe derivare da un contatto tra le sfere d'interessi di due consociati, unito alla «statuizione di un regolamento d'interessi che viene posto in essere da entrambi i portatori degli interessi in questione, o da uno soltanto di essi (negozio unilaterale), e che dal punto di vista della comunità viene valutato come congrua, soddisfacente misura per la soluzione del problema pratico relativo alla distribuzione o produzione di beni nell'ambito della vita di relazione»<sup>138</sup>.

Si è osservato, in questa prospettiva, che «da qui al superamento della costruzione individualistica del contratto come strutturalmente fondato sull'usuale schema proposta-accettazione quale essenziale scaturigine del consenso, il passo (...) è breve, e, se si ha riguardo alla realtà senza preconcetti». Di conseguenza, sarebbe possibile «riconoscere il contratto anche laddove non vi è consenso (...), individuando di conseguenza nel contratto il risultato di varie tecniche procedimentali, che solo in

---

<sup>134</sup> BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 353.

<sup>135</sup> RICCA, *Sui cosiddetti rapporti*, cit., p. 118 ss., nell'analisi sui disposto dell'art. 2126 c.c., verifica normativamente il principio contrattualistico che dominerebbe l'ordinamento giuridico del lavoro.)

<sup>136</sup> BETTI, *Sui cosiddetti rapporti , contrattuali di fatto*, p. 367.

<sup>137</sup> BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 367.

<sup>138</sup> BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit. p. 368.

ipotesi possono essere quelle tradizionali costituite dall'accettazione della proposta<sup>139</sup>.

Con ciò, ovviamente, non si vuole negare l'esistenza di un accordo alla base del rapporto contrattuale. Si tratterebbe, piuttosto, di ammettere che il consenso può manifestarsi con modalità diverse da quelle tradizionali, senza che questo impedisca al rapporto contrattuale di essere validamente costituito.

Parte della dottrina sostiene che i rapporti contrattuali di fatto nascerebbero "a imitazione" del rapporto tipico disciplinato dalla legge, come, per l'appunto, nel caso del'amministratore di fatto e di una società di fatto<sup>140</sup>.

Per la precisione, la componente imitativa riguarderebbe il nucleo funzionale del rapporto piuttosto che il suo momento originario.

Possiamo, quindi, affermare che in un rapporto contrattuale di fatto le parti, sia pure in mancanza di un'espressa dichiarazione di volontà, adeguano il proprio comportamento a un modello tipico idoneo a produrre determinati effetti giuridici. Si potrà, tuttavia, parlare di imitazione soltanto nel caso in cui il comportamento delle parti sia effettivamente riconducibile a uno schema contrattuale tipico.

Nell'opinione di autorevole dottrina, «la costruzione del rapporto contrattuale di fatto può prescindere dalla consapevolezza, in chi tiene un dato comportamento, che questo può valere come atto di autonomia privata. Di tutto ciò, infatti, tiene luogo il criterio di valutazione operante nella vita pratica degli affari, alla cui stregua appunto quel comportamento assume il significato di un atto di autoregolamento di privati interessi»<sup>141</sup>.

Non va trascurato, in ogni caso, che i contorni della teoria dei rapporti contrattuali di fatto nella ricostruzione della disciplina delle fonti dell'obbligazione risultano sfumati. Si sarebbe, infatti, «smarrito il senso nella continuità storico-scientifica del problema delle *faktische Vertragsverhältnisse* rispetto alla categoria dei quasi-contratti, la cui ragion d'essere risiede proprio nell'esigenza di giustificare la riconnessione di effetti di stampo contrattuale a fattispecie caratterizzate dalla mancanza di un previo accordo tra le parti»<sup>142</sup>.

Per quanto riguarda la figura dell'amministratore di fatto, con questa espressione si designa «il fenomeno per cui un soggetto esercita le funzioni gestorie di

<sup>139</sup> STELLA RICHTER, *Contributo*, cit., p. 191, nt. 126.

<sup>140</sup> FRANCESCHELLI, *Premesse generali*, cit., p. 675 ss.

<sup>141</sup> FRANCESCHELLI, *Premesse generali*, cit. loc. ult. cit.; l'imitazione non farebbe comunque parte del procedimento ricostruttivo della fattispecie per GUERRERA, *Gestione "di fatto" e funzione amministrativa nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 131 ss., ed anche in *Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa*, vol. I, t. 1, Milano, 1999, p. 389 ss.

<sup>142</sup> GUERRERA, *Gestione*, cit., p. 136; CANNATA, *Quasi-contratti e quasi-delitti (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 25 ss., spec. p. 32 ss.; PUGLIATTI, *Finzione*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 666.

una società senza essere regolarmente investito dei relativi poteri»<sup>143</sup>.

Una delle prime definizioni fu elaborata nell'ambito del diritto penale con lo scopo di estendere la responsabilità propria degli amministratori a chi avesse svolto di fatto funzioni gestorie in mancanza di una nomina regolare o dei requisiti per poter svolgere l'incarico<sup>144</sup>.

A questo proposito si è fatto notare che ricostruire la genesi dell'obbligazione gestoria ed esaminare i suoi riflessi sull'organizzazione della società è compito tutt'altro che semplice<sup>145</sup>.

Queste difficoltà hanno dato origine alla convinzione per cui il fenomeno dell'amministrazione di fatto coincida sostanzialmente con il problema di accertare e sanzionare la responsabilità di chi si ingerisce nella gestione della società. Tuttavia, una parte della dottrina ha tentato di reimpostare i termini della questione, sostenendo che sarebbe necessario fare una distinzione di base tra «le fattispecie in cui l'autore dell'atto è radicalmente privo di legittimazione organica (...) e quelle in cui, invece, egli ha ricevuto l'investitura nelle forme prescritte dal diritto societario, ma sulla base di un procedimento di nomina imperfetto o comunque inficiato da vizi più o meno gravi (che pongono in discussione la legittimità o l'effettività stessa del suo inserimento nell'organizzazione collettiva)»<sup>146</sup>.

Con questa distinzione è stata quindi avanzata la proposta di prendere le distanze dalle posizioni assunte dalla dottrina penalistica sul tema in esame per valorizzare la spontanea assunzione<sup>147</sup> degli obblighi gestori anche quale indice rivelatore dell'esistenza di un rapporto cornice entro cui inquadrare la fonte degli obblighi di responsabilità degli amministratori.

La giurisprudenza che si è espressa sul tema<sup>148</sup> equiparava, per ragioni di equità, gli amministratori di fatto a quelli legalmente nominati. Ciò nonostante, l'impostazione prescelta risultava viziata da una certa genericità, in quanto gli amministratori di fatto erano quei soggetti «i quali si siano ingeriti nell'amministrazione della società, ancorché non legalmente designati e autorizzati a tale ufficio»<sup>149</sup>.

---

<sup>143</sup> N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998.

<sup>144</sup> Cass. Torino, 3.12.1884, in *Riv. pen.*, 1885, p. 331.

<sup>145</sup> GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1991, p. 92 ss., p.420 ss.

<sup>146</sup> GUERRERA, *Gestione*, cit., p. 139.

<sup>147</sup> GUERRERA, *Gestione*, cit., spec. p. 170 ss.

<sup>148</sup> Per un'analisi critica cfr. N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, cit., p. 183 ss.

Particolarmente importante risulta una sentenza risalente al 1936, secondo cui andrebbero qualificati come amministratori di fatto coloro che abbiano svolto la funzione in virtù di un "mandato tacito". In questo caso, l'estensione agli amministratori di fatto della responsabilità proprie degli amministratori di diritto si basava sul presupposto che il legislatore, riferendosi agli amministratori, non avesse fatto distinzione fra quelli legalmente nominati che a quelli esercenti la propria carica in mancanza di una nomina<sup>150</sup>. Questo ragionamento, però, restava indimostrato.

Un punto di svolta è rappresentato da una sentenza risalente al 1999, con cui la giurisprudenza ha espressamente affermato di «non condividere gli orientamenti precedenti, aderendo alla tesi sulla gestione di affari altrui quale fonte degli obblighi di responsabilità dell'amministratore di fatto»<sup>151</sup>.

Alcuni studiosi hanno sostenuto che la definizione di "amministratore di fatto" escluderebbe «ogni riferimento alla nozione tecnica di amministratore: poiché con essa si vorrebbe alludere a chi in fatto amministra senza essere amministratore in senso tecnico». Su questa linea sembra porsi quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui sarebbe ammissibile una preposizione tacita<sup>152</sup>; ai fini dell'estensione della responsabilità gestoria verrebbe cioè richiesta l'esistenza di almeno un atto, anche se invalido, d'investitura da parte dell'organo sociale competente, equiparabile a una regolare deliberazione di nomina.

L'atteggiamento della dottrina nei confronti di questa impostazione si è rivelato abbastanza critico, perché il prerequisito oggettivo richiesto dalla giurisprudenza si risolverebbe in una inutile sovrastruttura; tale impostazione, infatti, nulla aggiungerebbe al dato fenomenologico dell'esercizio di fatto delle funzioni gestorie, che di per sé sarebbe sufficiente ad equiparare gli amministratori di fatto a quelli di diritto sia sotto il profilo degli obblighi sia sotto il profilo delle responsabilità<sup>153</sup>.

---

<sup>149</sup> Cass. penale., 16 febbraio 1933.

<sup>150</sup> MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., p. 109 e 110; Per il panorama giurisprudenziale al tempo; le pronunce fondamentali sono rappresentate da Cass., 12.1.1984, n. 234, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 182, con nota di BONELLI, *La prima sentenza della cassazione civile sull'amministratore di fatto*, sulla cui scia si è recentemente posta Cass., 3.7.1998, n. 6519.

<sup>151</sup> Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Foro It.*, 2000, I, 2299 con nota di M. Silveti; in *Corr. Giur.*, 1999, 1396, con nota di A. Perrone, *Un "revirement" della Cassazione sulla responsabilità dell'amministratore di fatto*; in *Resp. Civ.*, 1999, con nota di P. Balzarini, *I nuovi orientamenti della Corte di cassazione in tema di responsabilità degli amministratori*; in *Società*, 2001, 808, con nota di L. Salvato, *Il revirement della Suprema corte in materia di responsabilità dell'amministratore di fatto*; in *Giur. comm.*, 2000, II, 167, con nota di N. Abriani, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta della giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto* e in *Giur. it.*, 2000, I, 770 ss., con nota di R. Guidotti, *Amministratore di fatto e negotiorum gestio*.

<sup>152</sup> MINERVINI, *Gli amministratori*, cit. 165.

<sup>153</sup> Tesi di BONELLI, *La responsabilità dell'amministratore di fatto*, cit., p. 111, ripresa da ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, cit., 183 ss, il quale individua la figura dell'amministratore di fatto nel soggetto che in assenza di una efficace deliberazione assembleare di nomina, abbia esercitato in modo continuativo, funzioni gestorie riservate dalla legge agli amministratori

Inoltre si è fatto notare che da questa impostazione sarebbero derivati molteplici rischi, giacché l'accertamento circa la sussistenza di una preposizione tacita avrebbe lasciato un eccessivo margine di discrezionalità al giudice chiamato a decifrare i fatti.

A ciò si aggiunga che la teoria della preposizione tacita avrebbe precluso «la possibilità di correlare la propagazione della responsabilità da gestione negligente o infedele a tipologie di condotta, influenza o co-determinazione esterna che esorbitano dal tradizionale modello del mandato institorio, quali, per esempio, quelle riconducibili al fenomeno dell'esercizio pregiudizievole del potere di controllo, da parte del socio di maggioranza, e della direzione unitaria nei gruppi di società»<sup>154</sup>. Sarebbe stato, quindi, molto difficile ascrivere le responsabilità tipiche dell'amministratore a chi fosse riuscito a provare la sua estraneità formale all'organizzazione societaria.

In contrapposizione a questo orientamento la dottrina italiana ha compiuto notevoli sforzi al fine di valorizzare il profilo funzionale dell'attività gestoria. Per esempio si è proposto di assoggettare l'amministratore di fatto alla responsabilità propria del direttore generale della società, sancita dall'art. 2396 c.c.: in quest'ordine di idee l'amministratore di fatto sarebbe chiamato a rispondere alla stregua di un collaboratore della società investito di compiti di alta gestione riservati al direttore generale, sebbene in assenza di apposita investitura assembleare o previsione statutaria<sup>155</sup>.

È stata inoltre presa in considerazione l'ipotesi di applicare alla fattispecie dell'amministratore di fatto il disposto dell'art. 1717 c.c. che attribuisce al mandante il potere di agire direttamente «contro la persona sostituita dal mandatario»<sup>156</sup>.

Si tratta di una tesi suggestiva che, tuttavia, non consentirebbe di sanzionare lo spontaneo o abusivo svolgimento delle funzioni gestorie<sup>157</sup>.

Sembra, quindi, verosimile affermare che la generalizzata applicazione all'amministratore di fatto non legittimato del regime di responsabilità previsto per gli amministratori di diritto si fonderebbe sulla «completa obliterazione del momento genetico del rapporto, in contrasto con l'esigenza di definire convenientemente la rilevanza giuridica della corrispondente relazione di fatto»<sup>158</sup>.

Sarebbe, quindi, ragionevole, attraverso un'opportuna indagine sul momento

---

di diritto della società, in una posizione di autonomia decisionale, in funzione sostitutiva o anche meramente cooperativa non subordinata rispetto a questi ultimi.

<sup>154</sup> GUERRERA, *Gestione*, cit., p. 161-163.

<sup>155</sup> BORGIOI, *Amministratori di fatto*, cit., p. 611.

<sup>156</sup> LO CASCIO, *La responsabilità*, cit., p. 199.

<sup>157</sup> GUERRERA, *Gestione*, p. 165.

<sup>158</sup> GUERRERA, *Gestione*, cit., p. 168.

genetico del rapporto di amministrazione di fatto, giungere all'individuazione di una fonte degli obblighi di corretta gestione che non coincida necessariamente con un atto di preposizione volontaria. Questa fonte – si è suggerito – potrebbe essere individuata nelle disposizioni che regolano la gestione di affari (artt. 2028 ss. c.c.).

Tale articolo impone a «chi, senza esservi obbligato, assume scientemente la gestione di un affare altrui» l'obbligo di «continuarla e condurla a termine finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso». Ai sensi dell'art. 2030 c.c., il gestore «è soggetto alle stesse obbligazioni che deriverebbero da un mandato», inclusa quella di operare con la diligenza del buon padre di famiglia ai sensi dell'art. 1710 c.c.

Nell'ottica di valorizzare l'ipotesi di una consapevole e spontanea gestione, questa impostazione mira a evidenziare che le obbligazioni gestorie, al pari di «quelle quelle dalla cui violazione deriva immediatamente una responsabilità per danni, nascono dalla semplice circostanza dell'intervento in affari di pertinenza altrui (...), a prescindere dalla considerazione della concreta utilità dell'operato del gestore e della configurabilità di una *prohibitio* dell'interessato, così come di un suo stato d'impossibilità a provvedere: ciò, sino al limite dell'interferenza assolutamente arbitraria ed anzi illecita, perché apertamente contrastata, nella sfera giuridico-patrimoniale del *dominus*»<sup>159</sup>.

Gli amministratori di una società, in ogni caso, sono tenuti a rispettare determinati obblighi, fra cui l'obbligo di perseguire l'interesse economico della società stessa l'obbligo di amministrare diligentemente in assenza di qualsiasi conflitto fra il proprio interesse e sociali quello della società, nonché rispettando il divieto di non concorrenza, il cui precetto, ritenuto applicabile quale corollario del dovere di fedeltà, è dettato dalla speciale natura dell'incarico.

In quest'ordine di idee la giurisprudenza di legittimità<sup>160</sup> ha affermato espressamente di non condividere l'orientamento fondato sul concetto di preposizione tacita o implicita, giungendo a includere fra i rapporti contrattuali di fatto anche l'assunzione non autorizzata della gestione di affari altrui<sup>161</sup> e valorizzando, così, il momento genetico dell'obbligazione gestoria. Nell'opinione della Suprema Corte di Cassazione, infatti, l'istituto risulterebbe «idoneo a far sorgere, a carico del gestore, gli obblighi tipici di colui che, in base ad un valido contratto, tale incarico ha ricevuto dall'interessato» e, quindi, potrebbe essere riferito anche a «situazioni giuridiche la cui violazione assume rilievo sul piano della responsabilità contrattuale».

Sulla base di tali presupposti, le regole che disciplinano l'attività degli amministratori sarebbero applicabili anche a «coloro che si sono ingeriti nella gestione della società senza aver ricevuto da parte dell'assemblea alcuna investitura, neppure

---

<sup>159</sup> GUERRERA, *Gestione*, cit., p. 172.

<sup>160</sup> Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 511; in *Corr. giur.*, 1999, p.1396, con nota di PERRONE.

<sup>161</sup> L'inserimento della *negotiorum gestio* tra i rapporti *contrattuali* di fatto non sembra essere del tutto pertinente, v. infatti BETTI, *Sui cosiddetti rapporti*, cit., p. 353; GUERRERA, *Gestione*, cit., p. 170 ss.

irregolare o implicita", in quanto «i responsabili della loro violazione non vanno individuati sulla base della loro qualificazione formale ma per il contenuto delle funzioni concretamente esercitate»<sup>162</sup>.

Va detto, comunque, che la Suprema Corte avrebbe potuto precisare che l'imputazione della responsabilità, secondo lo schema accolto, postula comunque la rigorosa dimostrazione dell'avvenuta instaurazione, in via di fatto, del rapporto di gestione dell'impresa sociale. E avrebbe dovuto farlo nel momento in cui afferma che «l'esercizio continuativo e sistematico di poteri direttivi pone l'agente in grado di conoscere la situazione patrimoniale e l'andamento economico della società e, conseguentemente, giustifica l'accollo del rischio inerente a questa tipica posizione di responsabilità dell'amministratore». Seguendo quest'orientamento, una più recente sentenza della Suprema Corte ha individuato l'amministratore di fatto come quel soggetto che «si inserisce, di fatto e sistematicamente, nella direzione dell'impresa sociale, impartendo istruzioni agli amministratori ufficiali, condizionandone le scelte e trattando direttamente con i terzi»<sup>163</sup>.

In ordine all'accertamento della qualità di amministratore di fatto, la Suprema Corte ha inoltre precisato che l'obiettivo primario «è stabilire se l'attività svolta in concreto abbia o meno comportato l'esercizio di poteri di gestione»<sup>164</sup>.

Questo orientamento era stato anticipato dal Tribunale di Milano, il quale, dieci anni prima, aveva individuato come requisito necessario per dichiarare la responsabilità dell'amministratore di fatto l'«ingerenza stabile che si protragga per un rilevante arco di tempo»<sup>165</sup>, chiarendo che «non è sufficiente il riferimento ad alcuni episodi di natura eterogenea e occasionale»<sup>166</sup>. Sul medesimo orientamento si era allineata anche la Corte d'Appello, secondo cui «l'individuazione del amministratore di fatto presuppone che le funzioni svolte in via di fatto abbiano carattere sistematico»<sup>167</sup>.

Al soggetto cui venga riconosciuta la qualifica di amministratore di fatto dovranno essere applicate tutte le norme in tema di responsabilità derivante degli amministratori di società<sup>168</sup>. Come la dottrina ha avuto modo di ribadire, «le norme in

---

<sup>162</sup> La Corte richiama gli artt. 135 e 136, d.lgs. 1.9.1993, n. 385 (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia); 11, d.lgs. 18.12.1997, n. 472 (recante disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie); 190 e 193, d.lgs. 24.2.1998, n. 58 (Testo unico delle leggi in materia di intermediazione finanziaria; Cass., 6 marzo 1999, n. 1925.

<sup>163</sup> Cass. 23 aprile 2003, n. 6478.

<sup>164</sup> Cass. 27 febbraio 2002, n. 2906, e nello stesso senso, Cass. 14 settembre 1999, n. 9795.

<sup>165</sup> App. Milano 9 dicembre 1994, in *Le società*, 7/1994, p. 926.

<sup>166</sup> Trib. Milano 22 settembre 1994.

<sup>167</sup> App. Milano, 4 maggio 2001, *Diritto Commerciale*, I, 2002, p. 317 e ss.

<sup>168</sup> Su questo punto cfr. N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, cit., 268 ss.

tema di responsabilità degli amministratori si applicano anche ai soggetti che di fatto (pur in mancanza di qualsiasi nomina) esercitano le funzioni proprie degli amministratori»<sup>169</sup>.

Tale orientamento è confermato dalla giurisprudenza della Suprema Corte, secondo cui «le regole che disciplinano l'attività degli amministratori sono applicabili anche a coloro che si sono ingeriti nella gestione della società senza avere ricevuto da parte dell'assemblea alcuna investitura, neppure irregolare o implicita»<sup>170</sup>, sicché sarebbe «configurabile la responsabilità *ex artt.* 2392 e 2393 c.c. anche a carico di chi (...) risulti inserito nella organizzazione sociale e riferisca alla società l'attività svolta»<sup>171</sup>.

Va da sé che l'applicazione delle norme sulla responsabilità degli amministratori di diritto all'amministratore di fatto determina l'automatica insorgenza in capo a quest'ultimo di una responsabilità solidale con quella degli amministratori di diritto per i comportamenti illeciti posti in essere insieme a costoro.

Su questo punto vale la pena citare quella dottrina secondo cui «accanto all'amministratore di fatto vi è, di norma, anche un amministratore di diritto, regolarmente nominato e in carica. In questi casi (...) l'amministratore di diritto risponde assieme all'amministratore di fatto delle violazioni commesse»<sup>172</sup>.

In sintesi, la figura dell'amministratore di fatto rappresenta l'esatto corrispettivo dello *shadow director*, elaborata nel diritto inglese<sup>173</sup>, e potrebbe essere annoverata fra quelle tecniche che, nell'ordinamento italiano, si prefiggono l'obiettivo di perseguire risultati analoghi, dal punto di vista sostanziale, alla teoria del *piercing the corporate veil*.

## 5.2.L'unico quotista e l'unico azionista

L'art. 2362 c.c., prima della riforma delle società di capitali intervenuta nel 2003, stabiliva quanto segue: «In caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni risultano essere appartenute ad una sola persona, questa risponde illimitatamente».<sup>174</sup> La fattispecie era stata qualificata come

<sup>169</sup> BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, p. 131.

<sup>170</sup> Cass. 23 aprile 2003, n. 6478.

<sup>171</sup> Cass. 27 febbraio 2002, n. 2906.

<sup>172</sup> BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, p. 131

<sup>173</sup> Per la comparazione con altri ordinamenti si rinvia a N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, cit., 33 ss.

<sup>174</sup> In tema responsabilità dell'unico azionista nella normativa vigente prima della riforma del 2003 cfr. RAGUSA, *L'unico azionista o l'unico quotista non sono assoggettabili a fallimento*, in *Il Diritto*

un'ipotesi di superamento dello schermo della personalità giuridica<sup>175</sup>.

Benché la disciplina riguardante l'unico azionista sia stata modificata nel 2003, la sua analisi rappresenta un passaggio necessario per evidenziare i principi ricavabili dalla norma in relazione al tema oggetto del presente lavoro.

Va incidentalmente evidenziato come la fattispecie corrispondesse, in parte, a quella disciplinata dall'art. 24 del *Companies Act* del 1985, in cui si legge quanto segue: «If a company (other than a private company limited by shares or by guarantee) carries on business without having at least two members and does so for more than 6 months, a person who, for the whole or any part of the period that is so carries on business after those 6 months - (a) is a member of the company, and (b) knows that is carrying on business with only one member, is liable (jointly and severally with the company) for the payment of the company's debts contracted during the period or, as the case may be, that part of it».

La *ratio* dell'art. 2362 c.c., nella sua vecchia formulazione, risiedeva probabilmente nella volontà d'impedire che una persona potesse esercitare un'impresa sostanzialmente individuale conservando il beneficio della responsabilità limitata.

Questa interpretazione è confortata dalla lettura della Relazione al codice civile (n. 943), laddove si afferma che «superata in senso negativo la questione dell'opportunità di riconoscere come istituto generale quello della limitazione della responsabilità nell'esercizio d'impresa, doveva logicamente evitarsi che lo stesso risultato potesse raggiungere indirettamente attraverso le S.p.A., con la concentrazione di tutte le azioni nelle mani di un solo azionista».

In questo modo il legislatore equiparava, sotto il profilo della responsabilità, l'imprenditore individuale a chi si trovasse ad esercitare un'impresa sostanzialmente individuale tramite una società di cui fosse l'unico socio.

Va ricordato, inoltre, che il socio unico, prima che entrasse in vigore la riforma del 2003, era ritenuto assoggettabile a fallimento ai sensi dell'art. 147 l. fall., che disciplinava (e tuttora disciplina) l'estensione del fallimento della società con soci a responsabilità illimitata al socio illimitatamente responsabile.

A sostegno di questa tesi si era fatto notare, per esempio, che la norma in esame

---

*Fallimentare e delle Società commerciali*, 1998, n. 7, p. II-43; SPARANO, *Assoggettabilità al fallimento del socio unico azionista ex art. 2362 cod. civ. Limiti e difficoltà applicative*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciali*, 1997, n. 6, p. II-737; FELICI, *La responsabilità sussidiaria dell'unico azionista*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1996, n. 5, p.678; WEIGMANN, *L'unico azionista nel concordato preventivo della società*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, p.144/I; LO CASCIO, *Effetti remissori del concordato preventivo ed unico azionista della società concordataria*, in *Giustizia civile*, 1993, n. 5, p.I-378; SIDERI *Responsabilità dell'unico azionista di società per azioni e concordato preventivo della società partecipata*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1990, n. 8, p. 836; SCOTTI CAMUZZI, *Società di comodo e unico azionista indiretto*, in *Rivista delle Società*, 1990, n. 2, p. 1372.

<sup>175</sup> GALGANO, *I gruppi*, p. 247.

non faceva alcuna distinzione fra società in cui vi sono soci illimitatamente responsabili e le società in cui la responsabilità illimitata dei soci è solo occasionale e dipende da eventi particolari, come nel caso della concentrazione di tutto il capitale sociale in capo ad un solo soggetto<sup>176</sup>.

Parte della dottrina italiana aveva, dunque, ipotizzato che il socio unico di società di capitali potesse essere assoggettato a fallimento in occasione del fallimento della società cui partecipasse<sup>177</sup>.

Come abbiamo già anticipato, però, con la riforma del 2003 è stata introdotto nell'ordinamento italiano l'istituto della s.p.a. unipersonale

Più precisamente, il legislatore italiano ha stabilito che la società per azioni può essere costituita non solo mediante la stipulazione di un contratto ma anche con un atto unilaterale.

In altre parole, la costituzione di una società per azioni è possibile anche in virtù di un'iniziativa individuale, che consente di accedere alla separazione del patrimonio dell'impresa dal residuo patrimonio del soggetto cui l'iniziativa imprenditoriale risale.

Con riferimento a questo tipo di società la legge non prevede limitazioni soggettive: il socio unico può essere una persona fisica o una società.

Specifiche disposizioni sono invece dettate per quanto concerne la costituzione (artt. 2328 e 2329 c.c.), i conferimenti (art. 2342, comma 2 e 4, c.c.), la pubblicità (art. 2362 c.c.), le condizioni per limitazione della responsabilità (art. 2325, comma 2, c.c.), gli atti compiuti prima dell'iscrizione (art. 2331, comma 2, c.c.), i rapporti fra la società e il socio unico (art. 2362, comma 5 c.c.).

Anche per la società per azioni unipersonale vale, in ogni caso, la regola generale della imputabilità per cui solo alla società possono essere imputati gli atti compiuti in nome e per conto di quest'ultima. Pertanto, anche per la società per azioni unipersonale vale la regola per cui delle obbligazioni sociali risponde esclusivamente la società con il proprio patrimonio, con conseguente irresponsabilità dell'unico azionista

<sup>176</sup> BIANCHI D' ESPINOSA, *L' estensione del fallimento di una società per azioni all' unico azionista*, cit., p. 117; PICONE, *Estensione del fallimento al socio unico di società di capitali*, cit., p. 1317.

<sup>177</sup> BOBOLINI, *L' imprenditore a latere, in fallimento*, 1996, p. 882; DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., p. 380; MANFEROCE, *Socio unico di società di capitali, socio sovrano e socio tiranno*, in *Fallimento*, 1995, p. 486; GALGANO, *Il fallimento delle società*, cit., p. 80; FERRO, *Responsabilità di gestione e responsabilità di garanzia ex art. 147 L.F.*, cit., p. 390; PIZZIGATI, *Fallimento del socio e tutela dei creditori*, cit., p. 188; BIANCHI D'ESPINOSA, *L' estensione del fallimento di una società per azioni all' unico azionista*, cit., p.117; PICONE, *Estensione del fallimento al socio unico di società di capitali*, cit., p. 1323; NIGRO, *La società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 354; S. SCOTTI CAMUZZI, *L' unico azionista*, cit., p. 723; RORDORF, *Socio unico e società di capitali*, cit., p. 596; WEIGMANN, *Oltre l' unico azionista*, cit., p. 564; E. F. Ricci, *Lezioni sul fallimento*, cit., p. 114 osserva che sarebbe singolare che proprio quando la società fallisce divenga inapplicabile l' art. 2362 c.c.; AZZOLINA, *Sull' estensibilità del fallimento all' unico azionista o quotista della società*, in *Foro*, 1958, I, p. 643, con qualche perplessità, SPARANO- SPARANO, *Assoggettabilità al fallimento del socio unico azionista ex art. 2362 codici civile: limiti e difficoltà applicative*, in *Diritto Fallimentare*, 1996, II, p. 740.

(art. 2325, comma 1, c.c.).

Va evidenziato, tuttavia, che nella nuova disciplina societaria permangono, sebbene in misura ridotta rispetto al passato, alcune ipotesi di responsabilità illimitata dell'unico azionista.

Stabilisce infatti il secondo comma dell'art. 2325 c.c., come novellato dalla riforma, che «in caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni sono appartenute ad una sola persona, questa risponde illimitatamente quando i conferimenti non siano stati effettuati secondo quanto previsto dall'art. 2342 c.c. o fin quando non sia stata attuata la pubblicità prescritta dall'art. 2362».

La responsabilità illimitata in caso d'insolvenza della società si configura, quindi, come sanzione per il mancato adempimento degli obblighi previsti dalla legge ed estende all'unico azionista la disciplina già prevista per l'unico quotista.

La responsabilità illimitata dell'unico socio ha natura eccezionale e sussidiaria: l'unico azionista risponde con suo patrimonio in aggiunta a quello sociale in via sussidiaria qualora si manifesti lo stato di insolvenza e non siano stati rispettati gli obblighi relativi all'esecuzione dei conferimenti o alla pubblicità.

Il dettato dell'art. 2325, comma 2, c.c. precisa, poi, che la responsabilità illimitata vale «*per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni sono appartenute ad una sola persona*». La responsabilità illimitata viene, quindi, temporalmente circoscritta alle obbligazioni sorte nel periodo in cui le tutte le azioni risultino concentrate in un'unica mano.

Questo inciso può riferirsi a fattispecie fra loro eterogenee: può riferirsi sia all'ipotesi del socio unico fondatore che risponde esclusivamente per obbligazioni contratte *medio tempore* ovvero fino al momento in cui non abbia ceduto, almeno in parte, le azioni di cui risulta titolare, sia all'ipotesi di una società originariamente pluripersonale il cui unico socio risponde per le obbligazioni sorte successivamente alla *reductio ad unum* e per tutto il tempo in cui le azioni gli siano appartenute.

Per quanto riguarda, in particolare, la violazione degli obblighi pubblicitari di cui all'art. 2362 c.c., va aggiunto poi che, potendo l'inadempimento essere sanato in ogni momento, l'unico azionista risponderà illimitatamente per le obbligazioni sociali fino a quando non provvederà in tal senso.

A questo punto ci si potrebbe chiedere se l'eventuale fallimento della società per azioni unipersonale generi in estensione il fallimento dell'unico azionista qualora si manifesti lo stato di insolvenza della società e si verifichino le condizioni previste dall'art. 2325, comma 2, c.c.<sup>178</sup>

---

<sup>178</sup> LO CASCIO G., *Il nuovo diritto societario nelle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2003, p. 594 ss.; RORDORF R., *La fallibilità del socio*, cit., p. 477 ss.; SALAFIA V., *Applicabilità dell'art. 2362 nel caso di interposizione fittizia*, in *Società*, 2003, p. 575; FICOCELLI G., *Efficacia del concordato*, cit., p. 880 ss.; DE CRESCIENZO U., *La controversia questione*, cit., p. 932.

Parte della dottrina aveva preso in esame la questione all'indomani della riforma. Tuttavia il problema, che pure continua a occupare gli operatori, sembra essere stato accantonato.

### 5.3. L'abuso della personalità giuridica e il suo superamento

A questo punto sembra opportuno soffermarsi sulla tesi secondo cui, a fronte di un possibile abuso della personalità giuridica, sarebbe possibile superare la barriera che questa frappone la società e i soci.

Secondo la dottrina italiana, infatti, esisterebbe «una consistente scuola di pensiero (...) che sostiene la possibilità di superare lo schermo della personalità giuridica imputando i rapporti giuridici posti in essere dalla società direttamente ai suoi soci, ma tra quanti condividono questo pensiero nessuno mette in dubbio che ciò possa aver luogo solo nel caso in cui si configuri un abuso della personalità giuridica».<sup>179</sup>

In termini molto generali, abusare della personalità giuridica significa godere di una disciplina speciale in situazioni diverse da quella che ne giustificano l'applicazione. Più precisamente, possiamo affermare che abusare della personalità giuridica significa fruire del beneficio oltre i limiti che il legislatore ha stabilito<sup>180</sup>.

Le tecniche di repressione sono diverse e variano a seconda del tipo di abuso.

Può accadere che, una volta costituita una società di capitali, i soci agiscano nel più assoluto disprezzo delle regole di organizzazione e di funzionamento del tipo di società prescelto; superando lo schermo della personalità giuridica sarebbe possibile sanzionare l'abuso.

In giurisprudenza, per esempio, applicando questa tecnica, si è giunti a mettere in discussione l'alterità soggettiva delle singole società del gruppo imputando alla società *holding* i rapporti giuridici facenti formalmente capo alle società eterodirette<sup>181</sup>.

Un altro esempio è rappresentato dalla cosiddetta "*exceptio doli*": si allude al

---

<sup>179</sup> CENNI, *Superamento dello schermo della personalità giuridica, collegamento contrattuale e dintorni*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 1063; Sull'abuso della personalità giuridica v. GALGANO, *Le società e lo schermo della personalità giuridica*, in *Giur. comm.*, 1983, p. 5 ss.; ID., *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di mérito (e negli «obiter dicta» della Cassazione)*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 365 ss.; ZORZI, *Il superamento della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito*, 1994, p. 1062.

<sup>180</sup> App. Roma, 28 ottobre 1986, in *Giur. it.*, 1987, I, 2, c. 460, commentata da GALGANO, *L'abuso della personalità giuridica*, cit., p. 365 ss. Qui l'abuso era rappresentato dall'uso di una società straniera per «esterovestire» beni appartenenti a residenti in Italia. Accertato l'abuso, la Corte ha superato lo schermo della personalità giuridica imputando i rapporti giuridici facenti capo all'ente direttamente alle persone fisiche dei soci fondatori.

<sup>181</sup> Trib. Genova, 3 aprile 1984, citata da GALGANO, *Le società e lo schermo della personalità giuridica*, in *Giur. comm.*, 1983, p. 377.

rimedio esperibile nei confronti del socio o dell'amministratore che abbia osservato una condotta illecita qualificabile in termini di abuso della personalità giuridica<sup>182</sup>.

Un'ulteriore ipotesi, riscontrabile nell'ordinamento italiano come in quello brasiliano, è quella rappresentata dalla sottocapitalizzazione della società. Questo fenomeno si manifesta ogniqualvolta la società opera con un capitale inferiore rispetto a quello necessario per realizzare l'oggetto sociale. In questo caso il beneficio della responsabilità limitata si traduce in un danno per quei creditori che non sono nella condizione di esigere delle garanzie e che dovranno sopportare il rischio dell'insolvenza della società loro debitrice.

Non è infrequente, a questo proposito, che le garanzie siano prestate direttamente dai soci, i quali, in questo modo, si troveranno a finanziare la società con mezzi diversi dai conferimenti<sup>183</sup>.

L'abuso della personalità giuridica è, insomma, l'abuso di diritti sanciti dalle norme che la legge "riassume" nel concetto di persona giuridica. Fra questi diritti il più rilevante è, ovviamente, il diritto di tenere il proprio patrimonio separato dal patrimonio della società, ossia il beneficio della responsabilità limitata.

Reprimere l'abuso della persona giuridica, ossia superarne lo schermo, equivale a disapplicare quelle norme, sanzionando chi ha commesso l'abuso.

Senza lo beneficio della responsabilità limitata verrebbe quindi ripristinato il principio generale della illimitata responsabilità patrimoniale del debitore<sup>184</sup>.

In passato la dottrina aveva fatto appello all'abuso della personalità giuridica e all'esigenza di superarne lo schermo richiamando l'ipotesi della società di capitali costituita al solo scopo di procurare ai soci il beneficio della responsabilità limitata, in modo che questi non debbano rispondere di atti compiuti nel più assoluto disprezzo delle fondamentali regole su cui si regge l'organizzazione e il funzionamento del tipo di società prescelto. In particolare la dottrina in questione aveva puntualizzato che «l'abuso della personalità giuridica si manifesta, in questo ordine di casi, in tre possibili forme: con la sistematica confusione tra il patrimonio della società e quello personale dei soci, i quali trattano i beni sociali come beni propri o impiegano danaro proprio per pagare i creditori della società; con la sistematica pratica dei prestiti dei soci alla società; con la sistematica preconstituzione delle decisioni dell'organo amministrativo della società»<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> PELLIZZI, *Personalità giuridica e infrazioni valutarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1978, I, p. 266 ss.; ID., *La società persona giuridica: dov'è realtà e dov'è vuota formula (esperienze delle banche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 492.

<sup>183</sup> Cfr. GALGANO, *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli «obiter dicta» della Cassazione)*, in *Contr. e impr.*, 1987, pag. 365.

<sup>184</sup> GALGANO, *La repressione dell'abuso della personalità giuridica*, in *Le società - I gruppi di società*, Torino, 2001, pagg. 232 - 233.

In questi casi la società è ridotta a mero simulacro formale, ragion per cui i soci dovrebbero decadere dal beneficio della responsabilità limitata o dovrebbero essere dichiarati falliti in caso di fallimento della società<sup>186</sup>.

#### **5.4. Una prima soluzione al problema dell'abuso della personalità giuridica: la teoria dell'imprenditore occulto**

A formulare una delle prime teorie dirette a sanzionare l'abuso della personalità giuridica fu Walter Bigiavi, che dedicò diversi studi alla responsabilità dell'«imprenditore occulto» e del «socio tiranno», cioè il socio che nell'assoluto disprezzo delle regole fondamentali del diritto societario utilizza la società «come cosa propria» confondendo il patrimonio della società con il proprio<sup>187</sup>.

Si tratta di una teoria che fin dalle sue prime formulazioni fu osteggiata sia in dottrina sia in giurisprudenza<sup>188</sup>.

Obiettivo primario della teoria dell'imprenditore occulto<sup>189</sup>, in particolare, era apprestare un'adeguata tutela per i creditori dell'imprenditore fallito nei casi in cui l'attività d'impresa fosse stata esercitata da un prestanome; con l'espressione «imprenditore occulto», infatti, si vuole indicare il soggetto che di fatto finanzia e dirige l'impresa senza palesarsi come imprenditore di fronte ai terzi.

Va detto che la figura dell'imprenditore occulto non rappresenta una vera e propria ipotesi di superamento della personalità giuridica; essa può essere vista, piuttosto, come uno strumento messo a disposizione dei creditori dell'impresa per individuare un ulteriore soggetto su cui rivalersi.

È stato, infatti, evidenziato in dottrina che «non si tratta di superare lo schema della personalità giuridica: socio e società restano, pur sempre, quand'anche il primo abusi dello schermo offertogli dalla seconda, soggetti giuridici tra loro distinti. Affermare la responsabilità del socio tiranno effettivamente significa, per il Bigiavi,

<sup>185</sup> GALGANO, *La repressione dell'abuso della personalità giuridica*, in *Le società – I gruppi di società*, Torino, 2001, p. 235.

<sup>186</sup> GALGANO, *La repressione dell'abuso della personalità giuridica*, in *Le società – I gruppi di società*, Torino, 2001, pagg. 235-236.

<sup>187</sup> BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1957; ID, *Difesa dell'«imprenditore occulto»*, Padova, 1962; *Responsabilità del «socio tiranno»*, in *Foro It.*, 1960, I, c. 1180; *«Imprese» di finanziamento come surrogati del «socio tiranno» imprenditore occulto*, in *Giur. It.*, 1967, IV, c. 49.

<sup>188</sup> BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1965, 89 ss.; *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962, p. 45 ss.

<sup>189</sup> BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, cit.; *Difesa dell'«imprenditore occulto»*, Padova, 1962; *Fallimento di soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, c. 691; *L'imprenditore occulto nelle società di capitali e il suo fallimento in «estensione»*, *ibidem*, 1959, I, 2, c. 166; *Responsabilità illimitata del «socio tiranno»*, in *Foro it.*, 1960, I, c.1180; *Imprese di finanziamento come surrogati del socio tiranno imprenditore occulto*, in *Giur. it.*, 1967, IV, c. 49.

chiamare un soggetto a rispondere dei debiti di un altro soggetto»<sup>190</sup>.

È noto che l'esercizio di attività d'impresa può dar luogo a un fenomeno analogo a quello determinato dal compimento di singoli atti giuridici per il tramite di un mandatario senza rappresentanza: in casi del genere si assisterebbe a una dissociazione tra il soggetto al quale è formalmente imputabile la qualità d'imprenditore e il soggetto che effettivamente esercita la stessa attività, somministrando i mezzi necessari, dirigendo l'attività e facendo propri i profitti realizzati.

L'imprenditore occulto non dovrebbe, insomma, essere confuso con il soggetto che compie in proprio nome i singoli atti d'impresa, ossia l'imprenditore palese.

Non è raro che, nella prassi, un'attività d'impresa venga esercitata con questo espediente per ragioni d'incompatibilità fra la qualità di imprenditore e un'altra attività.

Lo scopo ultimo, in ogni caso, è sottrarsi ai rischi che l'esercizio di un'impresa comporta. Può accadere, infatti, che l'imprenditore occulto scelga come proprio prestanome un nullatenente che, in caso di insolvenza, si troverà nell'impossibilità di far fronte ai debiti dell'impresa.

In questo modo il rischio d'impresa ricade ingiustamente sui creditori e sui dipendenti, perché a fallire dovrebbe essere il prestanome a rispondere per i debiti; nel caso in cui quest'ultimo sia nullatenente, i creditori non potranno ricavare nulla dal suo fallimento.

Il problema, quindi, verterebbe sulla possibile estensione del fallimento all'imprenditore occulto.

Fu questa, infatti, la tesi che sostenne Bigiavi: all'imprenditore occulto non dovrebbe applicarsi il principio della spendita del nome (secondo cui obbligato e responsabile sarebbe solo il soggetto che ha agito in proprio nome); quando l'attività di impresa è esercitata tramite prestanome, responsabili verso i creditori sarebbero sia quest'ultimo sia il reale *dominus* dell'impresa, che fallirebbe ogniquale volta fallisca il prestanome.

La tesi si fondava anche sul richiamo all'art. 147, comma 2, l. fall. nella sua vecchia formulazione, laddove il legislatore prevedeva che, in caso di fallimento della società, qualora si fosse scoperta l'esistenza di soci occulti, questi avrebbero dovuto essere dichiarati falliti al pari dei soci palesi. Nell'opinione di Bigiavi, infatti, anche il socio occulto di società occulta avrebbe dovuto essere dichiarato fallito.

Come abbiamo detto, però, la teoria dell'imprenditore occulto trovò pochi sostenitori.

---

<sup>190</sup> GALGANO, *La repressione dell'abuso della personalità giuridica*, in *Le società – I gruppi di società*, Torino, 2001, pagg. 242 – 243.

## 5.5. La soluzione dell'abuso mediante la revisione critica del concetto di persona giudicata

Dopo aver illustrato brevemente la teoria dell'imprenditore occulto, va ora ricordato che, per risolvere il problema dell'abuso della personalità giuridica parte della dottrina italiana aveva avanzato in passato una proposta di revisione critica delle teorie classiche relative allo *status* di persona giuridica.

Più precisamente, secondo questa impostazione, l'art. 2362 c.c., nella sua formulazione antecedente alla riforma del 2003, avrebbe sancito la vera natura del concetto di persona giuridica. Una norma simile, infatti, non sarebbe stata spiegabile se la persona giuridica non fosse effettivamente un soggetto di diritto diverso dai soci.

In altre parole, la responsabilità dell'unico azionista poteva giustificarsi semplicemente considerando i debiti della società come debiti del socio di cui questi, però, rispondeva nei limiti di quanto conferito.

Si arrivò, quindi, a sostenere che «il titolo per il quale il socio tiranno risponde illimitatamente delle obbligazioni sociali è lo stesso titolo per il quale risponde illimitatamente l'unico socio: egli non risponde dei debiti di una propria impresa, distinta dall'impresa sociale, ma risponde dei debiti di questa: ne risponde non più limitatamente, bensì con il suo patrimonio»<sup>191</sup>.

Non solo: il significato ideologico tradizionale del concetto di persona giuridica, si puntualizzava, doveva essere ricondotto al beneficio della responsabilità limitata; in altri termini, l'invenzione della persona giuridica avrebbe liberato il socio dalla responsabilità per i debiti sociali perché questi dovrebbero essere considerati comunque di pertinenza di un altro soggetto, cioè la società.

In virtù della creazione del concetto di persona giuridica, quindi, la responsabilità limitata dell'azionista non avrebbe dovuto essere qualificata alla stregua di un privilegio o di un'eccezione al principio generale della illimitata responsabilità patrimoniale del debitore di cui all'art. 2740 c.c..

In applicazione di questi principi, allora, sarebbe possibile argomentare che in una società di capitali il socio non risponde delle obbligazioni sociali con il proprio patrimonio perché si tratta di obbligazioni altrui. Il che equivale, in buona sostanza, a sostenere che «il signor A non risponde delle obbligazioni del signor B»<sup>192</sup>.

In sintesi, «la concezione della società per azioni come persona giuridica non è il fondamento della limitazione della responsabilità del socio, ma ne è solo una giustificazione teorica, ed una giustificazione datale a posteriori»<sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le Società*, Torino, 2001, p. 252.

<sup>192</sup> GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le Società*, Torino, 2001, p. 253.

<sup>193</sup> GALGANO *I gruppi di società*, in *Le Società*, Torino, 2001, p. 254.

In questo senso sembra ragionevole affermare che un ente od un'organizzazione collettiva hanno una soggettività che non è della medesima natura di quella propria della persona fisica, ed è la stessa disciplina normativa del codice civile ad evidenziare come il concetto di persona giuridica non presenti un contenuto normativo costante, e anche dia luogo a situazioni tra loro differenziate, a seconda del tipo considerato specificamente dal legislatore.

Ciò varrebbe a dimostrare, come si è cercato di sottolineare più volte nel corso di questa trattazione, che il principale problema posto dal concetto di personalità giuridica è quello della determinazione delle sue condizioni d'uso, ossia l'individuazione e interpretazione delle norme giuridiche che integrano la disciplina specifica sottesa al concetto stesso.

## **5.6. I patrimoni destinati ad uno specifico affare**

L'istituto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, introdotto con la riforma del 2003, rappresenta una novità assoluta per il ordinamento italiano<sup>194</sup>.

Secondo l'art. 4, comma 4, lett. *b*), l. 3 ottobre 2001, n. 366 (la legge-delega al Governo per la riforma del diritto societario), con riferimento alla disciplina del capitale, la riforma mira principalmente a «consentire che le società costituiscano patrimoni dedicati ad uno specifico affare, determinandone condizioni, limiti e modalità di rendicontazione, con la possibilità di emettere strumenti finanziari di partecipazione ad esso; prevedere adeguate forme di pubblicità; disciplinare il regime di responsabilità per le obbligazioni riguardanti detti patrimoni e la relativa insolvenza»<sup>195</sup>.

Grazie a questa nuova disciplina, «la società può costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare» (art. 2447 *bis*, comma 1, lett. *a*), c.c.).

Per questo istituto una società per azioni può dar luogo ad una gestione mirata degli affari, avvalendosi del beneficio della responsabilità limitata per ogni singolo affare intrapreso. La società, in altre parole, può ampliare e diversificare i canali di finanziamento dell'impresa senza dover necessariamente costituire una nuova persona giuridica e ancora diversificare il rischio d'impresa, tramite la delimitazione del rischio inerente al singolo affare.

Al fine di chiarire il contenuto della nozione di patrimonio destinato ad uno specifico affare, occorre partire dal concetto di patrimonio separato, con il quale si vuole indicare quel fenomeno di distacco di una massa patrimoniale da un patrimonio originario; come evidenziato dalla relazione ministeriale alla legge di riforma, ci

---

<sup>194</sup> PERRELLA, *Forma della delibera costitutiva dei patrimoni destinati*, in *i Contratti*, 2004, n. 11, p. 1071; STESURI, *I patrimoni destinati nel fallimento e nei progetti di riforma fallimentare*, in *Impresa commerciale industriale*, 2004, n. 10, p. 1570.

<sup>195</sup> In attuazione di tale disposizione, il D. Lgs. n. 6/2003 detta, nella sezione XI (intitolata "Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare"), detta una serie di articoli (art. 2447*bis*-2447-*decies* c.c.), poi recepiti nel testo del codice civile.

troviamo dinanzi ad una “separazione giuridica” del patrimonio destinato rispetto al patrimonio della società.

La lettera della relazione ministeriale evidenzia, infatti, la dimensione qualitativa (oltre che quantitativa) di questo fenomeno di separazione, in quanto la destinazione ad uno scopo particolare modifica l’intera fisionomia della massa separata, con inevitabili implicazioni sul regime giuridico applicabile.

La separazione consente di derogare, entro certi limiti, al principio generale dell’illimitata responsabilità patrimoniale dello primo comma dell’art. 2740 c.c., in virtù del quale il debitore risponde dell’adempimento delle sue obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.

Posto dunque che il patrimonio destinato ad uno specifico affare è da intendersi come un patrimonio separato a tutti gli effetti dal patrimonio della società che lo ha creato, tale separazione opera necessariamente anche sul piano della responsabilità, perché il patrimonio risponderà solo delle obbligazioni relative alle operazioni economiche per il cui svolgimento è stato istituito.

### **5.6.a. Effetti della costituzione del patrimonio destinato: limitazione di responsabilità dei creditori generici e specifici**

Una volta che la delibera costitutiva del patrimonio destinato è stata pubblicata ed è decorso il termine di sessanta giorni concesso ai creditori sociali anteriori all’iscrizione per fare opposizione, si manifestano appieno gli effetti della segregazione bilaterale del patrimonio destinato: i beni compresi nel patrimonio destinato restano vincolati al compimento dello specifico affare e al conseguimento delle finalità individuate dalla delibera di costituzione.

Dal momento in cui la separazione diviene effettiva, i creditori sociali della società, che potremmo definire “generici”, non possono più far valere i propri diritti sul patrimonio destinato, perché dovranno soddisfarsi esclusivamente sul patrimonio sociale.

Fa eccezione, ovviamente, l’ipotesi in cui un determinato soggetto sia al contempo creditore “generico” della società e creditore della società in relazione allo specifico affare; in tal caso le posizioni creditorie resterebbero comunque, dal punto di vista giuridico, totalmente autonome.

Tuttavia, per i creditori sociali, la decisione della società debitrice di avvalersi della limitazione di responsabilità conseguente alla costituzione di un patrimonio destinato potrebbe risultare potenzialmente pregiudizievole, dal momento che questa scelta incide in maniera tutt’altro che trascurabile sulla possibilità per i creditori di vedere soddisfatte le proprie pretese.

A tutela dei creditori sociali anteriori all’iscrizione, come abbiamo detto, è previsto comunque lo strumento dell’opposizione disciplinato dall’art. 2447-*quater* c.c..

Tuttavia, se costoro non si avvalessero di tale forma di tutela, reputando il patrimonio residuo della società sufficientemente capiente da garantire la soddisfazione delle loro pretese, una volta trascorsi i sessanta giorni dall'iscrizione della delibera di costituzione nel registro delle imprese, ai creditori sociali anteriori non resterebbe alcuna possibilità di far valere il proprio diritto di credito sulla massa patrimoniale separata.

L'art. 2447-*quinquies*, comma 4, c. c. stabilisce però che «gli atti compiuti in relazione allo specifico affare debbono recare espressa menzione del vincolo di destinazione».

Nel caso in cui, per esempio, la società opti per la realizzazione del singolo affare di chiedere un finanziamento a una banca e dimentichi di esplicitare il vincolo di destinazione, ai sensi dell'art. 2447-*quinquies*, comma 4, c. c., di tale debito risponderà la società con il suo patrimonio residuo.

È importante sottolineare che per i creditori sociali sarebbe più favorevole la situazione in cui, ai sensi dell'art. art.2447-*bis*, comma 1, lett. *b*), c.c., la s.p.a. abbia costituito un patrimonio destinato tramite la stipulazione con i terzi di un contratto di finanziamento, perché in questo caso i creditori non assisterebbero a una diminuzione delle loro garanzie patrimoniali.

Più precisamente, ai sensi dell'art. 2447-*bis*, comma 1, lett. *b*), c.c., la società può «convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso, o parte di essi» (si veda, inoltre, l'art. 2447-*decies*, comma 1, c.c.). Di conseguenza, quella parte di proventi non impiegata per rimborsare il finanziamento andrebbe ad accrescere il patrimonio sociale e i creditori sociali vedrebbero un incremento delle proprie garanzie patrimoniali.

Per quanto riguarda quei creditori cui il diritto trova fondamento nelle operazioni relative allo specifico affare e che, perciò, possiamo definire “specifici”, essi potranno soddisfarsi soltanto sui beni ricompresi ne patrimoni destinato.

Una parziale deroga alla generale insensibilità alle pretese dei creditori generici anteriori alla costituzione sul patrimonio destinato è data dall'ipotesi in cui in tale patrimonio siano ricompresi beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri: in questo caso, l'art. 2447-*quinquies*, comma 2, c.c. consente ai creditori anteriori all'iscrizione di continuare a far valere i propri diritti su tali beni fino quando la destinazione allo specifico affare non sia trascritta anche nei rispettivi pubblici registri.

La separazione netta fra il patrimonio destinato e il patrimonio della società si attenua, inoltre, laddove è previsto (art. 2447-*quinquies*, comma 1, c.c.) che i creditori sociali possono comunque far valere i propri diritti sui frutti o proventi del patrimonio destinato spettanti alla società.

Il legislatore, peraltro, non precisa se i creditori sociali ai quali è riconosciuta tale facoltà siano solo quelli anteriori all'iscrizione della delibera costitutiva ovvero anche quelli successivi.

Parrebbe preferibile la prima soluzione se si considera, da un lato, la propensione del legislatore a minimizzare le possibili interferenze tra le diverse masse patrimoniali e, dall'altro, il riconoscimento del diritto di opposizione solamente ai creditori anteriori.

### **5.6.b. L'insolvenza del patrimonio destinato: impossibilità di realizzazione dell'affare**

L'insolvenza del patrimonio destinato (art. 2447-*nies* c.c.) si delinea quando il patrimonio è insufficiente a soddisfare le pretese dei creditori specifici, e potrebbe, quindi, determinare l'impossibilità di realizzare dell'affare.

Ovviamente, in una simile ipotesi, non si potrebbe dar luogo al fallimento del singolo patrimonio destinato: nell'ordinamento italiano falliscono gli imprenditori, non i patrimoni, e con la creazione del patrimonio destinato non si dà vita a un nuovo soggetto di diritto, ma si pone un vincolo di destinazione.

Ragione per cui l'art. 2447-*nonies* c.c. stabilisce che, qualora l'affare sia divenuto impossibile, gli amministratori redigono un rendiconto finale che, accompagnato da una relazione dei sindaci e del soggetto incaricato della revisione legale dei conti, deve essere depositato presso l'ufficio del registro delle imprese.

A questo punto i creditori "specifici" rimasti insoddisfatti potranno chiedere la liquidazione mediante lettera raccomandata da inviare alla società entro novanta giorni dal deposito. L'art. 2447-*nonies*, comma 3 c.c. stabilisce, inoltre, che «sono comunque salvi, con riferimento ai beni e rapporti compresi nel patrimonio destinato, i diritti dei creditori previsti dall'art. 2447-*quinques*».

La stessa disciplina si applica in caso di fallimento della società.

### **5.6.c. Un'eccezioni al principio della separazione del patrimonio destinato: la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito**

L'art. 2447-*quinquies*, comma 3, c.c. sancisce espressamente la responsabilità illimitata della società per eventuali obbligazioni derivanti da fatto illecito; in questo caso il creditore ha il diritto di ottenere un risarcimento del danno che la società abbia causato nel corso della realizzazione dell'affare.

Nel richiedere l'adempimento di questa obbligazione risarcitoria, quindi, al creditore non potrà mai essere opposta la limitazione di responsabilità che consegue alla creazione del patrimonio destinato; al contrario, egli potrà rivalersi su tutti i beni della società.

Con questa norma si pone, dunque, una precisa distinzione tra i creditori che

hanno accettato volontariamente di soddisfarsi sui beni gravati dal vincolo di destinazione rispetto ai creditori che, invece, non hanno scelto il proprio debitore perché hanno dovuto subire le conseguenze di un fatto illecito<sup>196</sup> o, se così si può dire, fra creditori volontari/contrattuali e creditori involontari/extracontrattuali. Inoltre tale norma potrebbe costituire un'espresa limitazione del beneficio della responsabilità limitata<sup>197</sup>.

Su questo punto in particolare la dottrina ha fornito varie indicazioni.

Si è osservato, in primo luogo, che essa non farebbe altro che ribadire il principio della responsabilità illimitata per le obbligazioni derivanti da fatto illecito<sup>198</sup>: al creditore che abbia subito il danno e che richieda l'adempimento dell'obbligazione risarcitoria alla società non potrà essere opposta la limitazione della responsabilità derivante dalla costituzione del patrimonio destinato; il creditore in questione, infatti, potrà soddisfarsi su tutti i beni della società.

Una parte della dottrina italiana, a questo proposito, ha rilevato che la caratteristica peculiare dell'istituto in esame è rappresentata proprio «dall'insensibilità del patrimonio destinato rispetto alle vicende che interessano la società»<sup>199</sup>.

Il principio della separazione patrimoniale, tuttavia, vale soltanto per le obbligazioni contratte dalla società o dal patrimonio con i creditori cosiddetti "volontari", cioè con quei creditori che hanno potuto valutare la solvibilità della società.

Per quanto riguarda le obbligazioni derivanti da fatto illecito, invece, tale principio non potrebbe valere perché i relativi creditori, «in quanto involontari, non hanno, nemmeno per ipotesi, la possibilità né di scegliere il proprio debitore, né di valutarne la solvibilità o l'affidabilità», sicché «l'illiceità del fatto comporta un risandersi della responsabilità patrimoniale ed un superamento della separazione del patrimonio destinato, la cui salvaguardia è, evidentemente, subordinata ad una gestione lecita». I creditori cosiddetti "volontari", infatti, possono autotutelarsi con gli strumenti forniti dal diritto comune, mentre i creditori "involontari" troverebbero un'adeguata tutela solo nella possibilità di rivalersi sull'intero patrimonio società<sup>200</sup>.

---

<sup>196</sup> Sulla distinzione fra creditori "volontari" e "involontari" cfr. HANSMANN e KRAAKMAN, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, in *Yale Law J.*, 1991, p. 1879 ss. Sottolinea infatti COMPORTI, in *La riforma delle società*, Vol. II, Torino, 2003, p. 986 ss. che nell'ordinamento americano «la qualità dei debiti viene presa a criterio per distinguere i casi di limitazione della responsabilità della società con tutto il suo patrimonio (...) da quelli di responsabilità illimitata (regola dell'art. 2740) derivanti da illecito extracontrattuale».

<sup>197</sup> INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare* in *Contr. e impr.*, 2003, p. 164.

<sup>198</sup> BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali Artt. 2740 –2744*, in Codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 64 ss.

<sup>199</sup> GUERRERA, *sub. art. 2447-quinquies*, in *Società di capitali*, commentario (a cura di) Niccolini – Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1240.

<sup>200</sup> COMPORTI, in *La riforma delle società*, Vol. II, Torino, 2003, p. 987.

In conclusione, dalla previsione della responsabilità illimitata della società per le obbligazioni da fatto illecito si potrebbe «ricavare un'indicazione di ordine sistematico nel senso che la separazione patrimoniale venga meno ogni qualvolta difettino i presupposti alla cui ricorrenza il legislatore riconduca l'applicabilità del regime di deroga all'art. 2740, né sussistono elementi per assoggettare i creditori involontari della società ad un trattamento deteriore rispetto a quello previsto per i creditori involontari del patrimonio»<sup>201</sup>.

Con riferimento al tema oggetto di questa ricerca, ossia il superamento della personalità giuridica, è necessario, a questo punto, fare alcune precisazioni. In primo luogo va evidenziato che il patrimonio separato non è dotato di personalità giuridica: si tratta semplicemente di un patrimonio giuridicamente separato dalla società di riferimento, vincolato al soddisfacimento delle obbligazioni contratte per lo svolgimento di uno specifico affare. Laddove sorga un'obbligazione derivante da fatto illecito, questa separazione viene meno, consentendo l'aggressione di un patrimonio che, oltre ad essere giuridicamente separato da quello della società, è formalmente estraneo all'obbligazione risarcitoria.

Da questa disciplina potrebbe, dunque, ricavarsi il principio per cui la commissione di un illecito extracontrattuale potrebbe giustificare l'estensione della responsabilità derivante dallo stesso illecito e, quindi, il venir meno del principio della separazione patrimoniale.

Va chiarito, però, che un simile principio non potrebbe operare senza opportuni limiti e temperamenti: diversamente risulterebbe compromesso uno dei cardini su cui si regge il funzionamento delle società di capitali, ossia la responsabilità limitata dei soci.

Un possibile temperamento potrebbe, per esempio, essere connesso alla tipologia di illecito che giustificerebbe l'estensione della responsabilità patrimoniale.

A questo punto sembra, dunque, necessario soffermarsi sulle teorie che la dottrina brasiliana ha elaborato con riguardo alla possibilità di superare lo schermo della personalità giuridica, delineando ipotesi e limiti all'applicazione di questo rimedio.

## **6. Persona giuridica e personalità giuridica nel diritto brasiliano**

La teoria del superamento della personalità giuridica è stata oggetto di discussione non solo in Italia ma anche in Brasile: diversi autori hanno dedicato al tema studi e riflessioni, e come in Italia sono state formulate varie ipotesi, ciascuna caratterizzata da criteri di applicazione differenti.

Uno dei primi studiosi ad analizzare la questione fu Pontes de Miranda, che

---

<sup>201</sup> GUERRERA, *Società di capitali*, commentario a cura di Niccolini – Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1241. Cfr., inoltre, ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in Riv. dir. civ., 2002, I, p. 545 ss.

prese decisamente posizione contro la teoria del superamento, sostenendo che il suo accoglimento avrebbe condotto a negare la personalità dello Stato<sup>202</sup>.

Ad oggi, comunque, la dottrina brasiliana si trova concorde su una premessa fondamentale, ossia quella secondo cui la teoria del superamento della personalità giuridica sarebbe una tecnica diretta a proteggere l'istituto della persona giuridica, sanzionandone l'abuso che miri a modificare il suo scopo originario.

È sulla base di queste premesse, quindi, gli studiosi hanno ipotizzato l'applicazione della teoria in esame.

Posto che, secondo il giurista brasiliano Alexandre Silva, soggetto di diritto è «*aquele a quem cabe o dever de cumprir ou o poder de exigir, ou ambos*»<sup>203</sup> e, nell'opinione Idi Carvalho Santos, «*a palavra pessoa, no sentido jurídico não exprime somente, como em linguagem vulgar, a ideia do ser chamado homem, mas abrange também o ser coletivo, composto de muitos seres singulares*»<sup>204</sup>.

Ovviamente anche in Brasile le persone giuridiche si distinguono dalle persone fisiche, essendo la persona giuridica una *factio iuris* rivolta a soddisfare le aspirazioni dell'uomo.

A questo proposito Paulo Nader, citando Hering, sottolinea che la persona giuridica sarebbe una «tecnica consacrata dalla necessità»<sup>205</sup>. E questa necessità è ovviamente emersa con il progressivo sviluppo delle relazioni commerciali.

La disciplina sulla persona giuridica consentì, dunque, agli enti collettivi di agire in maniera autonoma rispetto ai propri membri, assicurando una maggiore certezza ai rapporti giuridici che tali entità potevano stringere<sup>206</sup>.

La comunità scientifica, in larga maggioranza, ascrive la creazione delle persone giuridiche al diritto canonico<sup>207</sup>.

---

<sup>202</sup> MIRANDA Pontes, *Tratado de direito privado*. RJ, Brasil, Borsói, 1972, p. 304.

<sup>203</sup> SILVA Alexandre C., *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2. ed. RJ, Brasil, Forense, 2009, p. 03.

<sup>204</sup> CARVALHO SANTOS. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 15 ed. RJ, Brasil, Freitas Bastos, 1992, v. 1, p. 229.

<sup>205</sup> NADER P., *Curso de Direito Civil*, 1ª ed. RJ: Forense, 2003, p. 236.

<sup>206</sup> CEOLIN A., *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. BH: Del Rey, 2002, p. 20.

<sup>207</sup> In originale: “[...] a necessidade de se estabelecer a natureza da Igreja, distinguindo-a de seus fiéis, levou os canonistas a certas distinções básicas e ao conceito de pessoa jurídica. Os fiéis estavam na Igreja, mas não eram a Igreja. Esta seria um corpus místico, ao mesmo tempo com existência material visível e que não se confundia com os seus membros. Estes poderiam até deixar de existir, porque o fundamental era o patrimônio constituído pelos bens imóveis e móveis necessários à realização dos fins a que se propunha.” NADER Paulo, *Curso de Direito Civil*, 1ª ed. RJ: Forense, 2003, p. 229

Anche secondo i canonisti, in ogni caso, la persona giuridica non poteva essere confusa con le persone dei suoi membri.

A questo proposito vale la pena citare Carvalho Santos quando afferma che «*pessoa jurídica consiste em uma coletividade humana organizada, estável, para uma ou várias finalidades de utilidade pública ou privada, sendo distinta dos membros que a compõe dotada de capacidade de possuir e de exercitar 'adversus omnes' os direitos patrimoniais, compatíveis com a sua natureza, com o subsídio e o incremento do direito público*»<sup>208</sup>.

Essendo un'entità separata e dai suoi membri, la persona giuridica – in Italia come in Brasile – è dotata di un proprio patrimonio.

In questa sede non è possibile analizzare nel dettaglio le varie tesi elaborate della dottrina brasiliana per sottoporre a revisione critica la nozione di persona giuridica, se non a rischio di allontanarsi dall'oggetto principale di questa ricerca. Tuttavia, sul tema sembra possibile individuare due principali orientamenti: la teoria della finzione e quella della realtà.

Il primo orientamento si rifà ovviamente alla teoria di Savigny, secondo cui il concetto di persona giuridica è «*um meio de afirmar o caráter artificial de tal atribuição, sem negar a realidade própria dos agrupamentos humanos aos quais é atribuída a personalidade jurídica*»<sup>209</sup>.

La teoria della finzione, dunque, sostiene che il concetto di persona giuridica costituirebbe un pretesto per giustificare la natura contrattuale della società, il cui interesse coinciderebbe con gli interessi dei soci. Secondo questa impostazione, dunque, la persona giuridica costituirebbe una finzione necessaria e uno strumento per organizzare gli interessi dei soci<sup>210</sup>.

Secondo la teoria della realtà, invece, la persona giuridica sarebbe un ente assimilabile alla persona fisica in quanto dotata di una sua volontà, la cui esistenza sarebbe caratterizzata da uno specifico scopo che essa persegue mediante l'operato dei suoi organi.

In questo senso la dottrina sottolinea che, secondo questa impostazione, l'unico parametro accettabile per attribuire la personalità giuridica all'ente collettivo sarebbe la capacità di agire esprimendo una propria volontà<sup>211</sup>.

L'articolo 985 del codice civile brasiliano stabilisce che la società acquista la

---

<sup>208</sup> GIORGI G., *Persone giuridiche*. v.1, n. 24 *apud* SANTOS C., J.M. *Código Civil Brasileiro interpretado*. 15ª ed. RJ: Freitas Bastos, 1992, v. 1, p. 338.

<sup>209</sup> COMPARATO F. e SALOMÃO FILHO. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5ª ed. RJ: Forense, 2008, p. 329.

<sup>210</sup> COMPARATO F. e SALOMÃO FILHO. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5ª ed. RJ: Forense, 2008, p. 332.

personalità giuridica con la registrazione del proprio atto costitutivo. E l'acquisto della personalità giuridica produce alcuni effetti come la separazione del patrimonio della società da quello dei soci. La società potrà, quindi, contrarre obbligazioni in nome proprio.

Più precisamente, secondo la dottrina brasiliana, la registrazione dell'atto costitutivo produrrebbe i seguenti effetti<sup>212</sup>: la società acquista la capacità di intrattenere rapporti giuridici e di stipulare contratti; la società acquista una propria autonomia e diviene un'entità separata dai propri membri; la società diviene titolare di un proprio patrimonio distinto da quello dei suoi soci con cui essa risponderà delle obbligazioni contratte; la società diviene titolare della facoltà di modificare la propria struttura organizzativa, il proprio oggetto sociale, eccetera.

La persona giuridica, come altri istituti, non si presta, infatti, a essere utilizzata per scopi illeciti.

Pertanto, al fine di sanzionare eventuali abusi anche la dottrina brasiliana ha ritenuto ragionevole ipotizzare in alcuni casi in cui il superamento della personalità giuridica sulla base del presupposto per cui questa tecnica vada applicata ogniqualvolta la struttura organizzativa della società venga utilizzata per realizzare scopi diversi da quelli che, secondo la legge, ne giustificherebbero l'esistenza.

## **7. Il superamento della personalità giuridica nell'ordinamento brasiliano**

Nel sistema giuridico brasiliano vige il principio per cui delle obbligazioni sociali risponde esclusivamente la società con il proprio patrimonio.

Il codice civile del 1916 stabiliva, infatti, all'articolo 20 che «[a]s pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros».

Benché il codice civile entrato in vigore nel 2002 non contenga una norma di analogo tenore, si ritiene che questo principio sia tuttora valido.

Va comunque specificato che nell'ordinamento societario brasiliano, come in quello italiano, esistono tipi sociali che prevedono la partecipazione di soci la cui responsabilità non è limitata (ad esempio, la società in nome collettivo). Tuttavia, ciò non intacca il principio della separazione fra il patrimoniale della società e quello dei soci.

A sua volta, il nuovo codice di procedura civile brasiliano stabilisce, all'articolo 795, che «[o]s bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade,

---

<sup>211</sup> COMPARATO F. e SALOMÃO FILHO. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5ª ed. RJ: Forense, 2008, p. 333 ss.

<sup>212</sup> NEGRÃO R., *Manual de Direito Comercial e de Empresa*, Vol. 1. 7ª ed. SP:Saraiva, 2010, p. 264 e 265.

*senão nos casos previstos em lei».*

In passato, l'autonomia patrimoniale e la responsabilità limitata dei soci di una persona giuridica erano considerati alla stregua di principi assoluti: come ha sottolineato Rubens Requião, «[m]as *todos esses conceitos e preconceitos levaram o pensamento jurídico a conceber, sobretudo em nosso país, a personalidade jurídica como um véu impenetrável. Passou a ser vista, via de regra, como uma categoria de direito absoluto*»<sup>213</sup>.

A questa concezione monolitica della persona giuridica si è contrapposto, nel tempo, un diverso orientamento, ispirato dall'esigenza di porre rimedio agli illeciti che potevano essere commessi sfruttando lo schermo della personalità giuridica.

Un indice normativo di questa diversa sensibilità è rappresentato dall'art. 28, l. 11 settembre 1990, n. 8078, con cui è stato introdotto nell'ordinamento brasiliano il codice per la tutela dei consumatori: «*O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração*».

Secondo la legge brasiliana il giudice potrebbe ignorare la personalità giuridica della società qualora si configuri un abuso del diritto, un eccesso di potere, una negligenza ovvero una violazione di legge o dello statuto. E il superamento dello schermo della personalità giuridica potrebbe aver luogo anche nel caso in cui la società si trovasse in stato di insolvenza.

La formulazione della norma è stata sottoposta a numerose critiche per non avere specificato rigorosamente criteri in presenza dei quali si potrebbe dar luogo al superamento della personalità giuridica. Non c'è dubbio, tuttavia, che il riconoscimento a livello legislativo della teoria del superamento della personalità giuridica costituisca un dato assai significativo.

Successivamente, la l. 11 giugno 1994, n. 8884, (nota anche come "legge antitrust") ha sancito, a sua volta, all'articolo 18, la possibilità di superare lo schermo della personalità giuridica per impedire o scoraggiare gli abusi del potere economico praticato da persone giuridiche e anche attraverso infrazioni all'ordine economico.

Anche questa norma, tuttavia, non ha recepito per intero i risultati degli studi compiuti fino a quel momento sul tema. Nel testo, infatti, leggiamo che «*[a] personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração*».

---

<sup>213</sup> REQUIÃO R., *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. Aspectos modernos do direito comercial: estudos e pareceres. SP: Saraiva, 1977, p. 71.

Ciò nondimeno, la teoria del superamento della personalità giuridica ha trovato, in seguito, ulteriori conferme da parte del legislatore.

Nel 1998 entra in vigore la legge n. 9605 in tema di reati ambientali, che prevede all'art.4 quanto segue: «*Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente*».

Il riconoscimento più significativo, però, avviene con la legge 10.406 del 2002 che istituisce il nuovo codice civile brasiliano. In particolare, all'art. 50, la legge prevede quanto segue: «*Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica*».

Questo articolo può, quindi, considerarsi ad oggi il principale fondamento normativo della teoria del superamento della personalità giuridica. Tuttavia il nuovo codice di procedura civile brasiliano stabilisce adesso il chiamato “incidente” di superamento della personalità giuridica all'art. 133 – 137 ( legge 13.105\2015)<sup>214</sup>.

Una parte della dottrina brasiliana ritiene che questa teoria fosse stata già riconosciuta in precedenza da leggi speciali in tema di diritto del lavoro (cfr. art. 2, § 2, della legge del lavoro) o in materia tributaria (art. 135 del codice tributario brasiliano).

Si tratta, tuttavia, di disposizioni che si riferiscono a ipotesi di responsabilità solidale o sussidiaria dei soci o degli amministratori della società e non alla teoria del superamento della personalità giuridica intesa in senso proprio.

Dopo questa breve analisi, è opportuno soffermarsi sui criteri con cui la tecnica del superamento della personalità giuridica potrebbe essere applicata nell'ordinamento brasiliano.

Come già ribadito in precedenza, applicare questa tecnica presuppone il riconoscimento di un'alterità fra la società e i suoi membri e, di conseguenza, l'esistenza del beneficio della responsabilità limitata<sup>215</sup>

Il che equivale a dire che, se non esistesse la società, il cui funzionamento si regge anche sulla limitazione della responsabilità dei suoi membri, non vi sarebbe ragione di parlare di superamento della personalità giuridica, perché il socio dovrebbe rispondere delle obbligazioni sociali senza alcuna limitazione o restrizione.

---

<sup>214</sup> Il Nuovo Codici di Procedura Civile brasiliano consultabile in: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Accesso in 15.06.2017.

<sup>215</sup> SILVA A., *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2ª ed. RJ: Forense, 2009, p. 67.

La tesi non sembra del tutto convincente perché la teoria del superamento della personalità giuridica non si limita alla possibilità di dichiarare la responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali; al contrario, si potrebbe parlare di superamento della personalità giuridica anche nel caso in cui si configurasse un abuso dello schema organizzativo della società o una frode alla legge.

Sul tema della limitazione della responsabilità dei soci di una società si possono citare le parole di Alfredo de Assis Gonçalves Neto, che in relazione alla disciplina riguardante la società in nome collettivo dettata dagli artt. 315 e 316 del codice di commercio brasiliano del 1850, sottolineava che la dichiarazione di una responsabilità solidale comune presuppone l'esistenza di un'obbligazione solidale<sup>216</sup>.

Lo stesso Autore aggiunge quanto segue: «*Só mais tarde surgiram as disposições de limitação ou de isenção de responsabilidade de alguns sócios pelas obrigações contraídas pela sociedade, com a criação e o desenvolvimento das denominadas sociedades em comandita (simples), de capital e indústria e em conta de participação, como reação ao princípio da responsabilidade ilimitada, cujos efeitos sobre o patrimônio pessoal dos sócios levavam alguns deles a procurar eximir-se contratualmente dessa responsabilidade, mediante cláusula expressa que passou a ser oponível a terceiros*».<sup>217</sup>

Nonostante l'origine debba probabilmente ricercarsi nell'ordinamento inglese, la teoria del superamento della personalità giuridica ha conosciuto senz'altro un maggiore sviluppo negli Stati Uniti d'America.

Alla dottrina americana si devono, infatti, formule come *disregard of legal entity*, *disregard of corporate entity*, *lifting the corporate veil*, *piercing the corporate veil* e *cracking open the corporate shell*.

Il Dizionario del diritto *Black* definisce, per esempio, il *disregard of corporate entity* nei seguenti termini: «*To treat a corporation as if did not exist for tax or certain other liability purposes. In such event, each shareholder would account for allocable share of all corporate transactions possessing tax or other liability consequences*»<sup>218</sup>.

La tecnica del superamento della personalità giuridica viene invece descritta nei seguenti termini: «*Judicial process whereby court will disregard usual immunity of corporate officers or entities from liability for wrongful corporate activities; e. g. when incorporation exists for sole purpose of perpetrating fraud. The doctrine which holds that the corporate structure with its attendant limited liability of shareholders may be disregarded and personal liability imposed on stockholders, officers and directors in*

---

<sup>216</sup> GONÇALVES NETO A. A., *Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo código civil*. SP: Juarez de Oliveira, 2002, p. 4.

<sup>217</sup> GONÇALVES NETO A. A., *Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo código civil*. SP: Juarez de Oliveira, 2002, p. 5.

<sup>218</sup> CAMPBELL H., *Black's Law Dictionary*. 6ª ed. Centennial Edition St. Paul. 1994, p. 472.

*case of fraud or other wrongful acts done in name of corporation. The court, however, may look beyond the corporate form only for the defeat of fraud or wrong or the remedying of injustice».*<sup>219</sup>

Secondo la dottrina brasiliana il superamento della personalità giuridica equivarrebbe a «*ignorância, para casos concretos e sem retirar a validade de ato jurídico específico, dos efeitos da personificação jurídica validamente reconhecida a uma ou mais sociedades, a fim de evitar um resultado incompatível com a função da pessoa jurídica*»<sup>220</sup>.

Applicando detta teoria, quindi, gli effetti conseguenti all'adozione di una determinata forma giuridica organizzativa (quella della società) verrebbero meno. Allo stesso tempo, il superamento della personalità giuridica consentirebbe di superare, per l'appunto, la barriera rappresentata dal beneficio della responsabilità limitata, in modo da penetrare all'interno della struttura organizzativa della società al fine di sanzionare quei soggetti che abbiano dato luogo ad un abuso.

L'abuso della persona giuridica è, infatti, possibile proprio in virtù del riconoscimento della responsabilità limitata come beneficio di natura patrimoniale e della società come apparato organizzativo: si configura un illecito ogniqualvolta si abusi dell'uno e dell'altro.

Secondo la dottrina brasiliana, questi abusi si verificano quando si delinea una frode o quando la personalità giuridica viene utilizzata per scopi diversi da quelli che ne hanno giustificato la creazione da parte del legislatore. A questo punto, però è importante evidenziare che, secondo la dottrina brasiliana, il superamento della personalità giuridica non implicherebbe la sua cancellazione, quanto, piuttosto, il mancato riconoscimento degli effetti legati all'attribuzione della personalità giuridica.

In questo senso, laddove si parlasse di superamento della personalità giuridica, varrebbe ancora il principio secondo cui la società è un soggetto di diritto distinto e autonomo dai soci.

Sotto il profilo applicativo si può, peraltro, sottolineare che nei sistemi di *common law*, in cui il ruolo della giurisprudenza è decisamente più incisivo rispetto ai sistemi di *civil law*, la teoria del superamento della personalità giuridica della società viene applicata solamente quando vi sia la necessità di giungere a una soluzione "giusta" tenuto conto della fattispecie concreta.

Nei sistemi di *civil law*, al contrario, è prima di tutto il legislatore a ricercare una soluzione "giusta"; alla giurisprudenza viene lasciato un ruolo per così dire sussidiario<sup>221</sup>.

Nel sistema giuridico brasiliano, al pari che nei sistemi di *common law*, non vi è

---

<sup>219</sup> CAMPBELL H. *Black's Law Dictionary*. 6ª ed. Centennial Edition St. Paul. 1994, 1147 - 1148.

<sup>220</sup> In questo senso JUSTEN FILHO M., *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. SP. Brasile. RT, 1987, p. 56-57.

la possibilità di applicare la teoria del superamento della personalità giuridica senza soffermarsi sull'analisi del caso concreto: il limite rappresentato dalla personalità giuridica potrà essere oltrepassato solo laddove si accerti l'esistenza di una frode o di un abuso.

Vi è da dire che gli operatori tendono a confondere il superamento della personalità giuridica con la responsabilità dei soci e amministratori. Si tratta però di ipotesi che sono disciplinate dal legislatore, il quale, per l'ipotesi in cui il socio o l'amministratore commettano atti illeciti, prevede espressamente una responsabilità del singolo (come avviene anche in altri Paesi).

Si potrebbe citare, ad esempio, l'art. 117 della legge societaria brasiliana<sup>222</sup> (n.

<sup>221</sup> In questo senso M. RUDORFER, nella sua opera intitolata *Piercing The Corporate Veil: A Sound Concept* : "Oggi le regole per il superamento della personalità giuridica sono discrezionali. Essi devono essere determinati (...) come risultato della mancanza di una regola ben definita", M. RUDORFER, 22 ottobre, 2013, p. 4; Baker e Killingsworth, nell'articolo *An American View through the Corporate Veil*, pubblicato nella rivista *International Business Lawyer*, 1978, hanno affermato: "può essere che cercare di formulare una regola dettagliata solo ci porterebbe arrivare ad una palude; certamente l'esistenza di qualsiasi regola rigida potrebbe fornire a coloro che agiscono in mala fede una guida alla suo inganno"; BAKER, KILLINGSWORTH, 1978, p. 270. Traduzione nostra.

<sup>222</sup> **Art. 117.** O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: **a)** orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;

**b)** promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

**c)** promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

**d)** eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;

**e)** induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia-geral;

**f)** contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;

**g)** aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber precedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.

**h)** subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. (Incluída dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.

§ 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.

6404, 15 dicembre 1976), che prevede la responsabilità del socio di controllo che abusa della sua posizione, o l'art. 2, § 2, l. 5452, 1° maggio 1943<sup>223</sup>.

A questo proposito la dottrina brasiliana afferma che «[n]a responsabilização, o agente infrator da norma será responsável perante terceiros e a própria sociedade que, se indenizar o dano sofrido pelo terceiro prejudicado, tem direito de regresso contra aquele que praticou o ilícito gerador do dano. Enquanto que, na desconsideração da personalidade jurídica, por ser decretada a ineficácia da personalidade jurídica da sociedade no caso concreto, ela não tem como ser condenada e, assim, não há que se falar em direito de regresso»<sup>224</sup>.

Con il superamento della personalità giuridica, in altre parole, sarebbe possibile arrivare a sanzionare i veri autori dell'illecito.

Inoltre si è fatto notare che «*De fato, temos observado que, na jurisprudência, muitas vezes, equivocadamente, se diz estar desconsiderando a personalidade jurídica de uma dada sociedade e a condena solidariamente com seu administrador ou sócio. Na realidade não houve a desconsideração alardeada, na medida em que, se efetivamente tivesse havido a desconsideração da personalidade, não haveria possibilidade de condenação da sociedade, pelo simples fato de que a sua personalidade estaria sendo desconsiderada, ou seja, estaria sendo decretada sua ineficácia em um caso concreto*»<sup>225</sup>.

Negli Stati Uniti d'America, dove la teoria in discorso viene studiata da più tempo, i presupposti del superamento della personalità giuridica sono, paradossalmente, ancora poco chiari, sicché gli operatori hanno incontrato diverse difficoltà nell'applicarla<sup>226</sup>.

Questa insoddisfazione degli studiosi americani è data principalmente dal fatto che, in linea con la dottrina dell'*equity*, le soluzioni deve essere ricercata volta per volta in relazione alle caratteristiche del caso specifico, rendendo il giudice l'autentico

---

<sup>223</sup> Legge 5452, 1 maggio 1943: **Art. 2°** - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 2° - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

<sup>224</sup> GONTIJO V., *Responsabilização no direito societário de terceiro por obrigação da sociedade*. SP. RT. v. 95, n° 854, p. 38-51, 2006, p. 50 .

<sup>225</sup> GONTIJO V., *Responsabilização no direito societário de terceiro por obrigação da sociedade*. RT, v. 95, n° 854, p. 38-51, 2006, p. 50.

<sup>226</sup> “Though “piercing the corporate veil” is the most frequent attack it is also the most doctrinally confused and thus the least likely to succeed – but mainly because it is generally not well plead by plaintiffs.... Thus, the application is highly fact specific and courts enjoy great latitude of judgment. Since the application of the doctrine differs depending on jurisdiction and of court, the whole area of law is unclear and confusing. [...] That’s why scholars and courts are continuously trying to formulate new frameworks and guidelines for a perspicuous application of the doctrine”; ENGLE, 2006, p. 91

creatore del diritto. Il risultato è che non sempre è possibile ricondurre le decisioni delle corti a una logica unitaria.

Si ritiene, tuttavia, che le difficoltà incontrate dagli studiosi nel tentativo di sistematizzare la teoria del superamento della personalità giuridica non debbano diventare un ostacolo alla sua applicazione.

Tanto premesso, occorre ora procedere ad analizzare i fondamenti teorici e i criteri di applicazione della teoria in esame nell'ordinamento brasiliano.

## **8. Concezione soggettiva e oggettiva della teoria del superamento della personalità giuridica in Brasile**

Nella ricerca di una sistematizzazione coerente della teoria in discorso, gli studiosi brasiliani hanno concepito diversi criteri di applicazione. A questo proposito la dottrina brasiliana distingue fra concezione soggettiva e oggettiva della teoria del superamento della personalità giuridica<sup>227</sup>.

Secondo la prima impostazione, il superamento della personalità giuridica sarebbe possibile laddove sia possibile riscontrare l'intenzione di sfruttare la separazione patrimoniale fra società e soci con l'obiettivo di aggirare le disposizioni di legge e, più in generale, di danneggiare i creditori.

Uno dei principali sostenitori di questa teoria è Rudolf Serick, il quale ha criticato severamente le decisioni che hanno ammesso il superamento della persona giuridica senza dimostrare l'esistenza di un intento di porre in essere una frode alla legge<sup>228</sup>.

Al contrario, i fautori della concezione oggettiva, precisando che le fattispecie sanzionabili mediante superamento della personalità giuridica non si esaurirebbero nella frode, ritengono che l'abuso della personalità giuridica sarebbe configurabile richiamandosi a criteri oggettivi.

Il fondamento giuridico della teoria in esame andrebbe allora, ricercato nella violazione dei principi generali su cui si regge l'organizzazione pubblica ed economica o laddove si riscontrino fenomeni di confusione patrimoniale o di sottocapitalizzazione.

Possiamo completare questo ragionamento, dunque, concludendo che il fulcro della concezione oggettiva è la definizione di abuso come esercizio di un diritto in senso contrario allo scopo sociale ed economico per cui è stato riconosciuto.

---

<sup>227</sup> SILVA A.C., *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2ª ed. RJ. Forense, 2009, p. 86.

<sup>228</sup> OLIVEIRA Jose L., *A dupla crise da pessoa jurídica*. SP. Saraiva, 1976, p. 305.

Il maggior sostenitore della visione oggettivistica è Comparato, secondo cui «*a desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. É este o elemento fundamental, que acaba predominado sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes*»<sup>229</sup>.

Ovviamente la coesistenza di queste due concezioni sarebbe perfettamente possibile, in modo tale che l'una possa integrare l'altra al fine di raggiungere un risultato «intermedio»<sup>230</sup>.

## **9. Criteri di applicazione del superamento della personalità giuridica in Brasile**

La teoria del superamento è largamente applicata nei tribunali brasiliani.

Di seguito vedremo quali sono i criteri e le disfunzioni che consentono o autorizzano l'applicazione del superamento.

Abbiamo visto che gli ordinamenti di *common law* incontrano diverse difficoltà nel portare a sistema la teoria del superamento: siccome la soluzione dovrebbe essere ricercata caso per caso, diventa praticamente impossibile elaborare un precedente che possa definire tutti i parametri necessari per applicare la teoria in esame e che, quindi, possa fungere da punto di riferimento per la sua applicazione in altri casi. Così, in questo sistema, i criteri di applicazione sono stati definiti dalla dottrina.

In Brasile il legislatore ha optato per una soluzione discutibile: all'art. 28 del codice di protezione dei consumatori troviamo, infatti, disciplinata un'ipotesi già regolamentata da altre norme. Sembra, in altre parole, che il legislatore non abbia ben compreso la funzione della teoria in discorso, sminuendola in funzione della tutela dei consumatori<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> COMPARATO Fabio Konder, *O poder de controle na sociedade anônima*. 5ª ed. RJ. Forense, 2008, p. 355-356; in questo senso ancora "forse è per questo motivo che una vasta corrente teorica e giurisprudenziale ha cercato di giustificare questo effetto di superamento della personalità attraverso le nozioni di abuso del diritto e della frodi alla legge. La spiegazione non sembrano del tutto accettabile. Si lascia fuori i casi in cui l'inefficienza della separazione patrimoniale avviene in beneficio del controller, senza qualsiasi abuso o frode [...]". Ad esempio la "Súmula" 486 della Corte suprema brasiliana (STF), in verbis: "Admite-se a retomada para sociedade da qual o locador, ou seu cônjuge, seja sócio, com participação predominante no capital social". Tuttavia tale idea non è molto diffusa nella dottrina brasiliana essendo stata superata dalle disposizioni dell'art. 52, paragrafo II, legge n. 8.245 di 1991.

<sup>230</sup> COELHO F. Ulhoa., *Desconsideração da personalidade jurídica*. SP. RT, 1989, p. 61. Egli giustifica il suo posizionamento: "Com efeito, a experiência tem demonstrado que a prova de um elemento subjetivo é ônus exagerado que se impõe, às vezes desnecessariamente, a quem o direito afirma querer tutelar. O desenvolvimento da teoria dos defeitos dos atos jurídicos e do abuso de direito tem se voltado, cada vez mais, na direção dos critérios objetivos".

<sup>231</sup> SZTAJN R., *Desconsideração da personalidade jurídica*. Rev. Direito Consumatore. SP, n° 2, p. 67-75, 1992, p. 71.

Fra le norme che giustificano l'applicazione della teoria del superamento della personalità giuridica possiamo citare l'art. 50 del codice civile brasiliano: «*Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica*».

Secondo la legge brasiliana in caso di abuso della personalità giuridica, caratterizzato dalla deviazione di scopo o dalla confusione patrimoniale, il giudice può decidere, a richiesta della parte o del pubblico ministero, che gli effetti di alcuni e determinati obblighi possano essere esteso ai beni degli amministratori o dei soci della persona giuridica.

Tuttavia questa norma ha avuto, nel corso del tempo, scarso successo dal punto di vista operativo: non solo perché essa sembra non cogliere l'essenza della teoria in esame, ma anche perché le possibilità di applicarla sembrano essere limitate; fra le fattispecie riconducibili al dettato della norma non sembra possa essere inclusa, per esempio, la frode.

In altri Paesi come Stati Uniti, Italia, Germania e Portogallo, invece, la teoria è stata sviluppata sulla base di criteri più oggettivi, facendo riferimento anche ad altre ipotesi.

Nell'ordinamento brasiliano il tema dei criteri di applicazione su cui dovrebbe fondarsi il superamento della personalità giuridica non è ancora stato approfondito come meriterebbe. Tuttavia, secondo la dottrina, potrebbe darsi luogo al superamento della personalità giuridica ogniqualvolta si configuri abuso o una frode perpetrati grazie all'esistenza della persona giuridica.

Si tratta, però, di un'impostazione viziata da una certa vaghezza.

Forse per questa ragione, e a dispetto di quanto prevede l'art. 50 c.c., i giudici hanno applicato la teoria in termini più ampi, accettando la frode come ipotesi principale<sup>232</sup>.

## **9.1. Frode**

La teoria del superamento della personalità giuridica è stata per così dire "importata" nell'ordinamento brasiliano avvalendosi di un'elaborazione teorica già sviluppata in altri ordinamenti.

Tuttavia, per ragioni che non ancora sono chiare, il legislatore brasiliano, nel disciplinare all'art. 50 del codice civile la possibilità di superare la personalità giuridica, non ha incluso nel testo della norma tutte le ipotesi che giustificerebbero il ricorso a

---

<sup>232</sup> In questo senso, *Corte suprema*: Resp. 693.235/MT, in 17.11.2009, Public.30.11.2009; *Tribunale MG*. Agrav. n.1.0024.03.114801-8/002, in 29.03.2010.

questo rimedio.

Fra queste ipotesi vi è la frode.

Può essere che il legislatore brasiliano abbia deliberatamente escluso l'ipotesi della frode dal dettato della norma ritenendo che le differenze concettuali esistenti tra i vari ordinamenti giuridici non consentissero di accogliere questa particolare fattispecie fra quelle che potrebbero dar luogo al superamento della personalità giuridica. O, forse, la scelta del legislatore potrebbe essere stata dettata dalla constatazione che la frode perpetrata sfruttando il beneficio della responsabilità limitata potrebbe essere qualificata come abuso del diritto.

È possibile, infine, che il legislatore brasiliano abbia preferito omettere qualsiasi riferimento alla frode nel testo dell'art. 50 del codice civile perché nell'ordinamento brasiliano già esisterebbero i rimedi appropriati per sanzionare la frode.

Si tratta di una fattispecie che, come è stato sottolineato in dottrina, è disciplinato in termini molto ampi e generici, fino a coprire ipotesi come l'errore, il dolo, la simulazione.<sup>233</sup>

Secondo la dottrina americana, infatti, la frode può essere intesa come una distorsione deliberata della verità con lo scopo di arrecare pregiudizio a terzi, ovvero come falsa rappresentazione di un fatto od occultamento della verità per mezzo delle parole o di comportamenti concludenti.

Citando la dottrina che si è occupata di questo tema, la frode consisterebbe in uno o più atti combinati diretti ad ingannare, ad occultare la verità o a suggerire il falso.<sup>234</sup>

Nell'ordinamento brasiliano il concetto di frode, pur essendo più circoscritto di quello consolidatosi nell'ordinamento americano, è declinato in termini abbastanza generali ed astratti, in modo da includere qualsiasi tipologia di atto che possa pregiudicare gli interessi di soggetti terzi o della collettività<sup>235</sup>.

In ogni caso, l'esigenza sottesa alla disciplina riguardante diverse ipotesi di frode è quella di tutelare i creditori da ogni atto con cui il debitore possa pregiudicare le loro ragioni.

Tuttavia, per quanto riguarda l'applicazione della teoria del superamento della personalità giuridica, le fattispecie che potrebbero corrispondere alla frode non si

---

<sup>233</sup> SILVA A., *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2ª ed. RJ:Forense, 2009, p. 78-79.

<sup>234</sup> SILVA A., *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2ª ed. RJ:Forense, Brasile, 2009, p. 78-79.

<sup>235</sup> SILVA A., *De Plácido e. Vocabulário Jurídico*. 27ª ed., a cura di N. Slaibi Filho e G. Carvalho. RJ:Forense. Brasile, 2008, p. 639.

riducono a quelle situazioni che potrebbero arrecare pregiudizio ai creditori, giacché, nell'opinione della dottrina, «*a fraude que enseja a aplicação do superamento da pessoa jurídica pode ser definida como “o artifício malicioso para prejudicar terceiro” não se limitando este terceiro aos credores, mas abrangendo qualquer sujeito de direito lesado em seus interesses jurídicos*».<sup>236</sup>

Considerata la varietà di condotte che potrebbero essere qualificate come fraudolente, esistono diverse definizioni generali di frode.

Tuttavia, la nozione che meglio sembra conciliarsi con la teoria del superamento della personalità giuridica è quella che include tutti i «*meio pelo qual o agente consegue alcançar um resultado proibido através de atos que não contrariam as palavras da lei, mas que contrariam o seu sentido*».<sup>237</sup>

In altre parole, per invocare il superamento della personalità giuridica la condotta fraudolenta dovrebbe consistere nello sfruttamento del beneficio della responsabilità limitata e dell'autonomia patrimoniale della società.

## 9.2. L'abuso della personalità giuridica in Brasile

Secondo l'art. 187 del codice civile brasiliano, l'esercizio di un diritto è abusivo quando «*excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*».

La norma sembra richiamare in una certa misura il dettato dell'art. 50 c.c.

Secondo la dottrina brasiliana, infatti, l'abuso della personalità giuridica può essere inteso come l'utilizzo della struttura organizzativa della società per fini diversi da quelli stabiliti dal legislatore.

La costituzione di una società dotata di personalità giuridica, d'altronde, mira a soddisfare diverse esigenze: rende possibile raccogliere risorse economiche utili allo svolgimento di un'attività produttiva che una singola persona fisica non potrebbe realizzare; consente di limitare il rischio d'impresa e di vincolare determinati beni al perseguimento di determinate finalità rilevanti socialmente<sup>238</sup>.

Tali esigenze dovrebbero essere soddisfatte mediante il ricorso a una struttura

---

<sup>236</sup> COELHO F., *Desconsideração da personalidade jurídica*. SP. RT, 1989, p. 57.

<sup>237</sup> LARENTZ K., *Derecho Civil – parte general*. Revista de Derecho Privado.1978.p.591. Il citato autore completa il suo ragionamento ricordando che nella frode, "l'atto che apparentemente non viola alcuna disposizione giuridica, in realtà sta frustrando la finalità di una norma giuridica, poiché attraverso di esso viene raggiunto, anche se non direttamente, il risultato ... previsto (o almeno equivalenti...) e da essa vietato" (traduzione nostra).

<sup>238</sup> SILVA Orlando, *Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais*.RJ. Renovar, 2002, p. 80.

organizzativa dotata di un patrimonio autonomo, separato da quello dei soci.

Pertanto, ogniqualvolta i soci utilizzino la società e la personalità giuridica per perseguire uno scopo illecito, si configurerebbe l'esercizio abusivo di un diritto, con relativa deviazione dalle finalità che dovrebbero caratterizzare l'istituto della personalità giuridica.

Costituisce un'ipotesi emblematica di abuso della personalità giuridica la costituzione di una società per aggirare una o più norme. Più in generale, «per abuso si intende l'utilizzo di una persona giuridica con l'intenzione di sottrarsi a un obbligo giuridico o contrattuale o, ancora, di pregiudicare i terzi»<sup>239</sup>.

Va detto che in Brasile la concettualizzazione di abuso del diritto è un argomento abbastanza controverso, giacché sul tema si sono scontrate diverse scuole di pensiero brasiliane.

Secondo una prima ricostruzione, l'abuso del diritto «*é espécie de ato ilícito, que pressupõe a violação de direito alheio mediante conduta intencional que exorbita o regular exercício de direito subjetivo. É equivocado pretender-se situar o abuso de direito entre o ato lícito e o ilícito. Ou o ato é permitido no jus positum e os pactos, quando é ato lícito ou a sua prática é vedada, quando então se reveste de ilicitude. Na dinâmica do abuso de direito tem-se, no ponto inercial, aquela que imediatamente antecede a conduta e até quando esta não se complete, a esfera do direito, mas à medida em que a ação se desenrola, no iter, a conduta desborda-se do âmbito da licitude para se transformar-se em ato ilícito. O abuso de direito tanto é modalidade de ato ilícito, que enseja ação reparadora, promovendo o retorno ao statu quo ante ou, quando isto não é possível, à indenização*»<sup>240</sup>.

L'abuso del diritto equivarrebbe, dunque, a un atto illecito, che necessiterebbe di un'azione riparatrice per ripristinare lo *status quo ante* ovvero, laddove ciò non sia possibile un risarcimento.

Secondo un diversa lettura, invece, le scelte operate dal legislatore entrerebbero in contraddizione con una più moderna concezione di abuso del diritto<sup>241</sup>.

Perché possa configurarsi un abuso del diritto, in altre parole, dovrebbe ravvisarsi, in concreto, un'obiettivo difformità tra l'esercizio del diritto e i principi che ne giustificano il riconoscimento.

A ciò si aggiunga che la qualificazione dell'abuso del diritto come atto illecito porterebbe a darne una definizione troppo ristretta, escludendo una serie di condotte e situazioni che, invece, potrebbero integrare la fattispecie di abuso.

---

<sup>239</sup> SERICK, Rudolf., *Forma e realtà della persona giuridica*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1964.

<sup>240</sup> NADER Paulo., *Curso de Direito Civil*, 1ª ed. RJ.Forense, 2003, pagg. 553-554.

<sup>241</sup> CUNHA DE SÁ, *Abuso*, p.121.

Questa seconda impostazione sembra essere la più condivisibile perché più in linea con la concezione di abuso della personalità giuridica che si è tentato di delineare nel corso di questa trattazione.

### **9.2.a. L'abuso della personalità giuridica: confusione patrimoniale**

Nel testo dell'art. 50 del codice civile brasiliano il legislatore ha specificato che l'abuso della personalità giuridica si configurerebbe anche nell'ipotesi in cui si riscontrasse la fattispecie della confusione patrimoniale, consentendo, quindi, il superamento della personalità giuridica.

Nella prassi, infatti, accade piuttosto di frequente che la confusione patrimoniale sia posta a fondamento della richiesta di superare la personalità giuridica.

Secondo la dottrina brasiliana, la confusione patrimoniale si verificherebbe quando il patrimonio della società si confonde con quello di uno o più soci, dando luogo a un utilizzo improprio dell'organizzazione societaria<sup>242</sup>

In questi casi, infatti, diventa difficile stabilire con precisione la titolarità di un determinato bene, nonché accertare se un determinato affare è stato concluso dal socio o dalla società.

Parte della dottrina brasiliana, a questo proposito, si è espressa nei seguenti termini: «*A confusão patrimonial só revela o abuso da estrutura formal da pessoa jurídica, justificando a aplicação da teoria da desconsideração, quando o sócio atua de forma a confundir também a sua personalidade com a do ente abstrato [...] É preciso, pois, verificar se a personalidade do ente abstrato foi usada de sorte a encobrir atos praticados pelos seus sócios (ou sócio único) ao arripio da lei, desviando-a da finalidade atribuída ao fenômeno da personificação dos entes abstratos*»<sup>243</sup>.

Si tratta di un'ipotesi sempre più frequente nella pratica, soprattutto laddove il socio di maggioranza di uno o più società facenti parte di un gruppo riesca ad ottenere il controllo del gruppo medesimo tramite una *holding*.

In questi casi può accadere che l'alterità soggettiva tra società *holding* e socio di controllo venga meno, dando luogo al superamento della personalità giuridica.

---

<sup>242</sup> SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 27ª ed. a cura di N. Slaibi Filho e G. Carvalho. Forense: RJ, 2008, p. 346.

<sup>243</sup> COMPARATO Fabio Konder, *O poder de controle na sociedade anônima*. 5ª ed. RJ. Forense, 2008, p. 450.

### **9.3. La sottocapitalizzazione della società come un criterio per applicare la teoria del superamento della personalità giuridica in Brasile.**

Con riferimento al fenomeno della sottocapitalizzazione, la dottrina tedesca la distingue fra sottocapitalizzazione materiale (che si riscontra quando la società non ha i mezzi necessari per attuare l'oggetto sociale) e sottocapitalizzazione nominale (che corrisponde all'ipotesi in cui i soci forniscono alla società, sotto forma di prestiti, i finanziamenti necessari per l'attuazione dell'oggetto sociale).

Due sono le soluzioni che sono state prospettate per risolvere il problema: una rinvia al diritto civile generale, l'altra al diritto societario.

L'approccio civilistico richiama, in particolare, lo schema dell'illecito civile. Si tratta, però, di un'impostazione che presuppone la dimostrazione, da parte di chi agisce, dell'elemento soggettivo (dolo o colpa) e del nesso di causalità.

Va puntualizzato, a questo proposito, che l'attuale legislazione brasiliana non prevede l'obbligo di costituire una società con un capitale minimo.

Sul punto la dottrina brasiliana ha sostenuto che *«o legislador não impõe obrigação de capital mínimo, é difícil exigir do sócio que faça a previsão correta no momento de constituição de sociedade. O mais correto parece ser considerar a fixação do montante do capital como componente do “business judgment rule” do sócio e admitir a desconsideração somente nos casos em que a subcapitalização for extremamente evidentes»*<sup>244</sup>.

Difficilmente il superamento della personalità giuridica rappresenterebbe la soluzione più ragionevole in caso di sottocapitalizzazione.

Tuttavia sembra ragionevole concludere che la sottocapitalizzazione potrebbe essere classificata come indice dell'abuso della personalità giuridica nel caso in cui una società venga costituita per uno scopo diverso da quello dichiarato e con un capitale solo simbolico.

---

<sup>244</sup> COMPARATO F. e SALOMÃO FILHO. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5ª ed. RJ. Forense, 2008, p. 463.

# CAPITOLO III: I GRUPPI DI SOCIETÀ

## 1. Premessa

L'ordinamento giuridico italiano, prima della riforma del diritto societario del 2003, non contemplava, al pari dell'ordinamento brasiliano, una disciplina organica del gruppo d'impresе. E tuttora non esiste, in entrambi ordinamenti, una definizione generale di gruppo.

È tuttavia pacifico che con il termine "gruppo" si intende una pluralità di imprese societarie che, pur mantenendo una piena autonomia sul piano giuridico e pur restando formalmente autonome e indipendenti l'una dall'altra, sono sottoposte a una direzione unitaria da società capogruppo (o società madre) che direttamente o indirettamente le controlla e dirige secondo un disegno unitario in vista di uno scopo comune a tutte le società del gruppo (il cosiddetto interesse di gruppo)<sup>245</sup>.

Si tratta di un fenomeno particolarmente diffuso nella pratica commerciale perché è questa la forma organizzativa che tendono ad assumere le imprese di grandi o grandissime dimensioni.

Questo fenomeno, infatti, combina i vantaggi dell'unità economica della grande impresa con quelli offerti dall'articolazione in più strutture formalmente distinte ed autonome.

Nell'ambito della normativa sui gruppi di società bisogna tenere in considerazione due aspetti fondamentali, ossia la tutela dei soci e dei creditori delle società controllate e lo stato di insolvenza in cui si possono venire a trovare sia le singole società del gruppo sia il gruppo nel suo complesso.

Sotto questo profilo è importante sottolineare che la riforma societaria italiana del 2003 ha rappresentato un notevole progresso sul piano della tutela degli azionisti esterni delle controllate e dei creditori al fine di prevenire e sanzionare eventuali abusi da parte della società controllante. Quest'ultima, infatti, potrebbe prendere delle decisioni favorevoli al gruppo ma molto dannose per la singola società, con conseguente pregiudizio per i soci della medesima.

Atteso, dunque, che il funzionamento del gruppo si regge sul principio per cui

---

<sup>245</sup> GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. III, Padova, 1990, p.155; DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1988, p.337; FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1987, p. 690; SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo di imprese*, in Quaderni di Giur. Comm., n. 112, Milano, 1990; PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, in Trattato delle società per azioni diretto da COLOMBO-PORTALE, Torino, vol. 2, pp. 581-664; VELLA, *Le società holding*, in Quaderni di Giur. Comm., n. 148, Milano, 1993; CASSANDRO, *I gruppi aziendali*, Bari, 1988; RORDORF, *Il gruppo di imprese*, in AA.VV. *Il bilancio consolidato*, Milano, 1993; CARATTOZZOLO, *Il bilancio consolidato di gruppo*, Milano, 1994; PISONI, *Gruppi aziendali e bilanci di gruppo*, Milano, 1983, pagg. 33-68.

ciascuna società facente parte del gruppo è autonoma e indipendente dalle altre, la società *holding* non può essere considerata come centro di imputazione che si sovrappone alle società eterodirette; né tanto meno essa può essere ritenuta responsabile delle obbligazioni assunte dalle controllate in attuazione della politica del gruppo.

In questa prospettiva è importante sottolineare che, con l'introduzione nell'ordinamento italiano della disciplina riguardante le società unipersonali, la responsabilità diretta della capogruppo può essere esclusa anche quando a capo del gruppo vi sia un socio unico<sup>246</sup>.

Va da sé che la società capogruppo non può imporre alle altre società controllate il compimento di atti che contrastino con il loro interesse. A questo fine, dunque, il legislatore della riforma ha voluto dettare un'apposita disciplina in tema di responsabilità per abuso di direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.) e ha stabilito che le decisioni delle società controllate, quando influenzate dalla direzione unitaria, devono essere analiticamente motivate (art. 2497-ter c.c.).

## 2. L'interesse sociale e i gruppi di società

Posta in relazione con la disciplina in tema di gruppi, la nozione di interesse sociale assume significati nuovi rispetto a quelli emersi dal dibattito che vedeva contrapposta la concezione contrattualistica e la concezione istituzionalista di interesse sociale.

La definizione di "interesse di gruppo" diviene, infatti, particolarmente rilevante laddove rapportata con i doveri che incombono sulla società capogruppo nonché sugli amministratori della stessa controllante e delle società controllate. Il problema di fondo è, infatti, risolvere eventuali conflitti di interesse fra le diverse società del gruppo.

Nella dottrina italiana la discussione sul tema è stata avviata da tempo. Si è osservato, al riguardo, che il fenomeno del gruppo rappresenterebbe, per le società che entrano a farne parte, una dimensione così peculiare da determinare una trasformazione della nozione di interesse sociale. L'interesse sociale, insomma, riceverebbe un trattamento differenziato in relazione al fenomeno del gruppo<sup>247</sup>.

Si è osservato, al riguardo, che all'interesse del gruppo si affiancherebbero altri interessi come quelli dei lavoratori e quello della stabilità del sistema economico, conferendo al concetto di interesse di gruppo un carattere istituzionale<sup>248</sup>.

---

<sup>246</sup> RONDINONE, *I gruppi*, p.747.

<sup>247</sup> Scrive D'ALESSANDRO F., *Il Diritto delle Società da << Battelli del Reno >> alle << Navi Vichinghe >>*, p. 15. "(...) il passaggio dall'era atomica a quella molecolare è un passaggio che non determina una mera modificazione delle strutture societarie, ma la loro metamorfosi in qualche cosa, appunto, di causalmente diverso: coll'appartenenza a un gruppo, le società (non solo le controllate, ma anche la controllante, Che anche l'interesse della controllante può dover essere sacrificato a quello di altra componente del gruppo) cessano di essere società".

Altra parte della dottrina, prima della riforma, sosteneva, infatti, che il problema fosse «stabilire quale sia la misura in cui la società controllante può imporre la sua politica alla controllata senza che ciò rappresenti un abuso del suo potere di dominio»<sup>249</sup>.

La dottrina brasiliana, tuttavia, riconosce, dal canto suo, che nei gruppi di società, sia di diritto sia di fatto, la società controllata debba sottostare alle direttive della società controllante, sicché non sarebbe necessario invocare la disciplina in tema di conflitto di interessi<sup>250</sup>.

A questa considerazione, però, deve aggiungersi che, laddove l'influenza della società controllante sulla controllata provochi un danno in capo agli azionisti di minoranza, questo dovrebbe essere compensato come stabilito dal diritto tedesco. L'ordinamento brasiliano, tuttavia, sul punto non prevede alcunché.

### **3. I vantaggi derivanti dalla costituzione di un gruppo di società**

I vantaggi che giustificherebbero la formazione di un gruppo sono di diversa natura. Fra i principali possiamo citare quelli di ordine economico, giuridico e finanziario.

#### **3.1. Vantaggi giuridici**

Il principale vantaggio giuridico derivante dalla formazione di un gruppo di società – che in alcuni casi rappresenta il principale scopo dell'operazione – risiede *nella possibilità* di ripartire il rischio d'impresa fra le varie società del gruppo.

Là società controllante non dovrebbe, infatti, assumersi il rischio che consegua allo svolgimento delle attività prescelte dalle società eterodirette, perché la relativa responsabilità ricadrebbe su queste ultime: ogni società del gruppo resterebbe autonoma e indipendente.

---

<sup>248</sup> JAERGER. *L'interesse sociale*, Milano. Giuffrè Editore, 1964, p. 811:“(…) si propone di considerare l'interesse di gruppo come uno degli altri interessi che dovrebbero emergere là dove l'impresa è organizzata in forma di gruppo: accanto all'interesse dei soci (alla massimizzazione degli utili) sarebbero, infatti, ipotizzabili altri interessi, come quello dei lavoratori e quello della stabilità del sistema economico, nonché quello di gruppo. Non è chi non veda come la tesi ora richiamata presupponga una concezione istituzionalista della società, in quanto individua altri interessi al di là quello dei soci: in altre parole, essa sembra arrivare ad un istituzionalismo do gruppo”.

<sup>249</sup> MONTALENTI P., *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, p.1.633:“[...] il problema è quello di stabilire in che misura la capogruppo può limitare l'autonomia decisionale delle società controllate, fino a che limite può imporre direttive alle società soggette alla propria influenza dominante, quale sia dunque il confine tra legittimo esercizio del dominio e indèbita coartazione delle singole sfere di autodeterminazione. In conclusione il perseguimento dell'interesse di gruppo implica necessariamente una limitazione dell'interesse delle singole controllate, ma il compito del giurista è proprio quello di tracciare una linea di demarcazione tra imperio legittimo ed abuso del dominio, linea di demarcazione che trova il suo fondamento giuridico nell'esistenza di società giuridicamente distinte e nella protezione dell'interesse sociale verso la protezione degli interessi sai degli azionisti di minoranza sia dei creditori”.

<sup>250</sup> SALOMÃO FILHO. *Novo Direito Societário*, 2002, p. 46.

Per questo motivo, una riflessione sull'applicazione del principio della responsabilità limitata nei gruppi appare necessaria. Come puntualizzato dalla dottrina portoghese, «il principio della limitazione della responsabilità è stato previsto essenzialmente con riferimento a società isolate e non trova una corretta applicazione nei gruppi»<sup>251</sup>.

In particolare, l'applicazione di questo principio alla realtà dei gruppi imporrebbe la distinzione fra diversi regimi di responsabilità: «Its (limited liability principle) historical pedigree is not consistent with the application to a reality that earlier corporate draftsmen could never have possibly had in mind (protection of individual ultimate investors versus protection of several layered corporate shareholders). Its legal foundations, the general liability standard of the coupling between power and liability, are also inconsistent with the automatic extension of the rule to corporate groups, and could even demand the opposite outcome of unlimited liability for the shareholder-parent corporation whenever it is judged to exercise an unlimited power of control over the subsidiary ('no power without liability' and 'no liability without power'). Its economic foundations, for which the rule is traditionally praised as supporting higher economic and social efficiency in the allocation of enterprises risks and costs, are at best irrelevant for corporate groups or can even be the source or increased inefficiency of all corporate actors (corporation, shareholders, managers, creditors), a circumstance which may also demand the introduction of different liability regimes»<sup>252</sup>.

Si tratta di uno dei temi centrali del presente lavoro: definire l'estensione della responsabilità della *holding* per gli atti compiuti dalle società controllate e anche i criteri e i limiti per l'applicazione della teoria del superamento della personalità giuridica nel contesto dei gruppi di società.

Va ricordato, inoltre, che la costituzione di un gruppo presenta un ulteriore vantaggio di natura giuridica: la possibilità per tutte le società del gruppo di ottenere sgravi fiscali, dal momento che più società di piccole o medie dimensioni sottoposte a direzione unitaria possono essere tassate in misura inferiore rispetto a quella richiesta a una società di grandi dimensioni.

In questo scenario, la costituzione di gruppi multinazionali porta a conseguire altri indebiti vantaggi di natura fiscale: si allude, naturalmente, all'ipotesi in cui alcune delle società del gruppo abbiano sede nei cosiddetti "paradisi fiscali", ossia quei Paesi che garantiscono un regime di imposizione fiscale molto basso (quando non del tutto assente).

Allo stesso modo, la costituzione di un gruppi societari multinazionali dà luogo alla pratica del cosiddetto "*transfer pricing*", ossia il procedimento volto a determinare

---

<sup>251</sup> ANTUNES. *Os Grupos de Sociedade*. p. 63-71. In originale: "the limited liability principle (...) has been designed essentially for the case of the single-corporate enterprise and does not meet its own assumptions when applied to polycorporate enterprises".

<sup>252</sup> ANTUNES. *Liability of Corporate Groups*, p. 140.

il prezzo appropriato nel trasferimento della proprietà di beni e servizi infragruppo, che viene impiegato soprattutto per definire il valore dei prezzi e dei profitti relativi a operazioni che intercorrono fra due società aventi sede in Paesi con diverso regime fiscale.

Si può, infine, osservare che la formazione di un gruppo cela talvolta l'obiettivo di realizzare, mediante pratiche anticoncorrenziali, indebiti vantaggi sotto il profilo competitivo; atteso che non sempre è così facile risalire ai collegamenti esistenti fra le diverse società del gruppo, sanzionare questo tipo di pratiche risulta sovente problematico.

### **3.2. Vantaggi economici e finanziari**

Molteplici sono anche i vantaggi economici che derivano dalla formazione di un gruppo e dall'integrazione fra le attività economiche esercitate dalle diverse società che lo costituiscono restando, come si è già detto, autonome. Sarebbe possibile, ad esempio, adottare una strategia in forza della quale una o più società del gruppo dovrebbero incrementare la propria capacità produttiva a fronte della somministrazione di materie prime da parte di un'altra società del gruppo a un prezzo più vantaggioso.

D'altro canto, il fenomeno della concentrazione economica di più attività in seno al medesimo gruppo di imprese permetterebbe di scongiurare il cosiddetto "gigantismo aziendale", evitando, quindi, che l'attività svolta dalla stessa società cresca in misura tale da compromettere l'efficienza della gestione.

In questo modo il gruppo di società produrrebbe un effetto benefico che è stato descritto come «decentramento in concentrazione»<sup>253</sup>.

La struttura organizzativa di un gruppo, peraltro, può essere articolata mediante soluzioni estremamente malleabili e flessibili, cui si potrebbe addirittura rinunciare nel momento in cui lo svolgimento di più attività economiche in una logica unitaria non consentisse di raggiungere i risultati originariamente attesi.

Trattando, infine, dei vantaggi finanziari derivanti dalla formazione di un gruppo, non si può non fare riferimento alla circostanza per cui, tramite un investimento iniziale anche modesto, il socio di maggioranza della società *holding* potrebbe giungere ad ottenere il controllo di una ingente quantità di risorse patrimoniali, come nel caso dei gruppi piramidali o "a cascata"<sup>254</sup>.

## **4. Gruppi di società: classificazioni**

Le ragioni sottostanti alla creazione di un gruppo di società e le strutture in cui

---

<sup>253</sup> Termine usato per *Alex Jacquemin. Le Groupe de Sociétés: Décentralisation dans la Concentration*, 27 e ss.

<sup>254</sup> ANTUNES *Os Grupos de Sociedades*, p. 66-68.

questo può articolarsi rendono particolarmente difficile il compito di delineare una classificazione che restituisca la complessità del fenomeno.

Le classificazioni riportate nelle pagine che seguono sono quelle già elaborate dalla dottrina.

#### **4.1. Subordinazione e coordinamento nei gruppi di società**

La più importante classificazione è quella in base alla quale è possibile distinguere fra gruppi fondati sulla subordinazione e gruppi fondati sul coordinamento.

Nel primo caso la società *holding* esercita la direzione unitaria sulle società da essa controllate in varie forme: grazie al controllo, essa è in grado di impartire direttive alle società figlie allo scopo di perseguire il proprio interesse e l'interesse del gruppo complessivamente inteso.

Si potrebbe dire che in questo caso le società eterodirette sono soggette alla volontà della società *holding*.

Nei gruppi fondati sul coordinamento, invece, i rapporti fra più società soggette a una direzione unitaria si fondano anche sulla reciproca dipendenza economica. Questa componente, tuttavia, è presente in misura minore rispetto alla direzione unitaria, cui risulta comunque funzionale. Tant'è che parte della dottrina brasiliana non considera i gruppi fondati sul coordinamento come veri e propri gruppo societari, ma solo un mero agglomerato di imprese<sup>255</sup>.

#### **4.2. Gruppi centralizzati e decentralizzati**

In questo tipo di classificazione l'approccio è altro completamente diverso: non si ha riguardo all'esercizio della direzione unitaria ma piuttosto alle modalità con cui vengono adottate le decisioni all'interno del gruppo.

Nei gruppi centralizzati le decisioni più rilevanti sull'attività svolta dalle società controllate sono adottate sulla società controllante, che influenza e determina le scelte strategiche di tutte le società del gruppo.

In questo tipo di gruppi l'autonomia delle società controllate è in qualche modo pregiudicata perché il centro decisionale non è l'organo amministrativo della società ma si colloca altrove. Questa circostanza, secondo la dottrina brasiliana, determinerebbe una crisi della funzione della persona giuridica su cui ci si soffermerà più avanti<sup>256</sup>.

Nei gruppi decentralizzati, invece, le società eterodirette svolgono autonomamente la propria attività, sia pure a beneficio della *holding* e dell'intero gruppo.

---

<sup>255</sup> MUNHOZ. *Empresa Contemporânea e o Direito Societário*, p. 117.

<sup>256</sup> OLIVEIRA J. Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 259-262.

### 4. 3. Gruppi di diritti e di fatto

I gruppi di diritto, in realtà, non rappresentano una terza tipologia di gruppo societario: la formula si riferisce soltanto alle modalità con cui si costituisce il gruppo, ossia mediante un accordo tra le società partecipanti. I gruppi di fatto, invece, esistono indipendentemente dalla stipulazione di un'apposita convenzione.

Tale distinzione è mutuata dall'ordinamento tedesco, che distingue fra gruppi contrattuali (*Vertragskonzerne*), gruppi di fatto (*faktische Konzerne*) e società in catena (*eingegliederte Gesellschaften*<sup>257</sup>).

Tale distinzione è stata recepita dall'ordinamento brasiliano con l'approvazione della legge 6404/1976 e con l'emanazione del codice delle società commerciali nel 1986.

Nella legislazione portoghese, invece, il gruppo di diritto può essere costituito in tre modi: un mediante un contratto di dominio (art. 488 e 489 del codice delle società commerciali); con un contratto di gruppo congiunto (art. 492); con un contratto di subordinazione (art. 493)<sup>258</sup>.

Nella legislazione statunitense, in Italia o nel diritto comunitario non si fa alcuna distinzione tra gruppi di fatto e gruppi di diritto: nel primo caso perché il fenomeno è stato oggetto di una regolamentazione solo parziale, mentre negli altri due casi per i gruppi è stata dettata una disciplina globale e organica<sup>259</sup>.

## 5. Il gruppo di società come strumento organizzativo: alcune distinzioni

I gruppi di società rappresentano sicuramente uno dei più importanti fenomeni della realtà economica globale, nonché uno dei più importanti strumenti organizzativi dell'impresa moderna. Pertanto pare opportuno tracciare una distinzione rispetto ad altri istituti.

### 5.1. La Holding

La *holding*<sup>260</sup> è la figura giuridica più prossima alla nozione di gruppo di società. La *holding*, infatti, è la società che, tramite le proprie partecipazioni, è in grado

<sup>257</sup> OLIVEIRA. *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 574.

<sup>258</sup> ANTUNES. *Grupos de sociedades*, p. 73.

<sup>259</sup> In questo senso consultare BLUMBERG. *La legge di gruppi societari negli Stati Uniti*. Rivista delle Società. *Atti del Internazionale di Studi, conferenza di Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, Primo volume, Milano: Giuffrè, 1996. p. 421-472.; In che riguarda la legge italiana ai sensi dell'articolo 2497, del codice civile di seguito analizzato; consultare anche la IX Direttiva della comunità europea.

<sup>260</sup> Sul tema F. COMPARATO. *O Poder de Controle da Sociedade Anônima*, p. 128; F. Galgano. *L'oggetto della holding è dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, *Contratto e impresa*, 1990. , p. 401; Id., *L'oggetto della società holding?*, *Contratto e impresa.*, 1986, p. 327.

di imprimere un indirizzo unitario all'attività delle società da essa controllate.

Distinguere queste due figure, dunque, è importante per sottolineare che il gruppo è in realtà formato da diverse società sottoposte a direzione unitaria, mentre la *holding* è semplicemente la società a capo del gruppo<sup>261</sup>.

## **5.2. Il termine *gruppo* e il termine *holding***

Abbiamo appurato che la *holding* è una società che possiede azioni o quote di altre società. E come esistono diverse tipologie di gruppi, esistono diverse tipologie di *holding*: si può distinguere, per esempio, fra *holding* finanziaria, *holding* operativa, *holding* gestoria, *holding* di famiglia.

La *holding* finanziaria è quella che non svolge un'attività di produzione o scambio di beni o servizi, scambio svolte, invece, dalle società figlie.

La *holding* operativa, al contrario, è la *holding* che svolge attività di produzione o scambio di beni o servizi. Non può esistere, dunque, una *holding* che sia allo stesso finanziaria e operativa.

La *holding* gestoria è una società la cui principale attività consiste nel gestire più società che operano in settori economicamente interdipendenti. Obiettivo della società *holding*, quindi, è indirizzare le scelte strategiche delle società controllate in modo da trovare delle opportune sinergie. La *holding* gestoria, peraltro, può essere una *holding* finanziaria od operativa, a seconda che svolga o non svolga attività di produzione o scambio di beni o servizi.

La *holding* di famiglia, infine, è una società controllata da componenti di una stessa famiglia. Si tratta di un modello piuttosto diffuso in Italia, e non è raro che essa assuma la forma giuridica della società in accomandita per azioni o della società a responsabilità limitata.

## **5.3. Il contratto di rete e i gruppi di società**

Il contratto di rete, di per sé, non sarebbe una figura giuridica assimilabile ai gruppi di società. La somiglianza è più che altro dettata da ragioni di natura economica e organizzativa: anche il contratto di rete è caratterizzato dall'unione fra più imprese per raggiungere uno scopo comune.

Più precisamente, secondo la legge italiana (art. 3, comma 4-ter, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito con l. 9 aprile 2009, n. 33), con il contratto di rete due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali allo scopo di accrescere la rispettiva capacità innovativa e la competitività sul mercato. Il collegamento fra le diverse imprese, dunque, è diverso rispetto a quello esistente fra più società facenti parte dello stesso gruppo: è funzionale

<sup>261</sup> ANTUNES J. E., *I gruppi di società*. Lisbona. Almedina. 2ª. Ed. p. 90.

alla realizzazione di un obiettivo specifico e la sua durata è vincolata al raggiungimento di questo obiettivo.

Secondo Veltz, le caratteristiche principali di questa forma organizzativa sarebbero le seguenti<sup>262</sup>: in primo luogo, la rete sarebbe uno strumento organizzativo fondato sul principio base del decentramento del mercato, dove l'attività d'impresa può suddividersi in varie unità di dimensioni variabili, ciascuna dotata di una propria autonomia; un'altra caratteristica sarebbe la possibilità di collegare queste unità mediante rapporti contrattuali per organizzare un processo produttivo (come avviene nel caso della costituzione di una *joint venture* per lo sviluppo di un prodotto da parte di diverse più imprese, ciascuna delle quali è responsabile per lo sviluppo di una delle componenti del prodotto desiderato); il terzo elemento caratteristico sarebbe rappresentato dal carattere multifunzionale di ciascuna unità produttiva, che attraverso la divisione dei mezzi di produzione può riunire in sé diverse funzioni dirette a ottenere il risultato atteso.

In sintesi, la rete costituisce una forma di decentramento dell'attività d'impresa e, per questo motivo, non si identifica con i gruppi di società.

Il gruppo, infatti, si fonda su un legame non temporaneo che si sviluppa anche indipendentemente dallo svolgimento di un'attività commerciale.

Si è osservato che la principale differenza tra il contratto di rete e i gruppi societari sarebbe la seguente: il contratto di rete costituisce una forma di collaborazione che ha come presupposto l'indipendenza delle società partecipanti (a differenza dei gruppi societari, dove esiste un controllo che si traduce nell'attività di direzione e coordinamento).

Inoltre il contratto di rete mira a promuovere un interesse comune legato ad un determinato progetto imprenditoriale, correlato con l'attività svolta dalle singole imprese.

I gruppi di società e il contratto di rete sono, quindi, istituti che non possono essere confusi, anche se in entrambi i casi, lo scopo è realizzare la diversificazione e il decentramento dell'attività produttiva.

## **6. Modelli di regolamentazione dei gruppi di società**

Il gruppo di società è, come si è visto, un fenomeno estremamente complesso: alla nascita e al consolidamento di un gruppo concorrono diversi fattori di natura economica, amministrativa, finanziaria, eccetera.

Trattandosi di un istituto caratteristico dell'economia globalizzata e noto in tutto il mondo, in ogni ordinamento è possibile rinvenire una diversa disciplina, motivo per cui non esiste un modello unico di regolamentazione dei gruppi.

---

<sup>262</sup> VELTZ P., *Le Nouveau Monde Industriel*. Paris: Éditions Gallimard, 2000. p. 15.

In questa sede non sarà possibile tenere conto di tutte le impostazioni elaborate fino ad oggi sull'argomento: ci si limiterà ad illustrare alcuni dei principali modelli utili a delineare un'analisi sistematica del fenomeno<sup>263</sup>.

## 6.1. Regolamentazione parziale

Quando si parla di “regolamentazione parziale”, si allude a quei sistemi giuridici in cui non esiste una definizione giuridica del gruppo di società e in cui la disciplina del fenomeno è tuttora ancorata all'idea della società come ente autonomo, indipendente e dotato del beneficio della responsabilità limitata.

Ne consegue che i gruppi di società vengono trattati alla stregua di eccezioni rispetto al modello organizzativo tradizionale della società isolatamente intesa.

Pertanto, in questi casi sugli operatori grava il compito di definire caso per caso quando si è davanti a un gruppo di società e quali sarebbero le regole e i principi da rispettare (regole e principi che dovrebbero, ovviamente, essere estrapolati da un impianto normativo fondato sul modello tradizionale della società “monade”).

## 6.2. La regolamentazione globale

Altri ordinamenti giuridici, invece, hanno cercato di stabilire una disciplina il più possibile completa, in modo da regolamentare la costituzione del gruppo, il suo funzionamento, la responsabilità derivante dall'esercizio della direzione unitaria, nonché i criteri per il riconoscimento dell'esistenza di un gruppo e le relative conseguenze giuridiche. In questa tendenza si inserisce anche la proposta di nona direttiva della Comunità Europea su gruppi di società.

## 7. Il modello tedesco e la sua influenza

In Germania la nozione di gruppo di società trova la propria espressione linguistica nella formula *Konzern*, con cui si indica l'unione di più società giuridicamente indipendenti che cercano, per mezzo di una direzione unitaria, di realizzare lo stesso obiettivo economico.

L'ordinamento tedesco, come già visto in precedenza, è stato il primo a dotarsi di una disciplina specifica sulla costituzione e sul funzionamento del gruppo, con l'approvazione della legge azionaria tedesca del 1965. Quest'ultima distingue i gruppi in due categorie : i gruppi di diritto e i gruppi di fatto.

I gruppi di diritto, come anticipato in precedenza, sono quelli che nascono a seguito della stipulazione di un apposito contratto (*Unternehmensvertrag*) e, secondo il diritto commerciale tedesco, sono cinque i tipi di contratti su cui si potrebbe fondare l'esistenza di un gruppo. Di questi, due sono i più utilizzati nella prassi<sup>264</sup>: il *Beherrschungsvertrag*, che dà diritto alla società controllante di impartire direttive

<sup>263</sup> MANÓVIL R., *Grupos de Sociedades nel derecho comparato*, Abeledo-Perrot. Argentina. Cap. III, p. 155-250.

vincolanti alla società controllata, e il *Gewinnabführungsvertrag*, che obbliga la società controllata a versare per intero alla controllante i profitti.

La prima disposizione sui gruppi di società societari risale al codice commerciale del 1931. Ma la definizione di gruppo (*Konzern*) è data dal paragrafo 18 dell'Aktiengesetz (1965), modificata nel 2010 dalla legge che disciplina le società per azioni: «*Se un'impresa dominante ed una o più imprese sono riunite sotto la direzione unitaria dell'impresa dominante, esse formano un gruppo [Konzern]. Le singole imprese sono parte del gruppo [Konzernunternehmen]. Le società legate da un contratto di dominio o nelle quali una è annessa all'altra devono essere considerate come riunite sotto una direzione unitaria [einheitliche Leitung]. Si presume che la società controllata formi un gruppo con l'impresa dominante*».

La definizione di impresa controllata è contenuta nel paragrafo precedente, in cui si legge che tutte le imprese facenti parte del gruppo sono giuridicamente autonome ma tutte sottoposte alla direzione unitaria esercitata dall'impresa dominante.

A questo proposito la giurisprudenza tedesca ha chiarito che «*per dimostrare che una società controllata da un'altra non forma un gruppo con questa ultima, è necessario dimostrare che in ciascuno degli ambiti essenziali della gestione le decisioni vengono prese senza l'influenza decisiva della presunta società controllante, ma sempre nell'interesse della società controllata*<sup>265</sup>.

Nella dottrina e giurisprudenza tedesca la distinzione tra *Vetragskonzerne* e *faktische Konzerne* è molto diffusa: nella prima categoria sono inclusi i gruppi contrattuali, formati da società legate tra loro da un contratto di dominio ovvero collegate le une alle altre ai sensi dei §§ 319 e 320 dell'AktG. Della seconda categoria, invece, fanno parte i gruppi di fatto, fondati su un rapporto contrattuale diverso dal contratto di dominio ovvero fondati su un rapporto contrattuale di fatto.

Ma anche nel sistema tedesco, così come in quello italiano, l'elemento caratterizzante del gruppo è la direzione unitaria esercitata dalla società capogruppo.

Tuttavia, in Germania la direzione unitaria non è sempre la necessaria, principale conseguenza del controllo o della dominazione di cui paragrafo 17 dell'AktG, perché si ritiene che tale concetto debba essere letto in stretta correlazione con i paragrafi 16 e 17 dell'AktG.<sup>266</sup>

Vale la pena ricordare, peraltro, che nella giurisprudenza tedesca il concetto di

---

<sup>264</sup> REINER, *Introduction dans la problématique de la responsabilité dans les groupes de sociétés en France et en Allemagne*, in *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung: Eine rechtsvergleichende Studie zum Schutz der Kapitalgesellschaft vor dem Missbrauch organschaftlicher Leitungsmacht*, Munich, 1995.

<sup>265</sup> Cfr. *ArbG Düsseldorf*, 11BV 184/08.03.03.2009.

<sup>266</sup> V.EMMERICK, *paragrafo 18 in Hemmerich/Habersak, Aktien – un GmbH-konzernrecht, Kommentar*, p.59.

direzione unitaria è stato associato a quello di pianificazione unitaria, sicché vi sarebbe un gruppo di società «se le società dominante e quella controllata sono caratterizzate dalle stesse politiche imprenditoriali in un settore determinante come, per esempio, gli acquisti, l'organizzazione, la gestione del personale o la vendita»<sup>267</sup>.

A ciò si aggiunge che in Germania «non si può parlare di gruppi solo qualora la società controllante, di fatto, non faccia uso della sua influenza sulla controllata, ovvero non vi sia alcuna coincidenza tra gli scopi sociali delle due imprese»<sup>268</sup>.

Nel 1937 il legislatore ha riconosciuto il *Konzern* come una agglomerato di imprese che perseguono lo stesso scopo economico tramite la direzione unitaria (*unter Leitung einheitlicher*). Questa innovazione feces sì che nell'ordinamento tedesco fosse riconosciuto il fenomeno del collegamento fra società soggette all'influenza dominante di una società controllante. A questo riconoscimento, però, non si accompagnò una disciplina esaustiva sulle conseguenze giuridiche del fenomeno (disciplina che fu introdotta solo con l'*Aktiengesetz* nel 1965).

Va detto che, ai sensi del § 15 dell'AktG, la formula "società collegate" (*verbundene Unternehmen*) può riferirsi a diverse fattispecie, delle quali il gruppo è la più significativa.

Il collegamento fra società, inoltre, equivale alla presunzione circa l'esistenza del gruppo, poiché in presenza di un collegamento potrebbe configurarsi il più volte citato "gruppo di fatto", che esiste indipendentemente dalla stipulazione di un contratto.

Oltre al gruppo di diritto e al gruppo di fatto, la legge tedesca disciplina poi (§ 319-327 dell'*Aktiengesetz*) il *Konzern* inteso come un insieme di "società concatenate" (*Gesellschaften eingegliederte*). È l'ipotesi in cui una società controlli un'altra società e questa ne controlli un'altra a sua volta e così via. L'unico limite alla possibilità di creare un simile collegamento si riferisce all'obbligo di rispettare l'ordine pubblico e di rendere conoscibile ai terzi la situazione patrimoniale delle società legate da questo vincolo. Qualcuno ha addirittura ipotizzato che, in un caso del genere, la società a capo della catena potrebbe essere considerata responsabile in via sussidiaria per i debiti delle società controllate<sup>269</sup>.

Tuttavia, secondo l'ordinamento tedesco, è – occorre ribadirlo – la direzione unitaria a determinare l'esistenza o no di un *Konzern*.

Nel gruppo di fatto, tuttavia, acquista rilevanza il concetto di influenza dominante (§ 311 AktG) che viene esercitata dalla controllante sulla società controllata.

Qualora la società controllata subisca un danno derivante dal rapporto intercorrente con la società controllante, essa potrà chiedere il risarcimento del danno.

---

<sup>267</sup> Cfr. *Landesarbeitsgericht Düsseldorf*, 7 TaBV 88/09, p. 87.

<sup>268</sup> Cfr. *Landesarbeitsgericht Düsseldorf*, 7 TaBV 88/09, p. 88.

<sup>269</sup> OLIVEIRA Jose Lamartine . *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 575.

Tale rimedio, tuttavia, non potrà limitarsi a ripristinare lo *status quo ante*; dovrà, anzi, consentire il ritorno ad un equilibrio economico che è stato rotto<sup>270</sup>.

Anche la disciplina sui gruppi di diritto prevede la possibilità per la società controllata di chiedere il risarcimento per i danni subiti a causa delle direttive della controllante. È preciso dovere della controllante, infatti, compensare la controllata per il pregiudizio derivante dall'esercizio della direzione unitaria, anche se questa trova fondamento in un accordo.

In questo modo il legislatore tedesco mira a compensare gli azionisti di minoranza della società controllata e i suoi creditori nell'eventualità in cui la direzione unitaria sia esercitata a esclusivo favore della controllante ma ai danni della controllata.

Nella visione di alcuni giuristi, i vantaggi derivanti dalla costituzione di un gruppo non rappresenterebbero una ragione sufficiente per compensare le perdite subite dalle società controllate e gli eventuali danni provocati ai soci di minoranza e ai creditori a causa dell'esercizio abusivo della direzione unitaria. Tuttavia a questa tesi se ne contrappone un'altra sulla quale ci si soffermerà nelle conclusioni di questo lavoro<sup>271</sup>.

## 8. Gruppi di società: un'analisi comparata

Guardando alla legislazione di diversi Stati europei, si riscontrano significative divergenze in merito alla disciplina dedicata ai gruppi.

In alcuni ordinamenti la regolamentazione del fenomeno è solo parziale o è del tutto assente. Si tratta in ogni caso di una libera scelta del legislatore.

Nel contesto internazionale non vi è accordo sulla necessità di una disciplina specifica in tema di gruppi, perché secondo alcuni essa rappresenterebbe una deroga ai principi generali del diritto societario.

Ciò nonostante, il modello tedesco è stato emulato, seppur in modo non uniforme, da Paesi come Brasile, Portogallo, Croazia, Slovenia, ecc<sup>272</sup>.

Di certo la Germania, per molto tempo, fu l'unico Paese dotato di una disciplina speciale sui gruppi di società. Era, quindi, inevitabile che tale ordinamento influenzasse le scelte legislative di altri Paesi, ispirando parziali riforme; altrettanto inevitabili, però, erano le difficoltà nel trovare un denominatore comune per la fattispecie di riferimento (ossia il gruppo) e le altre fattispecie ad essa connesse strutturalmente<sup>273</sup>.

---

<sup>270</sup> OLIVEIRA Jose Lamartine, *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 579-580.

<sup>271</sup> Secondo ALAIN HIRSCH, circa il 90% dei gruppi in Germania sono *di fatto*; cfr. *Expérience Allemande et Proposition de SAE*, p. 159; J. ANTUNES. *I gruppi di società*. p. 177, nota 340.

<sup>272</sup> Cfr. *Forum Europaeum sul diritto dei gruppi di società. Un diritto dei gruppi di società per l'Europa*, in Riv. soc., 2001, I, p. 348, nt. 30-33; Pirras. *I gruppi di società nel diritto tedesco e brasiliano*. AA.VV. *I gruppi di società*, a cura di Pavone la Rosa, Bologna, 1982, p. 239 e ss

Il fenomeno, in Francia, è stato oggetto di studio per lungo tempo, tanto da condurre, dopo l'elaborazione di diversi progetti di legge (i più rilevanti presentati nel 1970 e poi nel 1974) all'entrata in vigore di una disciplina sostanzialmente in linea con quella di altre Paesi<sup>274</sup>.

Una delle caratteristiche peculiari della disciplina francese sui gruppi è la tutela dei azionisti esterni: atteso che la controllata può subire delle perdite adeguandosi alla politica di gruppo, «se la maggioranza che possiede il controllo trova una compensazione efficace del pregiudizio subito nel maggior vantaggio conseguito dal gruppo, gli azionisti esterni rimangono esposti a questo sacrificio»<sup>275</sup>.

Nell'ordinamento francese si riscontra, peraltro, una tendenziale avversione a un modello rigido di disciplina del gruppo, considerato che la giurisprudenza ha avuto un ruolo decisivo nel delineare le nozioni di controllo e di abuso<sup>276</sup>.

Il Portogallo, invece, è stato il terzo Paese al mondo ad elaborare una regolamentazione organica dei gruppi con l'emanazione del codice di commercio del 1986 che ha permesso al fenomeno di trovare un riconoscimento sul piano legislativo<sup>277</sup>.

## 9. Il gruppo di società nel contesto internazionale

Per quanto riguarda la nozione di gruppo di società, occorre partire dalla raccomandazione che il *Forum Europaeum* aveva diffuso a beneficio degli organi comunitari, legittimando il funzionamento del gruppo in base ai seguenti presupposti: «[I]l gruppo è strutturato in modo equilibrato e stabile; la società del gruppo è inserita in una politica coerente e stabile; gli amministratori possono ragionevolmente ritenere che i pregiudizi (in particolare quelli relativi alla privazione di opportunità di affari) vengano compensati da vantaggi entro un periodo di tempo prevedibile»<sup>278</sup>.

A questo proposito il Consiglio Economico e Sociale dell'ONU aveva anche formulato una proposta per la creazione di un codice di comportamento delle società multinazionali, dove queste sono definite come «imprese, quale che ne sia il paese d'origine o la forma di proprietà, sia che si tratti di imprese private o pubbliche o miste,

<sup>273</sup> PASQUARIELLO. *Il recesso nei gruppi di società*.p. 55.

<sup>274</sup> Duculoux-Favard, *La SARL francese e la GmbH tedesca; profili di comparazione*, in Contr. Impr., 2000, p. 727. Si ricordi anche lo studio di Guyenot, *Les groupes de sociétés*, in Riv. soc.,1974, p. 25

<sup>275</sup> PASQUARIELLO. *Il recesso nei gruppi di società*. p.66.

<sup>276</sup> PASQUARIELLO. *Il recesso nei gruppi di società*. p.67.

<sup>277</sup> *The Law of Affiliated Companies in Portugal*. *Rivista Delle Società*: a cura di Ariberto Mignoli e Guido Rossi. *Atti del Convegno Internazionale di Studi*. Venezia, 16-17-18 novembre 1995, v.1, Milano: Giuffrè, 1996, p. 357; Sul tema anche J. ANTUNES. *The Law of Affiliated Companies in Portugal*, p. 383-387; e *I Gruppi di Società*, Almedina. Lisbona. p. 911- 912.

<sup>278</sup> *Corporate Group Law for Europe*, in Riv. soc., 2001, p. 340 ss.

che sono composte di entità economiche operanti in due o più paesi, quali che siano la struttura giuridica o il settore di attività di queste entità, secondo un sistema di adozione delle decisioni (in uno o più centri) che permette l'elaborazione di politiche coerenti e di una strategia comune, facenti capo ad uno o più centri decisionali, all'interno dei quali queste entità sono vincolate, per vincoli di proprietà o altro genere, in modo tale che una o più di esse possano esercitare una rilevante influenza sulle attività delle altre e, in particolare, mettere in comune con queste altre entità informazioni, risorse e responsabilità»<sup>279</sup>.

Di certo l'esigenza di una disciplina del fenomeno gruppo di società è avvertita non solo a livello nazionale, bensì globale, principalmente perché i gruppi sono diventati la forma organizzativa prescelta dalle grandi società multinazionali.

Questa frammentazione geografica del fenomeno gruppo avrebbe dato origine, secondo la dottrina, a una nuova *lex mercatoria*, perché «le condizioni generali di contratto da praticare nei sei continenti vengono predisposte dalla società madre e trasmesse alle società figlie con una precisa raccomandazione e con un tassativo divieto: la raccomandazione è che ne sia fatta *in loco* una mera traslazione linguistica; il divieto è che ne sia evitato ogni adattamento al diritto locale. Si vuole con ciò garantire al massimo grado l'uniformità della contrattazione, quale che sia il luogo della stipulazione del contratto, ossia l'uniforme attuazione della politica aziendale del gruppo»<sup>280</sup>.

Pertanto, secondo parte della dottrina, l'origine del fenomeno del gruppo andrebbe ricercata nelle dinamiche dei processi economici globali, al di fuori dei confini dello Stato<sup>281</sup>.

Si potrebbe pensare, allora, la disciplina di cui si sono dotati i vari ordinamenti nazionali costituisca un'opzione per lo sviluppo economico<sup>282</sup>.

Tuttavia è importante sottolineare che lo Stato dovrebbe compiere una scelta competitiva ed efficiente in direzione di «una disciplina che possa ridurre i casi patologici dell'utilizzazione del gruppo e la prospettiva soltanto negativa di esso come “fattore di giustificazione” ovvero “fattore di frode”; per svilupparne invece la dimensione positiva, che consente alle imprese di diversificarsi e di assumere

---

<sup>279</sup> GALGANO, *I gruppi di società*, Milano, 2001, p. 283 ss.

<sup>280</sup> GALGANO, *I gruppi* cit., p. 6

<sup>281</sup> In questo senso: “La globalizzazione non è l'esito di un conflitto fra Stati. Bisogna subito dire che la realtà contraddice, o quanto meno rende non più attuale, l'arcaica filosofia dell'imperialismo, che attribuiva alle Grandi Potenze la funzione di spianare alle imprese nazionali la strada per la conquista dei mercati mondiali. Si può oggi dominare il mercato mondiale senza avere alle spalle una grande potenza militare e neppure una significativa potenza politica. Le transnazionali possono fare a meno dell'una, come dell'altra; hanno se stesse la forza che le spinge alla conquista dei mercati mondiali; F. Galgano, *Direzione e coordinamento* cit., p.15.

<sup>282</sup> GALGANO F., *Direzione e coordinamento* cit., p. 18.

dimensioni idonee a competere sul mercato globale»<sup>283</sup>.

È indubbio, peraltro, che a questione abbia anche una valenza politica: i benefici che l'attività di un gruppo può produrre sono rilevanti almeno quanto i danni che esso può provocare all'ambiente, alle economie nazionali, e così via.

---

<sup>283</sup> v. FLICK, *Gli obbiettivi della Commissione per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2000, p. 11, sul presupposto che: “[il gruppo] ha un valore in linea di principio positivo, come affermato dalla Relazione al D.Lgs. n. 6 del 2003”, in *Riv. soc.*, 2003, p. 129 ss.

# CAPITOLO IV : I GRUPPI DI SOCIETÀ IN ITALIA E IN BRASILE

## 1. La nascita dei gruppi di società in Italia

La nascita del gruppo di società in Italia si può far risalire agli inizi degli anni Trenta, quando la crisi economica obbligò lo Stato italiano a creare l'Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI), cui fu affidato il risanamento dell'economia italiana<sup>284</sup>.

In particolare, all'IRI furono trasferite le partecipazioni possedute in quel momento dalle tre maggiori banche italiane (la Banca Commerciale Italiana, il Credito Italiano e il Banco di Roma); tale operazione costituì la più grande riallocazione di partecipazioni di controllo mai avvenuta in Italia, perché l'IRI divenne proprietario del 40 % del capitale delle imprese italiane esistenti in quel preciso momento storico<sup>285</sup>.

Si può affermare, quindi, che il r.d. 13 novembre 1931, n. 1434 rappresentò il primo intervento legislativo sul fenomeno dei gruppi.

In ogni caso il problema della definizione e della conseguente concettualizzazione del fenomeno dei gruppi di società già si era stato imposto all'attenzione della dottrina nel corso degli anni Trenta, divenendo presto oggetto di un acceso dibattito<sup>286</sup>.

Il problema era già presente anche al legislatore italiano quando, nel 1942, fu

---

<sup>284</sup> JAEGER, *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. comm.*, 1994, p. 476; Conti, *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv.trim.*, 1995, p. 436, che afferma: *l'incentivazione del fenomeno dei gruppi è presso di noi fatto relativamente recente: un particolare sviluppo fu provocato soltanto negli anni '60 dalla politica di incentivazione del CIPE e nell'ambito di essa allo scopo di ottenere finanziamenti agevolati; mentre negli anni '70 causa dell'espansione dei gruppi fu la politica tributaria, favorevole al debito rispetto al capitale e volta quindi ad incoraggiare la proliferazione di persone interposte e la conservazione di società con perdite di bilancio pur se strategicamente inutili.*

<sup>285</sup> ZATTONI, *Corporate governance*, p. 227-228

<sup>286</sup> In questo senso consultare: Abbadessa, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società* a cura di Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 104, che richiama gli scritti di C. Vivante, *La riforma delle società anonime: le società a catena*, in *Rivista bancaria*, 1931, 150 ss.; Id., *Contributo alla riforma delle società anonime*, in *Rivista di diritto commerciale*, XXXII, 1934, I, 326 ss.; Id., *Le società finanziarie (holdings) e la loro responsabilità*, in *Banca borsa e titoli di credito*, II, 1935, I, ss.; Id., *Società a catena (holdings)*, in *Nuovo digesto italiano*, XII, 1, Torino, 1940, 383 ss.; F. Messineo, *Le società di commercio «collegate»*, Padova, 1932; V. Salandra, *Il progetto Vivante per la riforma delle anonime e le società di partecipazione*, in *Riv. dir. comm.*, XXXII, 1934, I, 747 ss.; E. Soprano, *Sul progetto Vivante per la riforma delle società anonime*, in *Foro it.*, LXI, 1936, IV, cc. 73 ss.; T. Ascarelli, *Problemi preliminari sulla riforma delle società anonime*, in *Foro it.*, LXI, 1936, IV, cc. 29 ss.

emanato il codice civile: nella Relazione si legge, infatti, che «il raggruppamento di varie società attorno ad una che le controlla è fenomeno che corrisponde tipicamente agli orientamenti della moderna economia organizzata. Si tratta infatti quasi sempre della manifestazione del crescente sviluppo di un nucleo produttivo iniziale che si integra dando vita ad altre attività sussidiarie e collaterali, alle quali, per ragioni di razionale organizzazione, meglio conviene una gestione autonoma. I rapporti fra le società del gruppo che in tal modo si forma rappresentano dunque, in definitiva, un vantaggio per la produzione, mentre pongono al riparo le nuove società, che sorgono intorno alla madre, da eventuali difficoltà finanziarie, pur lasciando alle medesime la necessaria autonomia con la conseguente responsabilità degli uomini – normalmente tecnici specializzati – che ne sono a capo. [...] Il pericolo insito in questi raggruppamenti di imprese non sta nel loro funzionamento, ma può sorgere dalla formazione di capitale»<sup>287</sup>.

Il silenzio del codice civile del 1942 sui gruppi fu il frutto di una precisa scelta del legislatore del 1942. Una disciplina organica sul punto entrò in vigore in Italia solo con la riforma delle società di capitali del 2003 (attuata con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6). Tale disciplina è dettata dal codice civile agli artt. 2497-2497-*septies*, che non prevedono, tuttavia, una definizione generale di gruppo. Secondo la dottrina italiana, infatti, il gruppo «non è una realtà creata dal diritto, ma è invece una realtà da esso trovata, e della quale prendere in considerazione quegli specifici aspetti, in primo luogo la direzione e coordinamento di una società o di un ente su altre società, sui quali intervenire con norme protettive degli interessi che possono risultare pregiudicati»<sup>288</sup>.

Anche il capitalismo italiano è stato interessato da un'elevata diffusione del gruppo come forma organizzativa dell'attività d'impresa. Tuttavia l'economia italiana si differenzia da quella di altri paesi per il fatto che essa è guidata in buona parte da società a base familiare chiamati poste a capo di gruppi piramidali.

I gruppi piramidali hanno, quindi, rappresentato lo strumento legale per consentire alle maggiori dinastie imprenditoriali di raccogliere i finanziamenti necessari ad ampliare l'attività del gruppo senza perdere la posizione di controllo<sup>289</sup>.

## **2. La definizione dei gruppi di società in Italia: l'approccio fenomenologico del legislatore**

Non esiste nell'ordinamento giuridico italiano, come in quello brasiliano, una definizione generale di gruppo di società<sup>290</sup>: in entrambi gli ordinamenti, il legislatore ha

<sup>287</sup> PIRAS A., *I gruppi di società nel diritto tedesco e brasiliano*, in *I gruppi*, p. 245

<sup>288</sup> ROSSI G., *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 1152, che richiama il pensiero di Max Weber: «la disciplina del capitalismo è più appannaggio del diritto elaborato dai giudici (il judge-made law) che non di quello dettato dai legislatori».

<sup>289</sup> ZATTONI, *Corporate governance* cit., p. 280 ss.

<sup>290</sup> Cfr. A. JORIO, *I gruppi*, in *La riforma delle società di capitali*, a cura di Ambrosiani, Torino, 2003, p. 195 ss., G.B. Portale, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr.*

preferito non cristallizzare il fenomeno, frutto dell'inventiva imprenditoriale<sup>291</sup>, in una fattispecie legale tipica, con la conseguente evoluzione.

Il legislatore italiano, in particolare, ha preferito non utilizzare il termine "gruppo", optando per il ricorso alla formula "attività di direzione e coordinamento".

Si è osservato che il legislatore della riforma, nel delineare la disciplina sull'esercizio di questa attività, avrebbe adottato una prospettiva negativa, muovendo dall'ipotesi sancita dall'art. 2497 c.c., che prevede la responsabilità della capogruppo per abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, e non da una definizione del fenomeno in discorso.

Una parte della dottrina ha ipotizzato che la mancanza di una definizione generale sarebbe dovuta alla constatazione che il fenomeno non rappresenta una creazione del legislatore, al contrario della società per azioni, ma è frutto dell'inventiva imprenditoriale e della combinazione fra due delle più generali categorie che l'ordinamento giuridico conosca: «la prima è l'autonomia contrattuale, in forza della quale una società può acquistare sul mercato azioni di altre società, fino a conseguirne il controllo, maggioritario o totalitario, oppure può costituire altre società sottoscrivendone la maggioranza o la totalità delle azioni. La seconda categoria è il diritto di proprietà: la società che ha acquistato o sottoscritto le azioni di altre società esercita sulle azioni acquistate o sottoscritte la facoltà di goderne o di disporne che il diritto di proprietà le attribuisce, e a questo modo consegue sulle altre società una influenza dominante che la rende strumento della propria azione»<sup>292</sup>.

---

*Giur.*, 2003, p. 147.

<sup>291</sup> Il pensiero non sta pacificamente condiviso nella dottrina italiana: Mazzoni A. – Regoli, *Direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2002, p.1506; S. Maccarone, *Riforma delle società e banche*, in *La riforma del diritto societario e le banche, Nuovi modelli, nuovi strumenti: opportunità e criticità*, Roma, 2003, p.59 ss.; In questo senso: Tombari, *Gruppi e diritto societario: profili metodologici, individuazione del problema e tecniche di ricostruzione della disciplina*, ; *I gruppi di società, Atti del convegno internazionale di studi*, Rivista delle Società, Venezia 16-17-18 novembre 1995, II, Milano, 1996, 1075, critica la scelta legislativa di non definire il gruppo ma dettarne una soluzione per questo problema: "l'identificazione delle caratteristiche giuridiche del fenomeno e l'individuazione dei problemi non sono due processi autonomi, essendo il primo un necessario presupposto dell'altro". A favore della scelta normativa: P.G. Jaeger, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in Aa.Vv., *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi cit., 1425 ss., il quale, afferma che "di fronte ad un ordine di problemi così vasto ed omogeneo, di fronte a situazioni di interessi in conflitto così articolate e contraddittorie, un legislatore che si ponesse ad obiettivo la 'reductio ad unum' di tutti i fenomeni pratici che si riconducono ai gruppi di società e di imprese, apparirebbe, prima che ambizioso, folle, e i suoi tentativi sarebbero votati al più sicuro insuccesso"; Rossi G., *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *Riv. soc.*, 1995, p.1132, che osserva la difficoltà per avere una definizione di gruppo, ma anche quella di "ridurre a modello unitario una realtà che si mostra così magmatica e multiforme, sicché tale tentativo può risultare opera non solo inutile, ma fors'anche completamente fallace e velleitaria"; anche Montalenti P., *Conflitto d'interesse nei gruppi di società e teorie dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 170 ss.; Id., *Il conflitto d'interessi nella riforma del diritto societario*, in AA.VV., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p.197 ss.; Carano C., *Responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 429 ss.

<sup>292</sup> GALGANO F., *Direzione e coordinamento di società*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 2005.

La scelta legislativa italiana di non fornire una definizione di gruppo è stata recepita anche a livello comunitario con il regolamento CE n. 1346/2000 del 29 maggio 2000 in tema di procedure d'insolvenza<sup>293</sup>.

Il gruppo, tuttavia, è da tempo oggetto di riflessione nella comunità scientifica, perché con la creazione dei gruppi il diritto delle società è uscito dall'era atomica per entrare in quella molecolare<sup>294</sup>.

Possiamo affermare che la scelta del legislatore italiano di adottare un approccio dichiaratamente fenomenologico sia stata ispirata dalla necessità di creare uno strumento giuridico utile a trovare una soluzione al principale problema che l'esistenza del gruppo pone, ossia, in Italia ma anche in Brasile, la composizione dell'antinomia tra l'unità sul piano economico del gruppo e il beneficio della separazione soggettiva, sotto il profilo giuridico, fra i diversi centri d'imputazione che sono le società facenti parte del gruppo.

### 3. La disciplina sui gruppi e gli obiettivi del legislatore

I principi e i criteri direttivi alla base della nuova disciplina italiana in tema di gruppi sono dettati dall'art. 10 della legge 3 ottobre 2001 n. 366.

Tale disciplina rappresenta per l'ordinamento italiano una vera novità: prima di allora non esistevano norme che disciplinassero in modo organico il fenomeno.

Vi erano solamente norme relative al controllo (più precisamente, l'art. 2359 c.c.), alcune disposizioni sul bilancio consolidato contenute nel D.Lgs. 9 aprile 1991, n.

---

<sup>293</sup> Terranova G.- Mangano R., *Le procedure d'insolvenza*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di S. Mazzamuto e C. Castronovo, Milano, 2007, par. 5. Si sono pronunciati in senso favorevole ad una definizione legislativa del gruppo: Mazzoni A. e Regoli, *Direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, Milano, 2002, p. 1506; Tombari U., *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in P. Benazzo, S. Patriarca, G. Presti, *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, p. 237 ss.; A. Bassi, in *La Riforma del diritto societario*, a cura di Buonocore V., Torino, 2003, p. 199 ss.; Guizzi G., in AA.VV., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, p. 246 ss.

<sup>294</sup> D'ALESSANDRO F., *Il diritto delle società dai «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, in *Foro it.*, 1988, Di Sabato, *concentrazioni e gruppi nel diritto interno*, in *Giur. comm.*, 1984, p. 538, il quale, ha precisato che *“il passaggio dall'era atomica a quella molecolare è un passaggio che non determina una mera modificazione delle strutture societarie, ma la loro metamorfosi in qualche cosa, appunto, di casualmente diverso: con l'appartenenza a un gruppo, le società (non solo le controllate, ma anche la controllante, che anche l'interesse della controllante può dover essere sacrificato a quello di altra componente del gruppo) cessano di essere società”*. Secondo Piras, *I gruppi nel diritto tedesco e brasiliano cit.*, p. 245 ss: *“sarebbe peraltro vano volere ad ogni costo ricondurre l'ordinamento delle società per azioni negli schemi classici, perché ciò significherebbe andare contro i tempi”*. Ancora su questo argomento v. F. d'Alessandro, ha affermato che già la sentenza del Tribunale di Genova, 14 agosto 1934, sulla capogruppo sottolinea che: *“Tra le società collegate da identità o affinità di scopi ve n'è una che, come astro maggiore, illumina guida sorregge le unità minori che svolgono l'attività a guisa di satelliti ... la società dominata svolge ed intreccia con le società di comodo rapporti di ordine contabile, economico e giuridico in virtù dei quali tende a consolidare la sua posizione di preminenza e ad attrarre nell'ambito delle sue vedute, dei suoi interessi, delle sue vicende di sviluppo le società emancipi per influenzarne il funzionamento e plasmarle a propria immagine e somiglianza”*.

127, gli artt. 60 ss. del Testo Unico Bancario e anche alcune disposizioni sull'amministrazione straordinaria delle imprese in stato d'insolvenza dettate dal D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270. Non erano, tuttavia, mancati tentativi, da parte della dottrina e della giurisprudenza di dare un fondamento alla responsabilità della capogruppo.

A mancare, soprattutto, erano norme che contemplassero strumenti a tutela dei soci e dei creditori delle società controllate contro gli abusi di potere della controllante.

Con la riforma del diritto societario il legislatore italiano intendeva, quindi, predisporre uno statuto speciale dei e per i gruppi<sup>295</sup>, enunciando principi e criteri direttivi che, se correttamente sviluppati, avrebbero potuto finalmente dare forma a una disciplina avvertita come necessaria su ogni aspetto di questo fenomeno (formazione, organizzazione, funzionamento, elementi costitutivi).

L'art. 10 della l. 366/2001, tuttavia, non faceva cenno alla responsabilità della *holding*, limitandosi a «disciplinare i gruppi di società secondo i principi di trasparenza e di contemperamento degli interessi coinvolti» (art. 2, lett. *h*), legge 366/2002), in modo da «assicurare che l'attività di direzione e coordinamento contemperino adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime» (art. 10, lett. *a*) e richiedendo, inoltre, «adeguate forme di tutela al socio al momento dell'ingresso e dell'uscita della società dal gruppo», l'obbligo di motivare «le decisioni conseguenti ad una valutazione dell'interesse del gruppo» e «forme di pubblicità dell'appartenenza al gruppo»(art. 10, lett. *b, c, d*).

Il silenzio del legislatore sul tema della responsabilità fu evidenziato come «la più vistosa lacuna della nuova disciplina dei gruppi»; secondo la dottrina, infatti, «il definitivo riconoscimento della titolarità in capo agli amministratori della *holding* di un potere-dovere di influenza nella gestione delle singole società del gruppo dovrebbe [...] tradursi nel riconoscimento di una loro responsabilità contrattuale per negligente esercizio della stessa»<sup>296</sup>. Tali indicazioni furono poi recepite in sede di redazione del decreto legislativo n. 6/2003.

I primi commentatori della nuova disciplina osservarono che essa «riequilibra e corregge il possibile scollamento fra la realtà economico dell'unicità imprenditoriale e la realtà formale dell'autonomia delle società controllate, imputando all'artefice della gestione unitaria gli effetti delle azioni che abbiano indebitamente travalicato gli schemi societari»<sup>297</sup>.

Come abbiamo già detto, nel testo della legge manca qualunque definizione

---

<sup>295</sup> ROSSI G., *La riforma del diritto societario nel quadro comunitario e internazionale*, in *La riforma del diritto societario*, p. 23.

<sup>296</sup> ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, p. 623; MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, p. 628.

<sup>297</sup> A. CONFALONIERI, VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, 2150 ss.

generale di gruppo. Due sono le ragioni che sembrano aver ispirato questa scelta: «è chiaro che da un lato le innumerevoli definizioni di gruppo esistenti nella normativa ad 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»<sup>298</sup>.

Fulcro della nuova disciplina è pertanto l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

Il compito di definire il contenuto dell'attività di direzione e coordinamento è stato però demandato dal legislatore all'interprete; come affermato in alcune occasioni dalla giurisprudenza italiana, tuttavia, l'essenza di tale attività potrebbe essere individuata in presenza di un collegamento organizzativo fra più unità produttive, allo scopo di una migliore attuazione degli obiettivi perseguiti dal complesso delle imprese coinvolte<sup>299</sup>.

#### **4. La teoria del collegamento negoziale nel contesto dei gruppi di società**

Secondo la dottrina civilistica, due o più contratti sono collegati quando fra di essi sussiste un nesso di interdipendenza, nel senso che le sorti di uno influenzano le sorti dell'altro in termini di validità ed efficacia contrattuale<sup>300</sup>.

Si può parlare, inoltre, di collegamento volontario qualora le parti intendano subordinare la sorte di un contratto a quella dell'altro. E ancora, si può distinguere fra collegamento funzionale (nel caso in cui vari rapporti negoziali siano diretti a realizzare un fine unitario) e genetico (qualora la stipulazione di un contratto influisca sulla stipulazione di un altro o di altri contratti)<sup>301</sup>.

In relazione al profilo causale, va precisato che ciascuno dei contratti collegati mantiene una propria causa distinta da quelle degli altri; allo stesso tempo, però, tutti i contratti, unitariamente considerati, sono diretti a realizzare uno scopo comune: essendo il collegamento preordinato alla realizzazione di una specifica operazione, lo scopo unitario fa sì che gli effetti delle vicende relative a uno dei contratti si comunichino anche agli altri.

Per queste ragioni, parte della dottrina italiana ha ritenuto riconducibile allo

---

<sup>298</sup> Codice civile italiano. Riscritto dal Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 (aggiornato con d. lgs 06/02/04, n. 37, d. lgs 28 dicembre 2004, n. 310 e Legge 28/12/2005, n. 262. Consultato [http://www.universocoop.it/codice/art\\_2497](http://www.universocoop.it/codice/art_2497). in 11/01/2016.

<sup>299</sup> Cass., 21.01.1999, n. 521, in *Società*, 1999, p. 428; Trib. Milano, 22.01.2001, in *Fallimento*, 2001, p. 1143.

<sup>300</sup> BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2000, p. 481.

<sup>301</sup> BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2000, p. 481 ss

schema del collegamento negoziale la fattispecie del gruppo di società<sup>302</sup>.

Tale conclusione muove dalla constatazione che la società è un contratto plurilaterale con comunione di scopo tramite il quale «due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili» (art. 2247 c.c.).

Il gruppo di società, invece, come si è già detto, è costituito da una pluralità di società formalmente autonome e indipendenti l'una dall'altra ma assoggettate a direzione unitaria per il perseguimento di uno scopo comune.

Questi elementi consentirebbero di ricondurre il fenomeno del gruppo alla fattispecie del collegamento contrattuale: i vari contratti di società, pur conservando la propria autonomia causale e strutturale, si presenterebbero economicamente coordinati tra loro per il raggiungimento di uno scopo unitario, cioè lo scopo del gruppo complessivamente considerato.

Secondo l'orientamento in esame, inoltre, una volta accertato l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, sarebbe automaticamente dimostrata anche l'esistenza di un collegamento negoziale fra le società appartenenti al gruppo. Non sarebbe necessario, in altre parole, indagare sulla effettiva volontà di istituire tale collegamento perché la soggezione all'attività di direzione e coordinamento della società capogruppo sarebbe già in sé espressione di tale volontà.

Si tratta di una tesi indubbiamente suggestiva che è stato però criticata da buona parte della dottrina italiana, secondo cui non sarebbe possibile ravvisare fra le società facenti parte di uno stesso gruppo un nesso così stretto.

Come si cercherà di dimostrare nell'ultimo capitolo di questo lavoro, tuttavia, la tesi qui brevemente illustrata potrebbe fornire una possibile soluzione al problema oggetto della presente ricerca.

## **5. L'attività di direzione e coordinamento: la disciplina vigente**

Prima della riforma del diritto societario, la nozione di direzione e coordinamento non era del tutto sconosciuta all'ordinamento italiano: tale formula era già stata utilizzata, per esempio nel Testo Unico Bancario all'art. 61.

Inoltre la formula «direzione unitaria» era comparsa all'art. 3 D.L. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito con L. 3 aprile 1979, n. 95, e successivamente all'art.90 del D. Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, che aveva stabilito la nuova disciplina sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

Si tratta, in entrambi i casi, di norme che hanno svolto un importante ruolo

---

<sup>302</sup> G. OPPO, *I contratti parasociali*, Milano, 1942, p. 78; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in G. Alpa e M. Bessone, *I contratti in generale*, III, in *Giur. Sist. Dir. Civ. e comm.*, diretta da Bigiavi, Torino, 1991, p. 616. S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 305, Milano, 2007, p. 19 ss.

nell'individuazione della fattispecie del gruppo di società, rispetto al quale, prima della riforma del 2003, la dottrina e la giurisprudenza si dividevano in due contrapposti orientamenti: da una parte vi era chi riteneva che condizione necessaria per l'esistenza del gruppo fosse semplicemente il controllo; dall'altra vi era chi riteneva, invece, che prerequisito indispensabile per dimostrare l'esistenza di un gruppo fosse l'esercizio della direzione unitaria<sup>303</sup>.

Il legislatore italiano della riforma ha aderito alla seconda linea di pensiero, ritenendo che fondare la disciplina dei gruppi sulla nozione di controllo avrebbe implicato una grande incertezza<sup>304</sup>.

## 6. La nozione di “direzione e coordinamento”

Per quanto riguarda il significato dell'espressione «direzione e coordinamento», essa si riferisce all'attività di governo del gruppo esercitata dalla società *holding*.

Ciò non toglie che la stessa attività possa essere esercitata da più società collocate in posizione di dominio e in grado di coordinare le proprie direttive al fine di impartire un indirizzo preciso all'attività del gruppo<sup>305</sup>.

Parte della dottrina italiana sostiene che la direzione unitaria consista «nel potere di una società di dirigere e coordinare altre società secondo un progetto unitario»<sup>306</sup>.

Più nel dettaglio, l'attività di direzione può essere definita 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»<sup>307</sup>.

Per quanto riguarda il coordinamento, invece, esso consisterebbe in una modalità di esercizio della direzione unitaria. Più esattamente, esso equivarrebbe ad un'attività diretta a collegare la direzione di tutte le società del gruppo e ad armonizzare le singole operazioni<sup>308</sup>.

Si potrebbe, quindi, dire che esercitare l'attività di coordinamento comporta

---

<sup>303</sup> RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999, p.122 ss.

<sup>304</sup> DAL SOGLIO P., Commento all'art. 2497 c.c., in *Il nuovo diritto delle società*, sub art. 2497, a cura di A. Maffei Alberti, III, Padova, 2005, p. 2305.

<sup>305</sup> P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, sub art. 2497, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, p. 2302 ss.

<sup>306</sup> U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997, p. 56.

<sup>307</sup> P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Torino, 2011, p. 226

realizzare un sistema di sinergie tra diverse società del gruppo nel quadro di una politica strategica complessiva.

In ogni caso è importante sottolineare che l'attività di direzione e coordinamento è un'attività che non può limitarsi ad un unico atto, perché l'art. 2497-*bis* c.c. stabilisce che la società eterodiretta «deve indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta negli atti e nella corrispondenza». Essa è inoltre tenuta ad iscriversi presso un'apposita sezione del registro delle imprese e «deve esporre in apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente che esercita su di essa l'attività di direzione e coordinamento». Infine, «gli amministratori devono indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati».

Si tratta, dunque, di un'attività di carattere meritevole di essere resa nota a terzi, a prescindere dai singoli atti di gestione che ne subiscono l'influenza<sup>309</sup>.

A ciò si aggiunge che, secondo l'art. 2497-*ter* c.c., gli amministratori della società eterodiretta devono dare conto, nella relazione sulla gestione, delle decisioni influenzate dall'attività di direzione e coordinamento. Tali decisioni, ai sensi dell'articolo in esame, «debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione».

## 7. Clausole generali e attività di direzione e coordinamento

Si è osservato che la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento si fonda su una serie di clausole generali che devono essere interpretate grazie all'opera della dottrina e della giurisprudenza<sup>310</sup>.

In questa prospettiva particolarmente rilevante è il dettato dell'art. 2497 c.c., che sancisce la responsabilità delle società o degli enti a capo del gruppo nel caso in cui questi agiscano «nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale». La stessa norma stabilisce, inoltre che «[n]on 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» Sembra, dunque, che la responsabilità della società (o dell'ente) *holding* possa sorgere solo nel caso in cui l'attività di direzione e coordinamento miri a soddisfare un interesse di natura imprenditoriale, e non un interesse di qualsiasi natura.

<sup>308</sup> V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2003, p. 390 ss.

<sup>309</sup> A. CONFALONIERI, VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, p. 2150 ss.

<sup>310</sup> GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. e impresa*, 2002, p.1039 ss

In un primo momento, su questo tema, la dottrina italiana aveva prospettato un'interpretazione estensiva della clausola, che permettesse di censurare l'agire nell'interesse proprio o altrui di qualunque natura<sup>311</sup>; successivamente, tuttavia, si è giunti all'opposta conclusione, propendendo per un'interpretazione letterale che consentisse di sanzionare esclusivamente l'agire nell'interesse proprio o altrui di carattere imprenditoriale.

Secondo la tesi che ha prevalso, infatti, agire per soddisfare interessi di natura non imprenditoriale è una condotta che esula dall'ambito di applicazione dell'art. 2497, in quanto configurerebbe una violazione più grave di quelle previste dalla disposizione in esame, cioè passibile di una sanzione più grave rispetto alla responsabilità sancita dall'art. 2497 c.c.

In secondo luogo, si è ritenuto che il meccanismo di compensazione previsto dall'art. 2497, comma 1. c. c., non potrebbe operare se l'interesse di cui si tratta non fosse di natura imprenditoriale<sup>312</sup>.

Per quanto riguarda, poi, il riferimento alla violazione dei «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale», sembra ragionevole pensare che la norma alluda all'ipotesi in cui l'attività di direzione e coordinamento sia esercitata non rispettando i principi di corretta gestione societaria né tanto meno i principi di corretta gestione imprenditoriale: dalla violazione di una sola categoria dei principi menzionati dalla norma non scaturirebbe la tutela risarcitoria di cui all'art. 2497 c.c.<sup>313</sup>.

In merito alla clausola in esame ci si è inoltre chiesti se la responsabilità derivante da una scorretta gestione differisca in qualche modo da quella derivante da una gestione negligente<sup>314</sup>.

In ogni caso la previsione secondo cui l'attività di direzione e coordinamento dovrebbe essere svolta nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale sembra legittimare la conclusione che la responsabilità derivante dall'abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento possa essere qualificata come responsabilità contrattuale.

Dall'esame della seconda delle clausole generali sopra indicate, e cioè il riferimento ai vantaggi compensativi e al «risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento», si potrebbe, poi, evincere che il meccanismo compensativo debba operare tra situazioni in ogni caso riconducibili alla società soggetta ad attività di

---

<sup>311</sup> CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, p. 336.

<sup>312</sup> CARIELLO V., *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Società di capitali*, Vol. III, Napoli, 2004, p. 1863 ss.

<sup>313</sup> CARIELLO V., *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Società di capitali*, Vol. III, Napoli, 2004, p. 1864 ss.

<sup>314</sup> RESCIGNO M., *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, p. 334.

direzione e coordinamento. Pertanto, un atto pregiudizievole e il vantaggio compensativo derivante dalla direzione unitaria dovrebbero riguardare la stessa società figlia<sup>315</sup>.

In un'ipotesi del genere, dunque, si dovrà «valutare se nel periodo intercorrente tra il verificarsi dell'evento lesivo e l'esperimento in concreto del rimedio risarcitorio da parte del soggetto legittimato la responsabilità non sia configurabile qualora il danno risulti mancante»<sup>316</sup>.

## 8. I soggetti responsabili

In merito all'individuazione dei soggetti responsabili per abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, in un primo momento il legislatore si era espresso nel senso che tale responsabilità potesse essere ascritta a qualunque soggetto (persona fisica, ente o società) «esercitasse a qualunque titolo l'attività di direzione e coordinamento»<sup>317</sup>.

In altre parole, secondo il legislatore italiano a capo del gruppo avrebbe potuto trovarsi sia una società sia una persona fisica, soggette al medesimo regime di responsabilità in virtù della tipologia di attività svolta e delle modalità operative con che caratterizzano tale attività<sup>318</sup>.

Il decreto legislativo, tuttavia, ha modificato in misura considerevole il dettato della norma originaria, riducendone la portata: il termine «chi» è stato sostituito dalla formula «le società o gli enti» ed è stato eliminato l'inciso «a qualunque titolo», ritenuto superfluo dal legislatore a fronte dell'ampio tenore del sintagma «direzione e coordinamento»<sup>319</sup>.

Secondo parte della dottrina italiana l'esclusione delle persone fisiche dal novero dei soggetti che potrebbero essere ritenuti responsabili per l'attività di direzione e coordinamento si tradurrebbe in un indebito privilegio, soprattutto se si considera il fenomeno delle *holding personali* ed in generale la diffusa prassi dell'abusivo utilizzo

---

<sup>315</sup> RESCIGNO M., *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, p. 334 ss; CARIELLO V., *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività da direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, II, p. 335 ss.

<sup>316</sup> CARIELLO V., *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Società di capitali*, a cura di G. Niccolini, A. Stagno D'Alcontres, Vol. III, Napoli, 2004, p. 1867.

<sup>317</sup> Decreto legislativo approvato dal Governo italiano, 30 settembre 2002, in *Riv. Soc.*, 2002, p. 1346.

<sup>318</sup> Corte Cass., 26 febbraio 1990, n. 1493, in *Foro it.*, 1990, I, p. 1174.

<sup>319</sup> A. CONFALONIERI, VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, p. 2166.

dello schermo societario da parte di persone fisiche<sup>320</sup>.

Alcuni ritengono che questa scelta del legislatore potrebbe sollevare diversi dubbi di legittimità costituzionale, perché sarebbe difficile giustificare la disparità di trattamento prevista dall'art. 2497 tra le persone fisiche e le persone giuridiche<sup>321</sup>.

Va detto, però, che, ai sensi dell'art. 2497, comma 2, c.c., risponde in solido con la società o l'ente «chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio». La norma consentirebbe, quindi, di dichiarare la responsabilità anche delle persone fisiche che a qualunque titolo abbiano preso parte all'illecito esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

Sarebbe, allora, forse possibile dichiarare responsabili in solido con la società capogruppo i suoi amministratori o anche il socio unico della *holding*<sup>322</sup>.

In estrema sintesi, il secondo comma dell'art. 2497 c.c. sembra sancire un vincolo di solidarietà che consentirebbe di estendere la responsabilità imputabile alla società o all'ente capogruppo ad altri soggetti.

In ogni caso è pacifico che «la partecipazione al fatto lesivo è fonte di responsabilità solo se sussiste un abuso di direzione unitaria da parte della società o enti»<sup>323</sup>.

La responsabilità di cui al primo comma dell'art. 2497 c.c. – che fa esclusivo riferimento a società o, più in generale, «enti» – potrebbe, invece, essere ascritta a tutti i tipi di società (di persone o di capitali), nonché a enti collettivi diversi dalle società, come, per esempio, le associazioni, le fondazioni e gli enti pubblici.

In merito al possibile coinvolgimento degli amministratori sulla base di quanto stabilisce l'art. 2497, comma 2, c.c., è importante sottolineare che la responsabilità per l'abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento sottende una *ratio* non coincidente con quella che ispira gli artt. 2392 ss c.c.: è possibile che le due fattispecie coincidano (nel caso in cui un amministratore della società controllante, violando l'art. 2497 c.c., violi anche il generale dovere di diligenza cui è tenuto ai sensi dell'art. 2392 c.c. italiano<sup>324</sup>);

Tuttavia si è rilevato che l'amministratore della società controllante il quale

---

<sup>320</sup> Cfr., per esempio, Trib. Milano, 22.01.2001, in *Fall.*, 2001, p. 1143.

<sup>321</sup> A. CONFALONIERI, VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, p. 2167.

<sup>322</sup> Sono contrarie: R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, p. 661 ss; A. IRACE, *Commento all'art. 2497*, in AA. VV., *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli, V. Santoro, Torino, 2003, p. 316 ss.

<sup>323</sup> A. CONFALONIERI, VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, p.2167 ss.

ponga in essere una condotta lesiva ai sensi dell'art. 2497 c.c. potrebbe non essere ritenuto allo stesso tempo responsabile *ex art.* 2392 c.c. nei confronti della società controllante per aver agito nel pieno rispetto dei propri doveri<sup>325</sup>.

Ai sensi dell'art. 2497, comma 2, c.c. sono in ogni caso responsabili anche coloro che abbiano consapevolmente tratto beneficio dal fatto lesivo quantunque «nei limiti del vantaggio conseguito»: secondo la dottrina italiana si tratterebbe di un consapevole approfittamento dell'illecito e, quindi, di un'obbligazione di natura indennitaria, configurabile, dunque, non come reazione a un danno, ma come rimedio a un incremento patrimoniale ottenuto da un soggetto a carico di un'altro<sup>326</sup>.

L'obbligo d'indennizzo, allora, sorgerebbe solo in caso di consapevole approfittamento di un vantaggio derivante da un'azione pregiudizievole, in secondo luogo; in secondo luogo, il vantaggio a monte dell'obbligazione indennitaria dovrebbe avere natura patrimoniale<sup>327</sup>.

## 9. I principi di corretta gestione imprenditoriale

L'attività di direzione unitaria è legittima in quanto diretta a bilanciare l'interesse di gruppo con l'interesse delle società controllate e dei loro soci di minoranza<sup>328</sup>.

Abbiamo visto, infatti, che, secondo l'art. 2497, comma 1, c.c., la responsabilità della capogruppo è configurabile in presenza di un conflitto di interessi, ossia quando la capogruppo opera «nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui»

A questo proposito è importante sottolineare che già prima della riforma del diritto societario italiano la giurisprudenza riteneva legittima l'attività di direzione volta a imprimere unità d'indirizzo e di azione alle imprese del gruppo<sup>329</sup>.

La condotta sanzionabile è ovviamente quella ispirata da un interesse in netto

---

<sup>324</sup> 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. 237 ss.

<sup>325</sup> A. CONFALONIERI A., VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, p. 2171 ss

<sup>326</sup> L. PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, p. 1477ss.

<sup>327</sup> A. CONFALONIERI A., VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, p. 2171.

<sup>328</sup> MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, p. 627, il quale distingue la norma di diritto civile da quella di diritto penale in merito alla cosiddetta teoria dei vantaggi compensativi.

<sup>329</sup> Corte Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439.

contrasto con quello delle società controllate .

Nel delineare gli elementi costitutivi della condotta abusiva il legislatore ha voluto, come già anticipato, ricorrere a una clausola generale, richiamando i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale cui deve conformarsi l'attività di direzione e coordinamento.

Secondo la dottrina si tratta di una formula nuova, che si distacca dal principio generale di correttezza e buona fede, dall'obbligo di diligenza di cui all'art. 2392 c.c. o dai principi di corretta amministrazione menzionati dall'art. 2403 c.c. o dall'art. 149 del Testo Unico della Finanza<sup>330</sup>.

Essa parrebbe addirittura rivelare la sfiducia del legislatore nell'attività interpretativa della giurisprudenza in relazione ai summenzionati principi generali dell'ordinamento italiano, tanto da suscitare il timore circa un eventuale sindacato sul merito delle scelte imprenditoriali della *holding* da parte dei giudici per via dell'attività di gestione<sup>331</sup>.

## 10. I limiti all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento

Nella relazione di accompagnamento alla riforma del diritto societario italiano si legge che l'attività di direzione e coordinamento potrebbe considerarsi legittima se esercitata nel «rispetto dei valori essenziali del "bene" partecipazione sociale, bene che la legge individua nella partecipazione all'esercizio in comune di un'attività economica al fine di dividerne gli utili' (art. 2247 c.c.). Questi valori da proteggere e tutelare possono dunque individuarsi nei principi di continuità dell'impresa sociale, redditività e valorizzazione della partecipazione sociale».

In sede di approvazione, tuttavia, il testo ha subito alcune modifiche: mentre lo schema originario sanciva la responsabilità della società *holding* verso i soci «per la lesione cagionata al diritto all'utile ed al diritto alla valorizzazione della partecipazione sociale», dal testo definitivo è stato eliminato il termine "diritto" e i termini "utile" e "valorizzazione" sono stati sostituiti con i termini "redditività" e "valore"<sup>332</sup>.

Pertanto, nel definire i limiti all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, il legislatore italiano fa riferimento non solo ai danni che potrebbero subire i soci, ma anche ai danni che potrebbero subire i creditori sociali.

Per quanto riguarda i soci, il legislatore si è preoccupato di tutelare l'interesse a percepire gli utili e realizzare un guadagno attraverso la vendita della partecipazione.

---

<sup>330</sup> LO CASCIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *La riforma del diritto societario*, Vol. IX, Giuffrè, 2003, p. 250.

<sup>331</sup> RORDORF, *Giudici per il mercato o mercato senza giudici?*, in *Soc.*, 2000, p. 154.

<sup>332</sup> In questo senso, v. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società, sub art. 2497*, a cura di A. Maffei Alberti, III, Padova, 2005, p. 2317

Come è stato sottolineato, il legislatore si sarebbe espresso in questi termini per tutelare la posizione del socio non tanto con riferimento al profitto che egli potrebbe ricavare dall'investimento azionario, quanto piuttosto con riferimento l'utilità che egli può indirettamente ricevere partecipando alla società<sup>333</sup>.

La norma, insomma, non costituirebbe un implicito riconoscimento di un diritto all'utile: potrebbe configurarsi un pregiudizio in capo al socio della società controllata qualora l'abuso da parte della società controllante si sostanzi in un«condizionamento del possibile perseguimento, da parte della controllata, di un autonomo scopo lucrativo e/o un depauperamento del suo patrimonio»<sup>334</sup>.

Per quanto riguarda, invece, la tutela accordata ai creditori sociali, il parametro di legittimità su cui deve fondarsi l'attività della società controllante è rappresentato dalla «lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società». (art. 2497, comma 1, c.c.).

La responsabilità della capogruppo nei confronti dei creditori sociali viene, quindi, disciplinata in termini sostanzialmente analoghi a quelli utilizzati con riferimento alla responsabilità degli amministratori *ex art.* 2394 c.c. nei confronti del ceto creditorio..

Ne consegue che i creditori, per dimostrare il carattere abusivo dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, dovranno provare che il patrimonio della società è divenuto incapiente.

## **11. Il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale: danno diretto o danno indiretto**

Un altro profilo rilevante della nuova disciplina in tema di attività di direzione e coordinamento è la qualificazione del «pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale» in termini di danno diretto ovvero di danno indiretto, principalmente in conseguenza del pregiudizio subito dalla società.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono che il danno abbia natura indiretta: la redditività e il valore della partecipazione sociale subirebbero un pregiudizio solo in conseguenza del pregiudizio subito dal patrimonio della società cui la partecipazione è riconducibile<sup>335</sup>.

<sup>333</sup> BADINI CONFALONIERI A., VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, 2165.

<sup>334</sup> A. IRACE, *Commento all'art. 2497*, in AA. VV., *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli, V. Santoro, Torino, 2003, p. 318.

<sup>335</sup> Su questo argomento v. BADINI CONFALONIERI A., VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, p. 2173 ss; BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 214 ss; CAMPOBASSO G. F., *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, p. 84 ss ; SALAFIA V., *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*,

Il valore e la redditività della partecipazione, infatti, dipendono certamente dalla corretta gestione dell'impresa sociale, ma sono anche una manifestazione indiretta di risultati che attengono direttamente alla sfera giuridico-economica della società<sup>336</sup>.

Tuttavia, altra parte della dottrina italiana ritiene che il danno alla redditività e al valore della partecipazione debba essere qualificato come danno diretto al socio e non come danno alla società: in primo luogo, perché, secondo lo stesso art. 2497, comma 1, c.c., le società o gli enti a capo del gruppo sarebbero «direttamente responsabili» nei confronti dei soci e dei creditori; in secondo luogo, perché, ai sensi dell'art. 2497, comma 3, c.c. il creditore o il socio danneggiato sarebbero legittimati ad agire contro la società controllante solamente qualora non siano stati soddisfatti dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento, con ciò lasciando intendere che «il risarcimento è corrisposto direttamente al soggetto agente e non alla società, perché sarebbe il patrimonio dello agente che sia stato danneggiato»<sup>337</sup>.

## **12. L'azione risarcitoria nei confronti della società *holding*: i soggetti legittimati**

L'art. 2497, terzo e ultimo comma, stabilisce che i soggetti legittimati ad esperire l'azione risarcitoria nei confronti delle società o enti che abbiano esercitato attività di direzione e coordinamento sono i soci e i creditori delle società controllate, nonché il curatore, il commissario liquidatore e il commissario straordinario nel caso in cui la società controllata sia soggetta, rispettivamente, a fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria.

Una parte della dottrina ha osservato, a questo proposito, che, per quanto riguarda i soci, volendo qualificare il danno da questi subito come un danno indiretto, sarebbe stato più opportuno riconoscere la legittimazione attiva a far valere la responsabilità *ex art. 2497 c.c.* direttamente alla società controllata<sup>338</sup>.

Si è eccepito, però, che questa soluzione difficilmente avrebbe potuto essere condivisa: accogliendola, le somme eventualmente ottenute dalla società controllata a titolo di risarcimento finirebbero nella disponibilità del «medesimo socio di controllo che ne aveva promosso lo storno»; il legislatore della riforma avrebbe, quindi, attribuito direttamente al socio della società controllata la legittimazione ad esperire l'azione di risarcimento per tutelare un suo interesse qualificato da cui potrebbe scaturire una

---

in *Società*, 2003, p.393.

<sup>336</sup> V. SALAFIA V., *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2003, p. 393.

<sup>337</sup> R.SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, p. 666 ss.

<sup>338</sup> V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. Soc.*, 2003, p.1254.

responsabilità risarcitoria a carico della società o ente controllante<sup>339</sup>.

La scelta di non riconoscere alcuna legittimazione alla società controllata sarebbe inoltre dovuta alla necessità di evitare, sotto il profilo processuale, sovrapposizioni tra l'iniziativa dei singoli soci e dei creditori e l'iniziativa della società controllata<sup>340</sup>.

A questo proposito non va dimenticato che l'art. 2497, comma 3, c.c., subordina l'esperibilità dell'azione contro la controllante ad una preventiva azione che si riveli infruttuosa nei confronti della controllata<sup>341</sup>.

Parte della dottrina ritiene che sarebbe controproducente per il socio agire contro la società controllata dopo che questa sia stata danneggiata dall'abuso dell'attività di direzione e coordinamento. Pertanto, il socio dovrebbe poter agire nei confronti degli amministratori della controllata qualora sussistano elementi di fatto idonei a dimostrare la loro compartecipazione al fatto lesivo di cui all'art. 2497, comma 2, c.c.

La norma, in questo modo, rappresenterebbe anche un incentivo per gli amministratori della società controllata a non adeguarsi passivamente alle direttive ricevute dalla società controllante<sup>342</sup>.

Altra categoria di soggetti legittimati ad esperire l'azione disciplinata dall'art. 2497 c.c., comma 3, c.c. è costituita dai creditori sociali della controllata.

Anche i creditori sociali della società controllata potranno agire nei confronti della capogruppo solo dopo aver inutilmente agito nei confronti della società controllata. Va detto, però, che, nell'esperire l'azione, essi potrebbero entrare in conflitto con i creditori della società controllante, i quali vedrebbero così minacciate le proprie garanzie in ordine alla solvibilità della società debitrice<sup>343</sup>.

A questo problema si è cercato di ovviare con la disciplina di cui all'art. 2497-*bis* c.c., che regola le forme di pubblicità cui sono soggette sia la società controllante sia la società controllata.

---

<sup>339</sup> P. DAL SOGLIO, Commento all'art. 2497 c.c., in *Il nuovo diritto delle società*, sub art. 2497, a cura di A. Maffei Alberti, III, Padova, 2005, p. 2318.

<sup>340</sup> P. DAL SOGLIO, Commento all'art. 2497 c.c., in *Il nuovo diritto delle società*, sub art. 2497, a cura di A. Maffei Alberti, III, Padova, 2005, p. 2326 ss.

<sup>341</sup> F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato dir. Civ., e comm. E dir. pubbl. dell'econ.*, XXIX, Padova, 2003, p.186

<sup>342</sup> BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di G.E. Colombo e G.B. Portale, IV, Torino, 1991, pagg. 113 e 133; U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997, p. 236.

<sup>343</sup> MIOLA, *Il diritto italiano dei gruppi de jure condendo: i gruppi e i creditori*, in *Giur. Comm.*, 1996, I, p. 409 ss.

### 13. Procedure concorsuali : la legittimazione attiva

In caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria, la legittimazione all'esercizio dell'azione risarcitoria nei confronti della capogruppo spetta, rispettivamente, al curatore, al commissario liquidatore o al commissario straordinario.

La disposizione è in linea con quanto stabilito dall'art. 146 l. fall. e dall'art. 2394*bis* c.c.

L'art. 2497 c.c., tuttavia, trasferisce al curatore, al commissario liquidatore e al commissario straordinario solo la legittimazione all'esercizio dell'azione spettante ai creditori, non ai soci.

In pendenza di una delle procedure concorsuali menzionate dalla norma, dunque, i soci mantengono la propria legittimazione ad agire contro la società *holding*.

Vale la pena, a questo proposito, ricordare che, secondo parte della dottrina italiana, accogliendo un'interpretazione più ampia dell'ultimo comma dell'art. 2497 c.c., al curatore, al commissario liquidatore e al commissario straordinaria potrebbe essere attribuita anche la legittimazione ad esercitare l'azione spettante ai singoli soci. La tesi si fonda sull'assimilazione dell'azione *ex art.* 2497 c.c. all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori<sup>344</sup>.

Si è obiettato, però, che il dettato dell'art. 2497 c.c. è più simile, per formulazione, a quello dell'art. 2395 c.c., che disciplina l'azione di responsabilità esperibile nei confronti degli amministratori dal singolo socio o dal terzo, piuttosto che a quello dell'art. 2393 c.c., che invece disciplina l'azione sociale di responsabilità<sup>345</sup>.

Pertanto, considerata la mancanza di qualsiasi riferimento al singolo socio nell'ultimo comma dell'art. 2497 c.c., solo a quest'ultimo spetta la legittimazione ad esperire l'azione nei confronti della capogruppo<sup>346</sup>.

Con riferimento, poi, all'azione spettante ai creditori sociali, si è fatto notare che, dal punto di vista pratico, sarebbe più facile per il curatore, il commissario liquidatore o il commissario straordinario esperire l'azione di cui all'art. 2497 c.c.; in

---

<sup>344</sup> M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, p. 331 ss.

<sup>345</sup> BADINI CONFALONIERI A., VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, p.2175.

<sup>346</sup> BADINI CONFALONIERI A., VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, p. 2175.)

questo modo i creditori beneficerebbero certamente di costi minori e di tempi più brevi<sup>347</sup>.

#### **14. La natura della responsabilità ex art. 2497 c.c.**

Il dibattito sulla natura giuridica della responsabilità *ex art. 2497 c.c.* ha origini ben più risalenti della riforma del diritto societario italiano del 2003.

Secondo un primo orientamento, il mero esercizio della direzione unitaria avrebbe permesso di configurare in capo agli amministratori della capogruppo una responsabilità di natura oggettiva, prescindendo da qualsiasi accertamento sulla colpa e sul nesso di causalità<sup>348</sup>.

Prima della riforma, in ogni caso, si riteneva che non esistessero obblighi di fonte legale o negoziale in forza dei quali gli amministratori della capogruppo avrebbero dovuto tutelare gli interessi delle società controllate.

Per questa ragione, la dottrina aveva qualificato la responsabilità degli amministratori della capogruppo nei confronti della società controllata come una responsabilità di natura extracontrattuale.

Considerando, dunque, la società controllata come soggetto “terzo”, la responsabilità della controllante veniva assimilata alla responsabilità degli amministratori di s.p.a. *ex art. 2395 c.c.*<sup>349</sup>.

Parte della dottrina, inoltre, condividendo questa tesi, richiamava l’art. 2049 c.c., sulla responsabilità di padroni e committenti per il fatto illecito commesso dai loro domestici e commessi<sup>350</sup>.

Questa interpretazione, tuttavia, è stata criticata obiettando che il rapporto tra la capogruppo ed i propri amministratori non avrebbe potuto essere parificato al rapporto di preposizione caratteristico della fattispecie di cui all’art. 2049 c.c.

A quest’orientamento si contrapponeva la tesi sulla natura contrattuale della responsabilità della società capogruppo, alla quale avrebbe dovuto riconoscersi un potere di influenza extrassembleare sulle società controllate<sup>351</sup>.

Il testo della nuova disciplina sull’attività di direzione e coordinamento non si

---

<sup>347</sup> DAL SOGLIO P., *Commento all’art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società, sub art.2497*, a cura di A. Maffei Alberti, III, Padova, 2005, p. 2328 – 2329.

<sup>348</sup> LO CASCIO G., Gruppo d’imprese, direzione unitaria e responsabilità della capogruppo, in *Giust. Civ.*, 1995, I, p. 1641 ss.

<sup>349</sup> GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le società*, diretto da Galgano, 2001, p. 135.

<sup>350</sup> JAEGER P.G., “*Direzione unitaria di gruppo*” in *Riv. Soc.*, 1985, p. 420.

<sup>351</sup> GAMBINO A., *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. Comm.*, 1993, I, p.841.

esprime in merito, anche se la relazione al D. Lgs. 6/2003 accoglie espressamente la tesi sulla responsabilità extracontrattuale. Tale interpretazione non è però unanimemente condivisa dalla dottrina italiana.

Alcuni ritengono che, riconoscendo l'attività di direzione e coordinamento come legittima, la riforma avrebbe sancito in capo alla società *holding* un vero e proprio obbligo di fonte legale (il dovere di perseguire l'interesse di gruppo temperando gli interessi delle società etero dirette), dalla cui violazione scaturirebbe una responsabilità di natura contrattuale.

Altri sostengono che la natura contrattuale della responsabilità derivi dal riconoscimento di un ruolo direttivo alla società capogruppo in virtù di particolari legami contrattuali o di una modifica dell'atto costitutivo.

Il gruppo si doterebbe così di un assetto organizzativo al cui funzionamento dovrebbe sovrintendere la stessa *holding*, in conformità ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

Poiché il rispetto di tali principi rappresenterebbe un obbligo di natura contrattuale, la stessa natura andrebbe riconosciuta alla responsabilità derivante dalla loro violazione.

Analogo discorso varrebbe anche nell'ipotesi in cui il potere di direzione e coordinamento derivi da una situazione di fatto, ossia qualora l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento si configuri «come un potere-dovere per la presenza di un contratto implicito»<sup>352</sup>.

Si è osservato che la giurisprudenza italiana era giunta alle medesime conclusioni prima della riforma del diritto societario in sede di interpretazione dell'art. 90 del D. Lgs. 270/1999 che disciplinava la responsabilità degli amministratori della capogruppo<sup>353</sup>.

Più esattamente, in una sentenza del Tribunale di Milano si legge che quanto segue: «Il fatto che non esista un contratto di dominio non esclude che fra le parti possano formarsi rapporti obbligatori tali da generare forme di responsabilità nell'adempimento di obbligazioni *ex art. 1218 c.c.* Se le relazioni fra controllante e controllata non sono semplici relazioni di mero fatto è perché la responsabilità contrattuale può derivare non necessariamente dalla violazione di un contratto, ma semplicemente dalla violazione di un obbligo preesistente. L'obbligazione preesistente è rappresentata dai doveri connessi alla rilevanza del gruppo e all'esercizio della direzione unitaria. La società controllante, quando esercita la direzione unitaria, si pone in rapporto di relazione soggettiva con la società controllata e assume l'obbligazione di realizzare l'interesse del gruppo tramite la realizzazione degli interessi delle società

<sup>352</sup> IRACE A., Commento all'art. 2497, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli, V. Santoro, Torino, 2003, p.320.

<sup>353</sup> Sul punto v. IRACE A., *Commento all'art. 2497*, in AA. VV., *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli, V. Santoro, Torino, 2003, p.320.

controllate. La controllante, nel momento che assume la direzione unitaria, è tenuta all'osservanza di precisi doveri di correttezza nei confronti delle controllate, doveri ai quali corrispondono delle vere e proprie obbligazioni coercibili, che possono risultare inadempite o perché non attuate o perché attuate male, quando la direzione unitaria viene esercitata abusivamente»<sup>354</sup>.

Altra parte della dottrina italiana accoglie la tesi della responsabilità contrattuale alla luce della teoria del collegamento negoziale; più precisamente, per effetto del collegamento fra i contratti di società, la responsabilità della *holding* deriverebbe da «un vincolo di tipo negoziale»<sup>355</sup>.

In quest'ordine di idee, dunque, la responsabilità della società *holding* si rifletterebbe anche sulle altre società del gruppo, sicché il socio danneggiato dall'attività di direzione e coordinamento potrebbe scegliere di agire per il risarcimento del danno subito tanto nei confronti della società cui appartiene quanto nei confronti di una qualunque società del gruppo.

Per effetto del collegamento negoziale, inoltre, anche la responsabilità della società *holding* nei confronti dei creditori della società controllata avrebbe natura contrattuale: in virtù dell'appartenenza al gruppo della società debitrice, l'obbligo di garanzia incombente su quest'ultima verrebbe a gravare anche sulle altre società del gruppo; sorgerebbe così «in capo a tutte le società del gruppo un obbligo di non ledere l'integrità del patrimonio della società debitrice, la quale rimane tuttavia responsabile in via esclusiva per le obbligazioni assunte nei confronti dei creditori sociali»<sup>356</sup>.

A sostegno della natura contrattuale della responsabilità per abusiva attività di direzione e coordinamento, la stessa dottrina fa riferimento alle argomentazioni addotte dalla giurisprudenza: «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; se invece essa consiste nel dovere generale di rispetto delle situazioni giuridiche altrui, la responsabilità ha carattere extracontrattuale»<sup>357</sup>.

L'obbligo della *holding* di risarcire il danno consistente nella lesione alla redditività e al valore della partecipazione dei soci ovvero all'integrità del patrimonio della società controllata nei confronti dei creditori sorgerebbe, quindi, in virtù della relazione instauratasi tra controllante e controllata.

---

<sup>354</sup> Trib. Milano, 22 gennaio 2001, in *Fallimento*, 2001, n. 598.

<sup>355</sup> GIOVANNINI S., *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 305, Milano, 2007, p. 111 ss.

<sup>356</sup> GIOVANNINI S., *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 305, Milano, 2007, p. 116 ss.

<sup>357</sup> Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Giur. It.*, 2000, I, 770 ss., citata in GIOVANNINI S., *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 305, Milano, 2007, p. 111, nt. 50.

E ovviamente la controllante, nell'esercitare l'attività di direzione e coordinamento, sarebbe tenuta a rispettare anche i principi di correttezza e buona fede<sup>358</sup>.

Obiettivo della disciplina sul recesso dalla società soggetta a direzione e coordinamento (art. 2497-*quater* c.c.) sarebbe, dunque, fornire al socio uno strumento di reazione a fronte di un inadempimento contrattuale.

## **15. La tesi della natura extracontrattuale della responsabilità: art. 2497 c.c. italiano**

La tesi della natura extracontrattuale della responsabilità prevista dall'art. 2497 c.c. era stata accolta, come abbiamo visto, dalla Relazione al D. Lgs. 6/2003.

Da un punto di vista generale è necessario premettere che l'obbligo, gravante sulla capogruppo, di bilanciare correttamente gli interessi delle società eterodirette rappresenterebbe un vero e proprio obbligo di condotta, la cui violazione integrerebbe un comportamento antiggiuridico<sup>359</sup>.

Tale impostazione consentirebbe di giustificare la non perfetta corrispondenza tra la disciplina posta dagli artt. 2497 ss. c.c. e i principi sanciti dalla legge delega.

Ciò premesso, la previsione di una responsabilità solidale in capo a chi abbia preso parte al fatto lesivo, cioè l'ampliamento della categoria dei soggetti responsabili (art. 2497, comma 2, c.c.) potrebbe essere più facilmente giustificata qualificando la responsabilità della società capogruppo come extracontrattuale, senza ipotizzare l'inadempimento di obblighi legali preesistenti<sup>360</sup>.

Secondo questa impostazione, quindi, la dottrina dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale non potrebbe essere considerata come violazione di un obbligo contrattuale, perché i soggetti interessati non sarebbero legati da alcun rapporto. Ne deriva, quale ulteriore conseguenza, che la lesione alla redditività e al valore della partecipazione ovvero all'integrità del patrimonio della società eterodiretta dovrebbero essere qualificati come danno ingiusto.<sup>361</sup>

---

<sup>358</sup> GUIZZI G., *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali*. Milano, 2005, p. 324; MIOLA M., *Il diritto italiano dei gruppi de jure condendo: i gruppi e i creditori*, in *Giur. Comm.*, 1996, I, p. 424.

<sup>359</sup> BADINI CONFALONIERI A., VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, p.2175

<sup>360</sup> BADINI CONFALONIERI A., VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, p.2176.

<sup>361</sup> GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato dir. Civ., e comm. XXIX*, Padova, 2003, p. 187.

Va, infine, ricordato che, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza<sup>362</sup>, la responsabilità della società capogruppo potrebbe essere ricondotta all'istituto dell'induzione all'inadempimento per via dell'influenza che la società *holding* è in grado di esercitare sulla società controllate e sugli amministratori di quest'ultima.

## **16. La responsabilità ex art. 2497, comma 2, c.c.**

Ai sensi dell'art. 2497, comma 2, c.c., «risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio».

Secondo la dottrina, fra coloro che potrebbero essere considerati responsabili per aver preso parte al fatto lesivo vi sono: gli amministratori o i direttori generali della *holding*; i soci di maggioranza che non siano anche amministratori; i detentori di partecipazioni qualificate, anche se non di maggioranza; i creditori della *holding* che abbiano indotto gli amministratori a porre in essere la condotta lesiva allo scopo di incrementare la propria garanzia; la società controllata cui sia imputabile la paternità dell'atto lesivo<sup>363</sup>.

Potrebbero, invece, essere ritenuti responsabili per aver consapevolmente tratto beneficio dal fatto lesivo i soci di minoranza della società capogruppo o qualunque società appartenente al gruppo a favore della quale sia stata realizzata l'operazione<sup>364</sup>.

Per quanto riguarda la prima categoria di soggetti potenzialmente responsabili, si è rilevato che il fatto lesivo consisterebbe sostanzialmente nell'esercizio negligente dell'attività di direzione e coordinamento e nella formulazione di direttive pregiudizievoli impartite alle società controllate; ciò posto, il comportamento degli amministratori della società controllata che abbiano subito tali direttive non sarebbe sanzionabile, perché non potrebbero in alcun modo rientrare nel novero di coloro i quali abbiano preso parte al fatto lesivo, e per questo, non potrebbero essere considerati responsabili<sup>365</sup>.

Confermerebbe questa tesi la lettura dell'art. 2497-ter c.c., che impone agli amministratori di indicare analiticamente nella motivazione delle proprie decisioni le

<sup>362</sup> App. Milano, 10 marzo 1995, *Società*, 1995, p. 1437.

<sup>363</sup> GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato dir. Civ., e comm. E dir. pubbl. dell'econ.*, XXIX, Padova, 2003; RORDORF R., *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, p. 544; GUIZZI G., *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali*. Milano, 2005, p. 349.

<sup>364</sup> BADINI CONFALONIERI A., VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, p. 2170ss; GIOVANNINI S., *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 305, Milano, 2007, p. 126 ss.

<sup>365</sup> 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 Scognamiglio G., Milano, 2003, 199

ragioni e gli interessi la cui valutazione ha inciso su di esse, più precisamente, la norma dimostrerebbe che gli amministratori della società controllata sono meri esecutori delle direttive della società controllante<sup>366</sup>.

Secondo altra parte della dottrina, tuttavia, questa interpretazione difficilmente potrebbe essere condivisa, se non altro perché, secondo il combinato disposto degli artt. 2380*bis* c.c. e 2364, primo comma, n. 5), c.c., la gestione della società spetta in via esclusiva agli amministratori<sup>367</sup>.

Lo stesso principio dovrebbe applicarsi anche all'attività di direzione e coordinamento: dato che gli amministratori non possono ritenersi irresponsabili nei confronti della società che gestiscono, essi non potranno invocare quale esimente la sottomissione alle direttive impartite dalla controllante<sup>368</sup>.

Quanto alla natura di tale responsabilità, in linea con l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui i responsabili di una determinata condotta non andrebbero individuati «in base alla loro qualificazione formale, ma per il contenuto delle funzioni concretamente esercitate»<sup>369</sup>, coloro che abbiano preso parte al fatto lesivo, per il solo fatto di essersi ingeriti nell'attività di direzione e coordinamento, dovrebbero essere considerati responsabili al pari degli amministratori e allo stesso titolo. In estrema sintesi, la responsabilità ex art. 2497, comma 2, c.c. dovrebbe essere qualificata come responsabilità di natura contrattuale.

Secondo una diversa opinione, invece, la responsabilità di chi si ingerisca nell'attività di direzione e coordinamento sarebbe di natura extracontrattuale, perché tale condotta, posta in essere in assenza di qualsiasi preesistente obbligo contrattuale, sarebbe contraria al principio del *neminem ledere*<sup>370</sup>.

La responsabilità di coloro che abbiano tratto beneficio dal fatto lesivo commesso da altri dovrebbe invece essere qualificata come responsabilità di natura indennitaria.

---

<sup>366</sup> 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 Scognamiglio G., Milano, 2003, p. 199.

<sup>367</sup> GALGANO F., Il nuovo diritto societario, in Trattato dir. Civ., e comm. E dir. pubbl. dell'econ., XXIX, Padova, 2003, p. 200.

<sup>368</sup> BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 8 ss.

<sup>369</sup> Corte Cass., 6.03.1999, n. 1925, in *Giur. It.*, 2000, I, p. 770 ss.

<sup>370</sup> GIOVANNINI S., *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 305, Milano, 2007, p. 125.

## **17. La responsabilità derivante dall'attività di direzione e coordinamento e l'onere della prova**

Dalla qualificazione della responsabilità per abusivo esercizio di attività di direzione e coordinamento discendono rilevanti conseguenze in ordine all'onere della prova.

Attribuendo alla responsabilità *ex art. 2497 c.c.* natura extracontrattuale, l'attore dovrebbe dimostrare non solo l'esistenza dell'elemento soggettivo che dovrebbe caratterizzare il comportamento illecito, ma anche l'esistenza del danno, l'ammontare dello stesso e il nesso causale tra il comportamento illecito e il danno.

Chi agisse nei confronti della società controllante (come, per esempio, il socio o il creditore della società controllata) dovrebbe, quindi, dimostrare che il danno subito è l'effetto di operazioni poste in essere dalla società controllata su direttiva della stessa società controllante<sup>371</sup>.

Questa dimostrazione risulterebbe, però, particolarmente complessa per via del fatto che le direttive della controllante non sono spesso formalizzate in alcun atto.

Si è, quindi, osservato che l'art. 2497-*ter* c.c., il quale impone alla società controllata l'obbligo di motivare le proprie decisioni, indicando le ragioni e gli interessi che le hanno influenzate, potrebbe rendere meno gravoso l'onere della prova come sopra delineato.

Attribuendo, invece, alla responsabilità *ex art. 2497 c.c.* natura contrattuale, l'onere della prova sarebbe meno gravoso, perché chi agisce dovrebbe dimostrare esclusivamente l'esistenza di un inadempimento (ossia la violazione da parte della società *holding* dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento), il danno subito (il pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale nel caso dello socio e la lesione all'integrità del patrimonio della società nel caso dello creditore sociale), e l'assenza di vantaggi compensativi<sup>372</sup>.

## **18. La teoria dei vantaggi compensativi**

Ai sensi dell'art. 2497, comma 1, ultima parte, c.c., la società *holding* non può essere ritenuta responsabile «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».

Con questa disposizione il legislatore dimostra di aver recepito la cosiddetta "teoria dei vantaggi compensativi", secondo cui non sarebbe configurabile il conflitto di

---

<sup>371</sup> GIOVANNINI S., *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 305, Milano, 2007, p. 88 ss.

<sup>372</sup> BADINI CONFALONIERI A., VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, p. 2178.

interessi tra la società controllante e le società controllate nell'ipotesi in cui la prima ponga in essere un'operazione potenzialmente pregiudizievole ma in effetti vantaggiosa per via dell'appartenenza al gruppo<sup>373</sup>.

Pertanto, tale teoria consente di escludere la responsabilità degli amministratori della società o ente controllante allorché la società controllata abbia tratto vantaggio dalla partecipazione al gruppo.

Le definizioni di vantaggio compensativo fornite da dottrina e giurisprudenza ancora non rispecchiano un orientamento concorde: in alcuni casi si tende a valorizzare l'interesse di gruppo per non penalizzare eccessivamente la società *holding* nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento; in altri casi, invece, si preferisce valorizzare l'interesse dei soci e dei creditori della società eterodiretta a ricevere un risarcimento in caso di abuso.

A questo proposito va immediatamente puntualizzato che una parte della dottrina e della giurisprudenza italiane è favorevole a una interpretazione rigorosa sulla nozione di vantaggio compensativo: tale vantaggio dovrebbe consentire «una distribuzione del c.d. *surplus* ricavato dall'operazione in forma equa tra tutte le società del gruppo»<sup>374</sup>. In sintesi, la responsabilità della società *holding* potrebbe essere esclusa solo laddove si possa riscontrare un effettivo rapporto di proporzionalità tra il pregiudizio prodotto dalla singola operazione e il vantaggio compensativo.

Su questo punto la Corte di Cassazione italiana si è espressa in termini molto netti, affermando che per escludere la responsabilità della società capogruppo occorrerebbe 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»<sup>375</sup>.

Altra parte della dottrina italiana condivide, al contrario, un'interpretazione più ampia della teoria dei vantaggi compensativi, ammettendo una compensazione tra vantaggi e svantaggi non proporzionale e che può avvenire in momenti diversi e su piani economici diversi<sup>376</sup>.

---

<sup>373</sup> P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, p. 719 ss.; BADINI CONFALONIERI A., VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. MONTALENTI, III, Bologna, 2004, 2158; CARIELLO V., *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 1248.

<sup>374</sup> In questo senso v.: SACCHI R., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, p. 673; MIOLA M., *Il diritto italiano dei gruppi de jure condendo: i gruppi e i creditori*, in *Giur. Comm.*, 1996, I, p. 409 ss; BONELLI F., *Conflitto d'interesse nei gruppi di società*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, p. 226 ss; PREITE D., *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1998, III, p. 137; in giurisprudenza., Corte Cass., 11.03.1996, n. 2001 in *Riv. Dir. Comm.*, 1996, II, n. 341.

<sup>375</sup> Cass., 24 agosto 2004, n. 16707, in *Giur. Comm.*, 2005, II, 246, con nota di SALINAS F., *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*.

Questa seconda impostazione appare maggiormente condivisibile. Considerando il dato letterale dell'art. 2497 c.c., nella valutazione del danno dovrebbe assumere rilevanza il risultato dell'attività di direzione e coordinamento complessivamente considerata e non solo il risultato dell'attività della singola società danneggiata<sup>377</sup>.

In secondo luogo, dalla relazione al D.Lgs. 6/2003 si evince che il vantaggio compensativo dovrebbe essere quello che deriva dal risultato complessivo dell'attività della società controllante e non quello che deriva da un singolo atto.

Un ulteriore argomento che sembra avvalorare una concezione più ampia dei vantaggi compensativi può essere desunto dalle norme contenute negli artt. 2497-*bis* e 2497-*ter* c.c.: la previsione di specifici obblighi in capo alla società controllata e ai suoi amministratori permetterebbe, infatti, di ricostruire con maggior precisione l'eventuale compensazione tra vantaggi e svantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo, avendo riguardo principalmente, al quadro generale dei costi e dei benefici.

## 19. Gruppi di società nell'esperienza giuridica brasiliana

Il diritto societario brasiliano distingue i gruppi di società in due categorie: i gruppi di fatto e i gruppi di diritto (o contrattuali).

L'istituto è disciplinato dalla L. n. 6404/1976 ("Ley de Sociedades por Acciones" o L.S.A.), emanata sulla base del cosiddetto "secondo piano di sviluppo nazionale" (L. 6151/1974); scopo principale di questo piano era rafforzare le imprese private nazionali in un'ottica competitiva, nonché contribuire allo sviluppo del mercato dei capitali per giungere successivamente all'istituzione della Commissione dei Valori Immobiliari con la L. 6385/1976.

La definizione di gruppo di diritto (o contrattuale che dir si voglia) è fornita dall'articolo 265 della L.S.A.: « **Art. 265.** *A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns. § 1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou*

<sup>376</sup> Su questo tema v. MONTALENTI P., *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, II, p. 243 ss; BADINI CONFALONIERI A., VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, p. 2160; 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 Scognamiglio, Milano, 2003.

<sup>377</sup> 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 Scognamiglio G., Milano, 2003, p. 197; GIOVANNINI S., *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 305, Milano, 2007, 160 ss

*acionistas. § 2º A participação recíproca das sociedades do grupo obedecerá ao disposto no artigo 244».*

Il gruppo contrattuale, dunque, avrebbe origine dalla stipulazione di un contratto che disciplina le forme di partecipazione di ciascuna delle società all'attività comune e tramite il quale le società formalizzerebbero la volontà di perseguire obiettivi che singolarmente non riuscirebbero a realizzare.

I successivi articoli (266-273) disciplinano altri aspetti come la costituzione, la registrazione, la pubblicità, le condizioni per la partecipazione, la durata del gruppo, e così via<sup>378</sup>.

In tema di gruppi, il diritto societario brasiliano si rifà, come si può intuire, al diritto tedesco, caratterizzato, però, da una maggiore complessità (soprattutto per quanto riguarda le diverse definizioni di gruppo)<sup>379</sup>.

È proprio a causa della trasposizione di un modello proprio di un altro ordinamento, peraltro, se, nell'opinione di parte della dottrina, la forma organizzativa del gruppo di diritto ha avuto scarso successo in Brasile; il modello tedesco, infatti, si adatterebbe con difficoltà alla realtà economica del Paese<sup>380</sup>.

Fra le ragioni che spiegano questo insuccesso vi sarebbe anche la mancata trasposizione, nell'ordinamento societario brasiliano, di quella norma, prevista invece dal diritto societario tedesco, in base al quale il socio della società controllata avrebbe diritto di ricevere, in ragione dell'appartenenza al gruppo, azioni della società controllante o, in alternativa, una somma di denaro nel caso in cui si sia opposto alla formazione del gruppo; nell'ordinamento brasiliano solo quest'ultima ipotesi è prevista dalla legge (art. 252, § 2, L.S.A.)<sup>381</sup>.

Molto più diffusi, invece, sono i gruppi di fatto che, tuttavia, non sono espressamente disciplinati dall'ordinamento brasiliano: l'istituto ha origine dall'interpretazione dell'articolo 243 della L. 6404/1976, che disciplina il controllo e il collegamento fra imprese.

In particolare, secondo quanto previsto dall'art. 243 della L.S.A., elemento costitutivo del gruppo di fatto sarebbe il controllo interno.

Va detto, però, che in Brasile il controllo può essere esercitato anche a prescindere dalla titolarità di partecipazioni azionarie (è l'ipotesi del cosiddetto "controllo esterno"<sup>382</sup>) e che la distinzione fra gruppi di fatto e gruppi di diritto è propria soltanto del diritto societario: in altri settori dell'ordinamento questa distinzione

<sup>378</sup> In [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm)

<sup>379</sup> Per un maggiore approfondimento consultare: Comparato. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, p. 353.

<sup>380</sup> Prado A.. *Conflitos de interesse nos grupos societarios*. pagg. 70-72.

<sup>381</sup> OLIVEIRA J. L. *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 589.

nemmeno ha ragione di porsi; unico profilo davvero rilevante è la responsabilità della società *holding* o delle altre società del gruppo.

La legge n. 8884/1994, ad esempio, sancisce, all'art. 17, la responsabilità solidale delle società del gruppo (di fatto o di diritto) nel caso in cui una di esse abbia infranto l'ordine economico.

Altri esempi sono forniti dal codice fiscale brasiliano (i cui artt. 135 e 137 regolano la responsabilità civile per le infrazioni di natura fiscale) dall'art. 2, § 2 della legge sul lavoro 5452/43 e dalla L. n. 8078/1990 (che prevede la responsabilità sussidiaria delle società controllate).

Infine, la L. n. 905/1998 in tema di danni all'ambiente sancisce parimenti la responsabilità del gruppo (con possibilità di applicare la teoria del superamento della personalità giuridica nel caso in cui questa rappresenti un ostacolo per il risarcimento dei danni causati all'ambiente).

Il fenomeno dei gruppi e le sue possibili sfaccettature sono, tuttavia, un tema ancora poco approfondito.

## **20. I gruppi di società nella giurisprudenza brasiliana**

A questo punto sembra importante avviare un'analisi sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha interessato l'ordinamento brasiliano al fine di verificare se, nella pratica, le pronunce dei tribunali in tema di gruppi siano giunte a conclusioni analoghe a quelle della comunità scientifica.

A questo proposito è doveroso segnalare una ricerca i cui risultati rivelano la distanza che separa tuttora le opinioni maturate sul tema degli studiosi e dai giudici<sup>383</sup>.

In questa ricerca sono stati analizzate 106 sentenze pronunciate dal *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) in tema di gruppi di società: perfino sulla terminologia non è stato possibile registrare un orientamento uniforme, anche se le espressioni più ricorrenti sono “gruppi economici” o “gruppi finanziari”.

In queste sentenze, peraltro, la formula “gruppo di società”, cui ricorre anche la L.S.A., è stata utilizzata solo sette volte.

D'altra parte, nel diritto societario brasiliano un sinonimo di “gruppo di società” è la formula “società collegate”, contenuta all'art. 243, § 1, LSA. Va specificato, tuttavia, che questa espressione si riferisce solo ai casi in cui una società detenga una partecipazione pari al 10% del capitale sociale in un'altra società senza controllarla.

---

<sup>382</sup> COMPARATO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, p. 30.

<sup>383</sup> Prado e Trancoso.2007.<http://www.direitogv.com.br/AppData/publication/WP1.pdf>. accesso in 23.03.2016 alle 14:21.

Un altro risultato emerso dalla ricerca è la mancanza di criteri giuridici specifici per definire l'istituto del gruppo; frequente, infatti, è il richiamo a espressioni prive di un vero valore giuridico come, per esempio, "interconnessione fra imprese".

La ricerca, inoltre, ha posto in evidenza che le pronunce giurisprudenziali più significative non riguardano settori come il diritto del lavoro, il diritto societario o il diritto dei consumatori (che fanno riferimento al fenomeno del gruppo), ma settori che non contemplano una vera e propria disciplina sul punto<sup>384</sup>.

Infine, la ricerca ha permesso di verificare quali sono i criteri sulla base dei quali la giurisprudenza ritiene di poter dichiarare l'esistenza di un gruppo di società, posto che il diritto societario brasiliano collega l'esistenza del gruppo alla nozione di controllo.

Sorprendentemente, però, si è constatato che, in 68 delle 106 decisioni analizzate, la formula "gruppo" è stata utilizzata senza precisare quali sono gli elementi che avevano portato i giudici a individuare l'esistenza di un gruppo di società. In sole 3 decisioni, che in ogni caso non chiariscono quali siano gli elementi costitutivi della fattispecie, si è potuto riscontrare un collegamento molto stretto fra la nozione di gruppo e la nozione di controllo, comunque sussidiaria al concetto di direzione unitaria o di collegamento tra società.

In altri 35 casi, invece, i giudici sembravano preoccupati di non specificare i criteri posti a fondamento delle loro decisioni. Di queste 35 sentenze, solo 22 hanno preso in considerazione il rapporto di controllo societario, senza, tuttavia, fare riferimento alla L.S.A.

Si è poi osservato che l'appartenenza allo stesso gruppo non rappresenterebbe un elemento decisivo per l'imputazione della responsabilità, nonostante la normativa nazionale preveda espressamente la responsabilità solidale tra i le società che fanno parte di un gruppo (basti citare, al riguardo, l'art. 17 L. 8884/1994).

La responsabilità derivante dall'abuso della personalità giuridica (con conseguente superamento di quest'ultima) è stata dichiarata, ai sensi dell'articolo 50 del codice civile brasiliano, in casi in cui si era stato possibile riscontrare la deviazione dallo scopo originario di una o più società ovvero la confusione patrimoniale.

## **21. La personificazione del gruppo di società nella dottrina brasiliana**

Posto che, ai sensi dell'art. 266 L.S.A, ogni società appartenente a un gruppo conserva la propria autonomia giuridica e patrimoniale, la dottrina brasiliana si è divisa circa la possibilità di riconoscere la personalità giuridica al gruppo inteso nel suo complesso.

Secondo una prima corrente di pensiero, infatti, il gruppo potrebbe essere

---

<sup>384</sup> PRADO e TRONCOSO. *Grupos de empresas na jurisprudencia do STJ*, p. 19.

concepito come una società formata da altre da società. Nel rapporto fra diverse società facenti parte di un gruppo potrebbero, cioè, essere individuati gli elementi costitutivi del contratto di società (fondo comune, volontà di esercitare in comune un'attività economica e divisione dei profitti e delle perdite)<sup>385</sup>.

In secondo luogo, il potere della società *holding* di svolgere le funzioni inerenti al governo del gruppo avrebbe origine dall'accordo con cui il gruppo viene costituito.

Una concezione del gruppo in questi termini, secondo chi l'aveva elaborata, rafforzerebbe la connessione fra le diverse società che lo compongono sotto il profilo economico e consentirebbe, allo stesso tempo, di scongiurare il rischio di abusi nell'esercizio della direzione unitaria.

In estrema sintesi, il gruppo di società opererebbe in modo sostanzialmente simile a una singola società. In quest'ordine, le società del rappresenterebbero solo le ramificazioni di una più grande e complessa struttura organizzativa. Si tratta di un'impostazione che, quando il dibattito sul tema era appena agli inizi, aveva trovato sostenitori anche nella dottrina europea<sup>386</sup> e nordamericana<sup>387</sup> nei primi dibattiti dottrinali sul tema, ma che oggi viene decisamente respinta.

Occorre ricordare, in primo luogo, che, nonostante il diritto societario brasiliano preveda la possibilità di costituire un gruppo di società per mezzo di un apposito accordo, non per questa ragione il gruppo dovrebbe essere personificato.

Una simile opzione interpretativa, secondo i suoi critici, peccherebbe di un eccessivo formalismo e, in ogni caso, porterebbe a trascurare quella che è una delle caratteristiche peculiari del gruppo, ossia la sua composizione eterogenea per quanto riguarda le attività svolte dalle singole società (sia pur finalizzate al perseguimento di un obiettivo comune) e le differenze che intercorrono fra queste dal punto di vista organizzativo.

Sotto il profilo concettuale, inoltre, sarebbe discutibile ipotizzare una "fusione patrimoniale" fra le diverse società del gruppo, essendo queste, come si è ribadito più volte, autonome anche per quanto concerne la loro responsabilità patrimoniale.

Personificare il gruppo di società, insomma, equivarrebbe, come è stato affermato, a un vero e proprio «omicidio giuridico».<sup>388</sup>

A ciò si aggiunga che riconoscere il gruppo come fenomeno unitario non solo dal punto di vista economico ma anche giuridico significherebbe, secondo parte della dottrina brasiliana, mettere a tutte le società del gruppo una «camicia di forza», cioè

<sup>385</sup> COMPARATO. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

<sup>386</sup> Per un maggior approfondimento: Rudolf von Isay. *Das Recht am Unternehmen*, Berlin, 1910.

<sup>387</sup> ADOLF BERLE. The Theory of Enterprise Entity, In: 47 CLR (1947), pp. 343-358.

<sup>388</sup> ANTUNES J.E. *Os grupos de sociedades*, Lisboa. p. 156.

ricorrere a un espediente effimero giustificabile solo in virtù degli interessi e degli obiettivi che ispirano l'attività del gruppo.<sup>389</sup>

Infine, la personificazione del gruppo comprometterebbe in misura considerevole la flessibilità organizzativa che lo caratterizza, impedendo di applicare il meccanismo dei vantaggi compensativi, che può operare solo grazie all'interazione fra società considerate autonome.<sup>390</sup>

## **22. La crisi della personalità giuridica nei gruppi di società: dottrina brasiliana**

Secondo la dottrina brasiliana, i gruppi di società starebbero attraversando una crisi di carattere non solo funzionale ma anche strutturale.

Questa crisi avrebbe origine dal rapporto di subalternità che si verrebbe a creare fra la società *holding* e la società eterodiretta per via del controllo, che implicherebbe in capo alla società controllata un'inevitabile perdita di autonomia.

Si tratta, però, di una crisi che riguarda tanto la società controllante quanto le società controllate.

Più precisamente, nel caso delle società controllate, come abbiamo detto, la crisi deriverebbe dalla perdita di autonomia conseguente al consolidamento di una posizione di subalternità; nel caso della società capogruppo, invece, la sovrapposizione delle strutture organizzative e dei procedimenti in cui si articola l'attività del gruppo porterebbe a identificare il gruppo con la società *holding* e, quindi, a personificare (sulla base del meccanismo prima illustrato) il gruppo stesso<sup>391</sup>.

Questa crisi stata potrebbe essere superata proprio applicando la teoria del

---

<sup>389</sup> ANTUNES J. E.. *Os grupos de sociedades*, p. 157; COMPARATO. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, p. 360.

<sup>390</sup> COMPARATO. *Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano XV, n. 23-1976, p. 98 Tuttavia, questo autore, nel suo libro *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, p. 290-291, sostiene che: <a nostro parere, il gruppo è, di per sé, una società. I tre elementi chiave di qualsiasi rapporto aziendale - vale a dire, il contributo individuale con sforzi, risorse, attività per raggiungere scopi comuni e la partecipazione ai profitti e perdite - sono presenti in ogni gruppo. Anche se il legislatore non riconosce la personalità giuridica di quella società, come hanno proposto gli elaboratori del progetto del regolamento unitario della società per azioni europea, che è un gruppo personalizzato, il rapporto sociale tra le imprese o associazioni raggruppate implica, necessariamente, nell'unità di direzione e un'intercomunicazione patrimoniale.>; la legge azionaria brasiliana n. 6404 disciplina: <Art. 266. I rapporti tra società, la struttura amministrativa del gruppo e la coordinazione o subordinazione degli amministratori delle società controllate sono stabiliti nella convenzione del gruppo, ma ogni compagnia manterrà la personalità e patrimonio distinti>. Questa è anche la comprensione di Comparato in *Gruppi societari nella nuova legge*. In *Rivista di diritto commerciale, industriale, finanziaria ed economica* anno XV, n. 23, p. 98, 1976.(traduzione nostra).

<sup>391</sup> CORDEIRO J. L.O, *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 593.

superamento della persona giuridica, diretta, come sappiamo, a sanzionare gli abusi commessi sfruttando il beneficio della responsabilità limitata. Tuttavia è ovvio che, nel caso dei gruppi di società, l'esercizio della direzione unitaria non corrisponde di per sé a un abuso della personalità giuridica; sta agli operatori e alla dottrina definire i criteri per individuare e sanzionare l'abuso (all'origine della crisi di cui si è detto).

### **23. La responsabilità limitata nel diritto brasiliano e i gruppi di società**

In Brasile la teoria del superamento della personalità giuridica era stata accolta, in una prima fase, solo dalla giurisprudenza. Ad oggi, invece, essa è riconosciuta anche a livello legislativo. In ogni caso, si ritiene che detta teoria possa essere applicata ogniqualvolta si configuri un abuso della personalità giuridica che consista nella deviazione dallo scopo per cui la società è stata costituita o nella confusione patrimoniale.

Laddove riferito al fenomeno dei gruppi di società, il dibattito si complica per via dei nessi (che non sempre è così facile definire) fra controllo, eterodirezione e abuso della personalità giuridica: l'istituto della responsabilità limitata va necessariamente riletto alla luce del contesto in cui si trova a operare la società soggetta alle direttive della *holding*.

Pare essenziale, allora, porsi alcune domande: il dovere di adempiere alle obbligazioni contratte per via delle direttive della *holding* grava soltanto sulla società controllata? Si potrebbe ricorrere alla teoria del superamento della personalità giuridica per estendere la responsabilità alla *holding*? Quest'ultima è responsabile per le obbligazioni della società controllata nei casi in cui l'interesse e l'attività di quest'ultima siano stati piegati all'esigenza di soddisfare gli interessi del gruppo? Nelle prossime pagine si tenterà di rispondere a queste domande.

### **24. La responsabilità dei gruppi societari in Brasile**

Affrontare il tema della responsabilità nei gruppi significa entrare in un territorio ancora poco esplorato del diritto societario brasiliano e richiede un confronto su concetti tuttora ancorati a una visione che potremmo definire "tradizionale".

L'esigenza di approfondire questo argomento si è imposta a partire dal momento in cui gli operatori e la letteratura scientifica hanno dovuto constatare che le risposte legate dalla tradizionale concezione della responsabilità difficilmente potrebbero adattarsi alla realtà dei gruppi. Pertanto sembra necessario rivedere in parte alcuni di questi concetti per tentare di trovare una soluzione al problema.

Uno di questi concetti è il nesso fra potere e responsabilità del socio. Come si è osservato in precedenza, la responsabilità del singolo azionista per le obbligazioni sociali è limitata al conferimento eseguito anche perché a questo non spetta alcun potere di gestione, limitandosi egli ad investire nell'attività della società: non avendo il potere di amministrare, egli non può essere considerato responsabile per gli atti compiuti dalla società. Se si dispone di un potere limitato, anche la responsabilità dev'essere limitata;

viceversa, a un potere potenzialmente illimitato deve corrispondere una responsabilità illimitata<sup>392</sup>.

Analogo discorso vale per il socio di società a responsabilità limitata. Gli amministratori della società rispondono illimitatamente solo quando agiscono con dolo o colpa o in contrasto a quanto prevedono la legge o lo statuto della società (come stabiliscono l'art. 1016 del codice civile brasiliano e l'art. 158 L.S.A.).

Non va dimenticato, peraltro, che l'attività di gestione può essere affidata ad amministratori professionisti; si assiste, così, a quel fenomeno di separazione fra proprietà (diffusa fra numerosi azionisti) e controllo (nelle mani di pochi *managers*) studiato da Adolf A. Berle e Gardiner C. Means: chi amministra non è il proprietario del capitale<sup>393</sup>.

A ciò si aggiunga che le società di un gruppo, nell'assoggettarsi alla direzione unitaria, perdono parte della propria autonomia<sup>394</sup>.

L'attività delle società controllate diviene, quindi, strumentale alla realizzazione di un interesse comune. In ogni caso, come evidenziato dalla dottrina, integrandosi nella struttura organizzativa del gruppo e adeguandosi alle direttive impartite dalla società *holding*, ciascuna delle società dominate, pur non godendo più di una piena autonomia decisionale, non perde la propria indipendenza. E naturalmente i soci manterranno la responsabilità limitata per le obbligazioni sociali<sup>395</sup>.

La disponibilità patrimoniale delle società del gruppo, peraltro, dipenderà in gran parte dalla strategia operativa elaborata dalla società *holding*.

Il problema sorge nel momento in cui la personalità giuridica e la limitazione della responsabilità delle società controllate vengono sfruttate come barriera per occultare il vero gestore dell'attività del gruppo; in una simile ipotesi, la società controllante si sottrarrebbe al rischio proprio dell'attività d'impresa, facendosi scudo con il patrimonio delle società controllate<sup>396</sup>.

---

<sup>392</sup> ANTUNES J. E., *Estrutura e Responsabilidade da Empresa*. Almedina.Lisbona, p. 34 ss.

<sup>393</sup> COMPARATO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, p. 05.

<sup>394</sup> MUNHOZ. *Empresa Contemporânea e o Direito Societário*, p. 215.

<sup>395</sup> CORDEIRO J. L. O., *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 591.

<sup>396</sup> Per quanto riguarda l'abuso commesso attraverso il fenomeno gruppo e la limitazione della responsabilità delle controllate cfr. GALGANO. *I gruppi nella riforma delle società di capitali, Contratto e impresa*, 2002. p. 1.017: «Il primo dei vantaggi che conseguono deriva dalla distinta soggettività giuridica delle società operanti sotto il controllo della *holding*. In linea di principio, questa è terza rispetto ai rapporti giuridici che le società controllate abbiano posto in essere: sicché coloro che abbiano acquistato ragioni di credito nei loro confronti non hanno titolo per invocare la responsabilità patrimoniale della capogruppo. Da questo punto di vista si può dire che l'organizzazione dell'impresa nelle forme del gruppo di società si colloca in rapporto di continuità storica con il conseguimento del beneficio della responsabilità limitata: questa consente di tenere indenne il patrimonio personale

In questo modo, l'organizzazione del gruppo distorcerebbe la logica sottesa al binomio potere/responsabilità, perché chi detiene il potere di indirizzare l'attività del gruppo e di condizionare le scelte della società controllate non risponderebbe non dei propri atti. Si giungerebbe allora a relativizzare la giustificazione del privilegio della limitazione della responsabilità nei gruppi<sup>397</sup>.

A suscitare preoccupazione negli operatori e nella dottrina è, infatti, l'ipotesi in cui le assemblee delle società controllate divengono meri simulacri, limitandosi a recepire acriticamente e passivamente le direttive della società *holding*<sup>398</sup>. Va chiarito, infatti, che l'esercizio della direzione unitaria da parte della società *holding* sicuramente incide sull'organizzazione interna delle società del gruppo, oltre che sulla nozione di interesse sociale.

Di fronte a questo scenario, una possibile soluzione potrebbe essere l'applicazione della teoria del superamento della personalità giuridica, poiché il rapporto di gruppo condurrebbe ad una modifica della funzione per quale la persona giuridica è stata creata. Non sarebbe questa, tuttavia, l'unica soluzione possibile per scongiurare eventuali abusi.

## **25. L'applicazione della teoria del superamento della personalità giuridica nei gruppi di società nella recente giurisprudenza brasiliana**

Con il D.L. 3708/1919 è stata introdotta nell'ordinamento brasiliano la società a responsabilità limitata, riconoscendo definitivamente il principio in base al quale il socio di una società di capitali risponde delle obbligazioni sociali nei limiti del conferimento eseguito.

Sembra, quindi, ragionevole affermare che la personalità giuridica della società funge da scudo di protezione del patrimonio del singolo socio. La persona giuridica, in altre parole, potrebbe essere considerata una maschera dietro alla quale si celano i veri titolari dei rapporti giuridici riconducibili alla società, per mezzo della quale, in alcuni casi, potrebbero essere commessi illeciti (fra i quali l'abuso della personalità giuridica) per sottrarre alla pretese dei creditori i patrimoni personali dei soci.

Ciò premesso, in Brasile la teoria del superamento della persona giuridica ha trovato un terreno fertile per la sua applicazione.

---

dell'imprenditore dai rischi dell'attività imprenditoriale; il gruppo di società consente di fruire più intensamente del beneficio della responsabilità limitata, attua la cosiddetta diversificazione dei rischi, perché rende fra loro separati i rischi relativi ai vari settori imprenditoriali, impedendo che le avverse vicende di un settore si comunichino al patrimonio destinato agli altri settori o al patrimonio della *holding*».

<sup>397</sup> In questo senso Galgano, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, Contratto e impresa., 2002. p. 1017 ss.

<sup>398</sup> MUNHOZ. *Il superamento della personalità giuridica e i gruppi di società*. p. 43.

Anche nell'ordinamento brasiliano infatti, laddove i soci non rispettino le più elementari regole che disciplinano il funzionamento della società, causando un pregiudizio ai creditori, i giudici ritengono sia possibile superare la barriera della personalità giuridica per aggredire il patrimonio personali dei soci.

Inoltre, con riferimento ai gruppi di società, secondo la dottrina, sarebbe possibile applicare la teoria in esame ogniqualvolta una delle società controllate dalla capogruppo sia utilizzata per sottrarre beni ai creditori.

Nel caso della società singola come nel caso dei gruppi, dunque, la personalità giuridica verrebbe sfruttata per perseguire scopi illeciti.

La teoria del superamento della personalità giuridica è stata recepita dall'art.50 del codice civile brasiliano, come abbiamo visto in precedenza. L'abuso della personalità, dunque, si manifesterebbe con la deviazione dall'originario scopo della società e con la confusione patrimoniale. Entrambe le fattispecie, in ogni caso, costituiscono ipotesi di frode che portano anche pregiudizi subiti ai creditori.

Più precisamente, la deviazione dallo scopo si verifica quando la società viene utilizzata per scopi diversi da quelli sanciti nell'atto costitutivo. Si può parlare di confusione patrimoniale, invece, quando uno o più soci utilizzino le risorse patrimoniali delle società controllate per scopi personali e, in ogni caso, laddove sia difficile distinguere il patrimonio della società da quello personale dei singoli soci.

Una parte della dottrina brasiliana, tuttavia, ritiene che la confusione patrimoniale sia un elemento caratteristico dei gruppi: il controllo e l'esercizio della direzione unitaria equivarrebbero alla condivisione fra tutte le società del gruppo del patrimonio di cui ciascuna è titolare.

A questa conclusione si potrebbe, però, obiettare che non è ammissibile – come ha stabilito il Superior Tribunal de Justiça - privare del tutto una società del suo patrimonio ovvero trasferire risorse patrimoniali da una società all'altra danneggiando i creditori<sup>399</sup>.

Allo stesso modo non è ammissibile che la società *holding* obblighi una o più società controllate a compiere scelte obiettivamente dannose.

I giudici sono soliti identificare i gruppi sulla base di elementi fattuali che dimostrino l'effettiva influenza della società capogruppo sulle decisioni adottate dagli organi amministrativi delle società controllate, indipendentemente dall'esistenza di partecipazione al capitale sociale.

Frequenti sono le pronunce giurisprudenziali che, in caso di fallimento, ricorrono alla teoria del superamento della personalità giuridica per consentire ai creditori di rivalersi sul patrimonio personale dei singoli soci o degli amministratori. E i giudici brasiliani hanno stabilito che, nel caso in cui la società fallita faccia parte di un

---

<sup>399</sup> STJ. Resp 332.763/SP, 30.04.2002.

gruppo, sia questo un gruppo di fatto o di diritto, gli effetti del fallimento dovrebbero estendersi, una volta accertata la direzione unitaria, anche alle altre società del gruppo.

Sembra ragionevole obiettare, tuttavia, che estendere gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento anche alle altre società del gruppo, sia pure in presenza di un abuso della personalità giuridica, sia un'opzione discutibile, in quanto applicare la teoria del superamento della personalità giuridica significherebbe richiedere il risarcimento dei danni causati dall'abuso.

A questo proposito va ricordato che l'art. 81 L. 11101/2005 (con cui è stata innovata la disciplina sancita dalla vecchia legge fallimentare, ossia il D.L. 7611/1945) stabilisce che il fallimento della società con soci a responsabilità illimitata comporta anche il fallimento di questi ultimi.

Per quanto riguarda, invece, il socio a responsabilità limitata, l'art. 82 della L. 11101/2005 prevede che la sua responsabilità personale dovrà essere accertata nel rispetto di quanto previsto dal codice di procedura civile per il rito ordinario.

Tuttavia il Superior Tribunal de Justiça condivide l'orientamento secondo cui sarebbe possibile estendere gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento alle società facenti parte dello stesso gruppo o che abbiano con la società fallita stretto legami d'interesse, qualora si riscontri un abuso della personalità giuridica diretto a frodare la legge o danneggiare i terzi. Tale accertamento richiederebbe l'attivazione di una procedura autonoma su richiesta della parte interessata<sup>400</sup>.

A questo punto va ricordato che, secondo la dottrina e la giurisprudenza brasiliane, il superamento della personalità giuridica consentirebbe di aggredire il patrimonio del socio ma si esaurirebbe nel risarcimento dei danni causati ai terzi tramite l'utilizzo fraudolento della struttura organizzativa della società

Di conseguenza, anche in sede fallimentare l'applicazione della teoria del superamento della personalità giuridica dovrebbe mirare ad accertare la responsabilità dell'autore dell'abuso in relazione agli obblighi assunti dalla società.

In merito ai criteri sulla base dei quali dovrebbe avvenire tale accertamento va a questo punto ricordato che l'art. 50 del codice civile brasiliano si è espresso in modo abbastanza preciso, specificando che, qualora si accerti un abuso della personalità giuridica caratterizzato dalla deviazione dallo scopo originario della società o dalla confusione patrimoniale, gli effetti di determinati rapporti e determinati obblighi potrebbero ricadere anche sul patrimonio personale degli amministratori o dei soci. In altri settori dell'ordinamento brasiliano, invece, è stabilito che il superamento della personalità giuridica potrebbe avvenire a prescindere dall'accertamento di un abuso: sia l'art. 28, § 5, L. 8078/1990 (in tema di tutela dei consumatori) sia l'art. 4 L. 9605/1998 prevedono che il limite rappresentato dalla personalità giuridica potrebbe essere superato ogniqualvolta esso rappresenti un ostacolo al risarcimento del danno.

---

<sup>400</sup> STJ, RESP. 3ª. T, 1259018/SP, 2011.

L'attuale orientamento giurisprudenziale, secondo cui la teoria del superamento della personalità giuridica potrebbe essere applicata per dichiarare il fallimento in estensione di altre società del gruppo di cui fa parte la società fallita, sembra ugualmente vago: non essendo fondato su criteri ben definiti, si lascerebbe agli operatori un eccessivo margine di discrezionalità.

A livello legislativo va segnalata la presentazione alla Camera dei Deputati del progetto di legge n. 5587 del 15 maggio 2013, il cui era obiettivo era disciplinare l'estensione del fallimento ad altre società appartenenti allo stesso gruppo della società fallita.

Per la precisione, nel disegno di legge era prevista l'aggiunta di un terzo paragrafo all'articolo 81 l.fall.: con il nuovo testo, il fallimento della società avrebbe potuto estendersi ad altre società collegate solo laddove fosse stata dimostrata un influenza effettiva sulle decisioni della società fallita, a prescindere dall'esistenza di una partecipazione nel capitale sociale<sup>401</sup>.

Il testo della disposizione è stato sottoposto a numerose critiche anche a causa della sua formulazione vaga, in particolare per quanto riguarda l'espressione «influenza effettiva».

Alla luce del quadro appena delineato, parte della dottrina brasiliana si è espressa affermando che la teoria del superamento della personalità giuridica non dovrebbe essere distorta per estendere il fallimento o le conseguenze legali del fallimento<sup>402</sup>; non sarebbe necessaria, allora, una soluzione legislativa al problema dell'estensione degli effetti del fallimento nel contesto dei gruppi di società, ma solo una migliore interpretazione della normativa vigente.

In questa prospettiva, la soluzione da ricercare in via interpretativa non sarebbe l'estensione del fallimento ad altre società del gruppo, ma il risarcimento del danno da parte di chi ha provocato un danno alla società.

---

<sup>401</sup> Legge 11.101/2005: **Art. 81.** A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem. § **1º** O disposto no caput deste artigo aplica-se ao sócio que tenha se retirado voluntariamente ou que tenha sido excluído da sociedade, há menos de 2 (dois) anos, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência. § **2º** As sociedades falidas serão representadas na falência por seus administradores ou liquidantes, os quais terão os mesmos direitos e, sob as mesmas penas, ficarão sujeitos às obrigações que cabem ao falido.

<sup>402</sup> LOBO J., *Extensão da Falência e o Grupo de Sociedades*. RJ, v. 12, n. 45, 2009, p. 80.

# CONCLUSIONI

## 1. L'importanza del fenomeno dei gruppi di società

I gruppi di società sono di solito descritti come entità composte da «plusieurs entreprises ou sociétés juridiquement indépendantes mais économiquement unies» e da molti anni rivestono un ruolo decisivo nel panorama economico mondiale<sup>403</sup>.

Considerando le sfide poste dal mercato globale, molte società hanno optato per questa forma organizzativa, che consente di perseguire uno scopo economico comune attraverso lo svolgimento di attività complementari.

Il rapporto fra le diverse società del gruppo è quindi caratterizzato da una peculiare sinergia che consente alle stesse società di beneficiare, per esempio, della reputazione del gruppo sul mercato o della capacità distintiva di un marchio comune<sup>404</sup>.

La coesione esistente fra le differenti società incide anche sulla gestione interna del gruppo. L'attività delle società che lo compongono è, infatti, influenzata dalle direttive della capogruppo, detta anche “società madre”.

Nonostante il carattere unitario dell'attività svolta, sorretta da una struttura organizzativa che comprende tutte le società del gruppo, questo, al contrario delle società che lo compongono, non è dotato di personalità giuridica.

Questa contraddizione fra il carattere unitario dell'attività svolta e un regime di disciplina fondato sul riconoscimento dell'autonomia di ogni società del gruppo è probabilmente all'origine dei problemi che il fenomeno solleva.

A questo proposito la crisi finanziaria che stiamo attraversando sembra rendere ancora più evidenti i limiti derivanti da questa impostazione «*individualisante*»<sup>405</sup>.

Le decisioni assunte all'interno di un gruppo societario sono, infatti, dirette a soddisfare interessi ed esigenze non paragonabili a quelli delle società singolarmente

---

<sup>403</sup> A. PETITPIERRE-SAUVAIN, *Droit des sociétés et groupes de sociétés*, Genève, Georg, 1972, p. 1.

<sup>404</sup> PAILLUSSEAU J., *La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques*, D., 2003, n° 34, p. 2348; P. BLUMBERG, *The Transformation of Modern Corporation Law : The Law of Corporate Groups*, *Conn. L. Rev.*, 2004-2005, p. 605; K. STRASSER et P. BLUMBERG, *Legal Models and Business Realities of Enterprise Groups – Mismatch and Change*, *CLPE Res. P. S.*, 2009, p. 11.

<sup>405</sup> T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 173.

considerate.

## 2. Brevi riflessioni sulla crisi della nozione di persona giuridica

La persona giuridica è un istituto che, non soltanto in anni recenti, ha subito un significativo processo di revisione sul piano concettuale.

Il problema del superamento della personalità giuridica si impone, infatti, perché il suo rispetto incondizionato potrebbe, «in determinati casi, condurre a risultati non equi»<sup>406</sup>.

Non vi è ordinamento che non concepisca la persona giuridica come soggetto giuridico autonomo, sempre nettamente distinto dai suoi membri.

La persona giuridica, dunque, opera per realizzare uno suo preciso scopo e agisce nell'interesse dei soggetti che l'hanno costituita.

La distinzione tra la società e i soci è resa dal concetto della cosiddetta alterità soggettiva della persona giuridica, cui sarà, dunque, riconducibile un'organizzazione interna e alla quale potranno essere imputati gli atti compiuti nel suo interesse.

Sia la giurisprudenza sia il legislatore, in diversi ordinamenti, sono giunti a negare il valore assoluto dell'alterità soggettiva della persona giuridica per via della necessità, che sovente si presenta nella pratica, di superare lo schermo della personalità giuridica<sup>407</sup>.

La questione centrale, dunque, è domandarsi quali siano i limiti per il superamento di tale principio e se questa scelta interpretativa si traduca o meno in una decadenza del concetto di persona giuridica.

Dal punto di vista pratico, l'esigenza di superare la barriera della personalità giuridica si impone in tutti quei casi in cui la società diviene uno strumento per perseguire vantaggi personali, creando una contraddizione fra la disciplina dell'istituto e la realtà dei rapporti giuridici.

Senza la pretesa di riproporre il dibattito fra i sostenitori dell'impostazione tradizionale della nozione di persona giuridica e i fautori della teoria revisionista, in entrambe le impostazioni sembra sia possibile individuare un presupposto comune: la persona giuridica non è un fenomeno preesistente all'ordinamento, bensì una creazione dell'ordinamento giuridico positivo per scopo determinato.

In questo senso la coerenza tra lo scopo dell'istituto e le finalità perseguite con

---

<sup>406</sup> SERICK, *Forma e realtà della persona giuridica*, Milano 1966.

<sup>407</sup> In Italia possiamo citare fra le altre : Cassazione, 25.1.2000, n. 804 in *Giurisprudenza. it.*, 2000, I, 1663; Cassazione, 24.2.1990 n. 1439 sul tema “ *holding* di fatto” , 15.2.1996 in *Giust. Civ.*, 1996, I, 1739 con nota di Lo Cascio.

il suo impiego dovrebbero guidare l'operatore nella valutazione della fattispecie concreta al fine d'individuare la disciplina applicabile.

Il problema della repressione degli abusi della personalità giuridica, infatti, si pone e si porrà sempre negli stessi termini, ossia verificare se sussistono in concreto i presupposti per applicare la disciplina sulla persona giuridica come organizzazione collettiva di interessi e di persone<sup>408</sup>.

Da un punto di vista generale la giurisprudenza italiana ha rilevato, con riguardo agli usi impropri o agli abusi della persona giuridica, che il problema della frode alla legge si risolve nello stabilire se si siano verificate situazioni che la norma elusa prevede e anche che è compito del giudice valutare i «rapporti sostanziali al di là della concreta situazione economica», con lo scopo d'individuare l'intento fraudolento perseguito dalle parti<sup>409</sup>.

Ovviamente il tema del superamento della personalità giuridica è strettamente collegato all'abuso del beneficio della responsabilità limitata (che si concretizza in ipotesi come quella del cosiddetto "socio tiranno" o della confusione patrimoniale).

A questo proposito un illustre studioso ha evidenziato che proprio il principio della responsabilità limitata, ossia il principio su cui si fonda lo stesso concetto di persona giuridica, avrebbe subito una «disgregazione sostanziale»<sup>410</sup>. E analogo discorso dovrebbe valere per il principio della separazione fra il patrimonio della società e quello dei soci: applicando la teoria del superamento della personalità giuridica, questo principio non avrebbe più ragion d'essere.

La soluzione del problema, allora, andrebbe ricercata tenendo conto sia della necessità di adeguare la disciplina riguardante la persona giuridica alle esigenze emerse nella prassi sia dell'importanza che tuttora rivestono i principi cui si ispira il concetto di persona giuridica.

In linea di principio non vi è dubbio che reprimere gli abusi della personalità giuridica sia un obiettivo auspicabile. Ciò, tuttavia, non dovrebbe avvenire negando sistematicamente l'alterità soggettiva che caratterizza il rapporto fra socio e società e, più in generale, destrutturando completamente il concetto di persona giuridica.

La teoria del superamento della personalità giuridica dovrebbe essere applicata soltanto laddove l'abuso – che deve ovviamente essere accertato in concreto – consista nella violazione delle più basilari regole che disciplinano il modello organizzativo di riferimento; nel caso in cui tale violazione svuoti di ogni contenuto la forma della persona giuridica, la tutela dell'organizzazione corporativa e il rispetto del principio della responsabilità limitata non sarebbero più giustificabili, perché in una simile ipotesi

---

<sup>408</sup> GALGANO F., *Società per azioni*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia* diretto da Fr. Galgano, VII, Padova. p 125.

<sup>409</sup> Corte Cassazione, 29.11.1983, n. 7152; anche GALGANO, *Società per azioni*, p. 111

<sup>410</sup> ROSSI. *Il conflitto epidemico*, Milano, p.139.

la società non verrebbe utilizzata per realizzare un interesse condiviso fra tutti i soci, ma un interesse “altro”.

È infatti agli interessi di chi fa parte (a vario titolo) della società che bisognerebbe guardare per verificare se sia stato concretamente perpetrato un abuso.

Allo stesso tempo sarebbe opportuno sanzionare eventuali illeciti commessi per mezzo della struttura organizzativa della società ricorrendo ai rimedi già predisposti dall'ordinamento, onde evitare di applicare la teoria del superamento della personalità giuridica in maniera indiscriminata o solo sulla base di presunzioni.

### **3. Direzione e coordinamento nei gruppi di società: un quadro di sintesi sulla disciplina italiana**

Con le norme in tema di direzione e coordinamento il legislatore italiano ha voluto regolare il fenomeno dei gruppi, dettando una disciplina che, seppur sintetica e condensata in sette articoli (dall'art. 2497 al 2497-*septies* c.c.), è più avanzata di quella predisposta dal legislatore brasiliano.

Abbiamo visto che il gruppo costituisce una realtà economicamente unitaria, ma articolata in più entità giuridicamente distinte e autonome soggette alla direzione unitaria della capogruppo.

Il legislatore italiano ha avvertito l'urgenza di elaborare una disciplina sul tema sia per attribuire rilevanza giuridica al fenomeno dei gruppi sia per intervenire su un aspetto particolarmente delicato, ossia il contemperamento degli interessi della capogruppo con gli interessi delle società controllate e dei loro soci di minoranza.

Il problema centrale resta, infatti, il rischio di abusi da parte della capogruppo; per questa ragione il legislatore italiano ha ritenuto opportuno concedere ai soci di minoranza e ai creditori delle società controllate di agire nei confronti della capogruppo.

Il gruppo di società, prima della riforma del 2003, veniva considerato come una situazione di fatto, caratterizzata dall'esercizio della direzione unitaria da parte di una società su altre società da essa controllate e che dava origine a una serie di diritti e obblighi di tipo organizzativo e anche risarcitorio.

Con il tempo emerse la necessità di legalizzare il gruppo, cioè di farlo evolvere da fenomeno economico a situazione dotata di un specifico rilievo giuridico, anche al fine di legittimare la compressione dell'autonomia gestionale delle società controllate e di sancire precise regole sia per quanto riguarda i vantaggi compensativi che derivano dall'appartenenza al gruppo sia per quanto riguarda il diritto al risarcimento dei danni provocati dalla direzione unitaria (attribuito ai creditori e ai soci delle società eterodirette) e il diritto di recesso del socio di società soggetta all'attività di direzione e coordinamento.

In questa sede sembra opportuno riepilogare alcuni aspetti fondamentali della disciplina in esame e, in particolare, il significato dell'attività di direzione e coordinamento, gli obblighi degli amministratori delle società del gruppo e la nozione di vantaggi compensativi.

Come in Brasile, il legislatore italiano non fornisce una definizione di direzione e coordinamento (di cui l'espressione "direzione unitaria" è sinonimo): si limita a indicare, all'art. 2497*sexies* c.c., delle presunzioni relative, oltre ad estendere la disciplina in questione «alla società o all'ente che, fuori dalle ipotesi di cui all'articolo 2497-*sexies*, esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti» (art. 2497-*septies* c.c.).

Va da sé che individuare i criteri in base ai quali dimostrare l'effettivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, al pari delle condizioni in virtù delle quali tale attività potrebbe essere esercitata da più soggetti, è questione tutt'altro che semplice. Altrettanto problematico è determinare quali elementi possano costituire la prova contraria di cui all'art. 2497-*sexies*.

In termini generali, tuttavia, si può affermare che la prova contraria può essere data ogniqualvolta, sia pure in presenza dei presupposti indicati dalla legge, non sia configurabile il controllo né tantomeno la direzione unitaria, tenuto conto che il controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., di per sé, non corrisponde alla direzione unitaria.

In sintesi, l'individuazione delle circostanze idonee a escludere l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte della *holding* è strettamente connessa alla struttura organizzativa del gruppo societario; in altre parole, è necessario verificare se esiste o meno una minima coesione nel gruppo.

In ogni caso è pacifico che l'attività di direzione e coordinamento deve essere idonea a influenzare le scelte delle società controllate sotto il profilo imprenditoriale.

Per quanto concerne i criteri cui deve ispirarsi l'attività di direzione e coordinamento, il legislatore, onde contemperare l'interesse della società controllante con quello delle società controllate, rinvia ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, il cui contenuto, secondo la relazione di accompagnamento al D. Lgs. 6/2003, deve essere definito dal lavoro della dottrina e della giurisprudenza

La direzione unitaria è infatti considerata una legittima modalità di organizzazione dell'attività imprenditoriale; tuttavia, tale attività deve svolgersi nel rispetto dell'autonomia delle diverse società appartenenti al gruppo e dei rispettivi interessi.

L'idea di fondo è che la direzione unitaria non può essere svolta in maniera tale da sovrapporre l'interesse di gruppo all'interesse sociale delle singole società eterodirette.

Ovviamente i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale potranno essere definiti tenendo conto del settore di mercato in cui operano le società del gruppo

e delle dimensioni del gruppo stesso.

Gli amministratori delle società controllate, dunque, dovranno operare in conformità alla direttive della società capogruppo ma, nel caso in cui queste si rivelino pregiudizievoli, il danno dovrà essere in qualche modo compensato.

In questo senso il legislatore italiano ha stabilito che non vi è responsabilità della capogruppo se 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».

La responsabilità della capogruppo, però, potrà essere esclusa solo in presenza di un vantaggio fondatamente prevedibile e idoneo a compensare per intero il pregiudizio.

Fra le diverse tesi formulate dalla dottrina con riferimento al significato dei vantaggi compensativi sembra, infatti, preferibile quella che ricollega il dettato dell'art. 2497, comma 1, c.c. a quanto stabilisce in tema di infedeltà patrimoniale l'art. 2634 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 al gruppo».

Qualora, invece, il danno non sia compensato da detti vantaggi, la società capogruppo si espone all'azione di responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. da parte dei soci e dei creditori delle società controllate. E la responsabilità della capogruppo può essere estesa, secondo quanto prevede l'art. 2497 c.c., comma 2, anche a «chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio».

In ogni caso i soci e creditori della società controllata, ai sensi dell'art. 2497, comma 3, c.c., potranno agire nei confronti della società controllata solo nel caso in cui non siano stati soddisfatti dalla società eterodiretta<sup>411</sup>.

#### **4. Il superamento della personalità giuridica nell'ordinamento italiano**

Nel corso della trattazione abbiamo appurato che nell'ordinamento italiano il superamento della personalità giuridica è un'opzione interpretativa che può essere contemplata in tre diverse ipotesi: in primo luogo nel caso in cui la società sia stata costituita con lo scopo di eludere norme imperative o di pregiudicare diritti e aspettative di terzi; in secondo luogo nel caso in cui i soci di una società regolarmente costituita non rispettino le norme che ne disciplinano l'organizzazione; infine in caso di confusione fra il patrimonio personale dei soci e il patrimonio della società ovvero nel caso in cui la società sia sottocapitalizzata.

---

411 Osserva P. MONTALENTI Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma, Riv. soc. 2013, pag. 73 che la disciplina della direzione e coordinamento, introducendo il concetto di corretta gestione societaria e imprenditoriale "impone un'estensione del principio di correttezza della società-isola al gruppo". P. MONTALENTI, Direzione e coordinamento, cit. pagg. 318-319.

In tutti questi casi il superamento della personalità giuridica porta ad imputare ai soci situazioni giuridiche che di per sé andrebbero imputate alla società.

La dottrina del “*piercing the corporate veil*” trova, infatti, applicazione, nel diritto italiano come in quello brasiliano in presenza di specifici elementi di fatto che dimostrino l’abuso dello schermo societario.

Essendo stata elaborata nell’ambito degli ordinamenti di *common law*<sup>412</sup>, la teoria del superamento della personalità giuridica manca di una solida ricostruzione teorica e si fonda sulla casistica analizzata dalla giurisprudenza.

Naturalmente la dottrina del “*piercing the corporate veil*” è stata accolta anche in altri ordinamenti. Anche in Germania, per esempio, il superamento della personalità giuridica è ammesso nel caso in cui i soci non rispettino le fondamentali regole che disciplinano l’organizzazione della società, benché questa sia stata regolarmente costituita.

Va osservato, comunque, che la riflessione dottrinale e la casistica giurisprudenziale fanno sovente riferimento all’ipotesi in cui il socio di controllo si ingerisca nella gestione della società degradandola a mero simulacro formale ai fini del perseguimento dell’attività imprenditoriale, che è quindi gestita direttamente dal socio. Nell’ordinamento italiano è, quindi, inevitabile il richiamo alla teoria bigiaviana del “socio tiranno” o dell’“imprenditore occulto”<sup>413</sup>.

Come abbiamo visto, inoltre, è facile riscontrare ipotesi di abuso della personalità giuridica nell’ambito dei gruppi di società.

Al riguardo una parte della dottrina italiana ha sostenuto che le obbligazioni delle società eterodirette potrebbero essere imputate alla società capogruppo muovendo dal presupposto che nel gruppo la stessa attività d’impresa verrebbe esercitata direttamente dalle società controllate e indirettamente dalla società madre.<sup>414</sup>

Vi sono poi ulteriori elementi che sono stati presi in considerazione dalla giurisprudenza italiana per giustificare il superamento dello schermo societario e consentire un’estensione della responsabilità: si allude all’ipotesi in cui la società *holding* possieda l’intero capitale sociale della società eterodiretta ovvero all’ipotesi in cui gli organi amministrativi della società capogruppo e della società eterodiretta siano composti dalle stesse persone.

---

<sup>412</sup> Easterbrook e Fischel, *Limited Liability and the Corporation*, 52 U. Chi. L. Rev. 89. 1985.

<sup>413</sup> Bigiavi, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954.

<sup>414</sup> Galgano, *Direzione e coordinamento*, Zanichelli, Bologna, 2005, 19 ss. Cfr., inoltre, Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Società*, 1990, n. 598.

Diversi sono gli elementi fattuali che potrebbero giustificare il superamento della personalità giuridica. Ciò accentua il carattere tuttora per molti versi indefinito della dottrina in esame, che in Italia come in Brasile è stata sottoposta a numerose critiche.

## **5. I recenti orientamenti della *Supreme Court* inglese in tema di superamento della personalità giuridica**

L'automatica applicazione della teoria del superamento della personalità giuridica a fattispecie differenti è stata sempre molto criticata, tanto che la *Supreme Court* inglese ha di recente fornito un'interpretazione abbastanza restrittiva della famosa *Salomon's doctrine* inglese, affermando che la dottrina del "*piercing the corporate veil*" sarebbe applicabile come rimedio assolutamente eccezionale e soprattutto limitato ai soli casi di abuso della personalità giuridica<sup>415</sup>.

Il caso riguardava la richiesta di finanziamento rivolta a una banca da alcuni soggetti che esercitavano un controllo di fatto sulla società che avrebbe dovuto beneficiare del finanziamento; nel formulare detta richiesta erano state fornite alla banca informazioni false sullo stato patrimoniale della società; sicché la banca, dopo aver stipulato il contratto e appurato, in un momento successivo, che le informazioni ricevute non erano vere, aveva agito sia nei confronti della società sia nei confronti dei soggetti con cui aveva negoziato il contratto.

Esaminando la possibilità di derogare al principio della responsabilità limitata, la *Supreme Court* stabilisce che non è consentita l'applicazione della dottrina del "*piercing the corporate veil*" in un caso di "*misrepresentation*" derivante da false dichiarazioni; più in generale, laddove non sia possibile provare che l'organizzazione della società è stata utilizzata per ottenere un ingiusto profitto, il superamento della personalità giuridica non è possibile, né può postularsi una responsabilità solidale tra gli autori dell'illecito e la società.

Resta da chiedersi se, ferma l'inapplicabilità della dottrina del "*piercing the corporate veil*", nel caso di specie avrebbero potuto essere esperiti altri rimedi, considerato che non sarebbe stato inverosimile ipotizzare una responsabilità solidale in capo alla società e ai soggetti che avevano negoziato con la banca il contratto di finanziamento.

---

<sup>415</sup> HILARY TERM – [2013] UNITED KINGDOM SUPREME COURT 5 – ON APPEAL FROM: [2012] EWCA CIV 808 [HTTP://WWW.SUPREMECOURT.GOV.UK/DECIDED-ASES/DOCS/UKSC\\_2012\\_0167\\_JUDGMENT.PDF](http://www.supremecourt.gov.uk/decided-ases/docs/uksc_2012_0167_judgment.pdf)

## 6. Il superamento della personalità giuridica nei gruppi di società nel diritto comparato

Nell'ordinamento americano gli studiosi si sono chiesti se la *limited liability rule* possa operare anche nel caso in cui i creditori abbiano subito dei danni prodotti da atti illeciti commessi nel corso dell'attività sociale.

Una parte della dottrina, al riguardo, ritiene che sia possibile dare al quesito risposta positiva; secondo tale orientamento, dunque, la *limited liability rule* non opererebbe nei confronti di quelli che nel corso di questa trattazione abbiamo chiamato "creditori involontari"<sup>416</sup>.

In tema di superamento della personalità giuridica un punto di riferimento (anche per la dottrina brasiliana) resta in ogni caso la dottrina tedesca, che al tema ha dedicato studi approfonditi<sup>417</sup>.

Più precisamente, la possibilità per il giudice di superare lo schermo della personalità giuridica in presenza di un abuso della medesima può essere sintetizzata, secondo la dottrina tedesca, nella formula "*durchgriff lei Juristischen Person*". A questo fine particolare rilevanza assume l'elemento soggettivo (*subjektiver Rechtsmissbrauch*), giacché l'abuso potrebbe configurarsi solo in presenza di dolo o colpa<sup>418</sup>.

Questo aspetto è stato criticato da una parte della dottrina portoghese, secondo cui l'abuso della personalità giuridica non dovrebbe essere necessariamente commesso con dolo o con colpa<sup>419</sup>.

## 7. Il superamento della personalità giuridica nei gruppi di società in Brasile

In Brasile, secondo l'orientamento prevalente, la teoria del superamento della personalità giuridica potrebbe applicarsi solo in presenza di un abuso commesso con dolo o colpa<sup>420</sup>.

---

<sup>416</sup> Hansmann e Kraakman, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, 100 *Yale L.J.*, 1991; In senso contrario, GRUNDFEST, *The Limited Future of Unlimited Liability: A Capital Market Perspective*, 102 *Yale L.R.* 387 (1992); A. COOPER, *Unlimited Shareholder Liability Through a Procedural Lens*, 107, *Harv. L. Rev.* 1547 (1992).

<sup>417</sup> OLIVEIRA. J.L. *A dupla crise da pessoa jurídica*, pagg. 295 e 621.

<sup>418</sup> CASILLO J.. *Desconsideração da Pessoa Jurídica*, p. 23; Oliveira, J. L. *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 295.

<sup>419</sup> CORDEIRO. *O Levantamento da Personalidade Colectiva*. Coimbra: Almedina, 2000. p.126.

Secondo una diversa impostazione, che richiama la cosiddetta "giurisprudenza degli interessi", sarebbe tuttavia possibile squarciare il velo della personalità giuridica non solo in presenza di una frode o, comunque, di un abuso caratterizzato dalla consapevolezza e dalla volontà di commetterlo, ma anche in caso di uso improprio della struttura organizzativa della società e, quindi, ancorando l'istituto dell'abuso a un elemento oggettivo<sup>421</sup>.

In base a questo orientamento, ad oggi condiviso solo da una parte della dottrina brasiliana, la teoria del superamento della personalità giuridica potrebbe essere applicata solo procedendo ad un'analisi dello scopo oggettivo della norma, tenendo conto dei principi fondamentali che la ispirano e del contesto giuridico, economico e sociale in cui tale norma deve essere applicata; in altre parole, nel ricorrere alla teoria del superamento della personalità giuridica si dovrebbe prendere in attenta considerazione non solo la funzione della norma, ma anche gli interessi che essa mira a soddisfare e il quadro di valori in cui essa s'inserisce"<sup>422</sup>.

Il fondamento della teoria oggettiva, in conclusione, consisterebbe nella deviazione della funzione assegnata dal sistema giuridico alla persona giuridica.

A questo punto ci si potrebbe domandare quale potrebbe essere l'approccio corretto al tema dell'abuso della personalità giuridica nei gruppi di società.

Posto che l'esercizio della direzione unitaria o di un'influenza dominante non sono di per sé attività illecite, secondo l'impostazione più tradizionale l'abuso della personalità giuridica, anche nei gruppi di società, consisterebbe nella deviazione dallo scopo della società o nella confusione patrimoniale.

Tuttavia, parte della dottrina brasiliana ha rilevato che richiamare la fattispecie della confusione patrimoniale potrebbe essere fuorviante perché nei gruppi di società è piuttosto frequente riscontrare il flusso di risorse patrimoniali da una società all'altra.<sup>423</sup>

Considerato inoltre che, sottoponendosi alla direzione unitaria, le società controllate dalla *holding* perdono parte della propria autonomia, non sarebbe sempre così semplice distinguere la deviazione dallo scopo della società o, più in generale, l'abuso della personalità giuridica dal fenomeno della "dipartimentalizzazione" che interessa alle società facenti parte del gruppo<sup>424</sup>.

---

<sup>420</sup> REQUIÃO R.. *Abuso de Direito e fraude através da personalidade jurídica*. *Revista dos Tribunais*, ano 58, v. 410, dez. 1969, p. 15. Cfr, a questo proposito AC 164.678, Tribunale San Paolo, RT, vol. 387/138.

<sup>421</sup> CASILLO J.. *Desconsideração da Pessoa Jurídica*, p. 25

<sup>422</sup> OLIVEIRA J.L.C., *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 367.

<sup>423</sup> OLIVEIRA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 599.

<sup>424</sup> COMPARATO F.. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, p. 290-292.

A questo proposito la dottrina brasiliana ha precisato che superare la barriera della personalità giuridica della società controllata imputando gli effetti della condotta tenuta da quest'ultima alla società controllante, sulla base della mera circostanza del controllo, equivarrebbe a mettere in dubbio l'assunto secondo cui la creazione di gruppo non dovrebbe pregiudicare le società che entrano a farne parte<sup>425</sup>.

Da un punto di vista più generale va osservato che il tema della responsabilità in gruppi di società è una questione che in diversi ordinamenti non è stata ancora affrontata a livello legislativo e che la giurisprudenza, per trovare una soluzione al problema, si è spesso limitata a richiamare la teoria dello superamento della personalità giuridica.

Più nel dettaglio, l'ordinamento brasiliano non contempla una disciplina sul punto o dei criteri ben definiti, demandando agli operatori il compito di individuare una possibile soluzione caso per caso.

Olivier Mach e Anne Petitpierre-Sauvain, sottolineando l'inadeguatezza della teoria del superamento della personalità giuridica alla realtà dei gruppi, hanno sostenuto nei loro studi, che, laddove nel gruppo si riscontri l'esistenza di un effettivo rapporto di controllo, la società controllante dovrebbe essere considerata sussidiariamente responsabile per i debiti della società controllata; riconoscere tale responsabilità servirebbe a scongiurare quel particolare fenomeno che alcuni studiosi hanno definito come crisi funzionale e strutturale del concetto di persona giuridica<sup>426</sup>.

In linea con questa impostazione, parte della dottrina brasiliana afferma che la società capogruppo potrebbe essere chiamata a rispondere per gli atti compiuti dalle società eterodirette nell'ipotesi in cui queste ultime siano ridotte a semplici strumenti utili ad esercitare un'attività imputabile alla *holding*<sup>427</sup>.

D'altra parte si è rilevato che postulare una responsabilità solidale fra la società capogruppo e la società eterodiretta significherebbe negare alle società del gruppo quell'autonomia patrimoniale e giuridica che le caratterizza<sup>428</sup>.

Per questa ragione la responsabilità nei gruppi dovrebbe essere qualificata non come responsabilità solidale ma come responsabilità sussidiaria.

È importante, in ogni caso, che le società del gruppo mantengano intatta la propria autonomia giuridica e patrimonio. In quest'ordine di idee, la teoria del superamento della personalità giuridica rappresenterebbe un'ipotesi del tutto

---

<sup>425</sup> OLIVEIRA J., *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 594.

<sup>426</sup> MACH, Olivier. *L'entreprise et les groupes de sociétés em droit européen de la concurrence*. Genebra: Georg, 1974, p. 5-8 ; PETITPIERRE-SAUVAIN, Anne. *Droit des sociétés et groupes de sociétés*. Genève, Georg, 1972 a cura di J. OLIVEIRA. *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 600.

<sup>427</sup> Sul tema C. SALOMÃO FILHO. *A Sociedade Unipessoal*. SP: Malheiros, 1995.

<sup>428</sup> COMPARATO F. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, p. 360.

eccezionale.

Tale è la posizione del *Superior Tribunal de Justiça*<sup>429</sup>.

## 8. Una possibile soluzione: la contrattualizzazione dei rapporti fra le società del gruppo

Al termine di questa ricerca sembra ragionevole affermare che una possibile soluzione per prevenire eventuali abusi nell'ambito del gruppo sia regolare in via contrattuale i rapporti fra le società che ne fanno parte. E a questo proposito vale la pena ricordare che, secondo il diritto tedesco, in presenza di un contratto avente a oggetto la costituzione di un gruppo, la capogruppo potrebbe impartire direttive vincolanti agli amministratori delle società controllate e anche disporre dello patrimonio delle stesse; tuttavia, qualora le società controllate subiscano delle perdite a causa di queste direttive, la società capogruppo è tenuta a indennizzarle.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, all'indomani della riforma del diritto societario del 2003 parte della dottrina aveva sostenuto che la direzione unitaria dovesse essere considerata una mera situazione di fatto, dalla quale avrebbe potuto scaturire una responsabilità a carico di chi ha impartito una direttiva, ma che non avrebbe potuto tradursi in un vincolo per gli amministratori<sup>430</sup>.

Questa tesi sembra tuttavia scarsamente conciliabile con la disciplina di cui all'art. 2497-*septies* c.c. italiano.

Più in generale, con la riforma del diritto societario del 2003, l'attività di direzione e coordinamento – che è «un *quid pluris* rispetto al mero esercizio del controllo»<sup>431</sup> – è stata definitivamente legittimata, precisando che essa dovrebbe essere esercitata in conformità ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

Sarebbe, allora, auspicabile che il legislatore detti un'apposita disciplina riguardante la soluzione che qui si condivide, ossia la contrattualizzazione dei rapporti di gruppo.

La regolamentazione in via contrattuale dei rapporti di gruppo, ove prevista dalla legge, rappresenterebbe la soluzione più efficace per definire i limiti dell'ingerenza della società che si trovi a svolgere l'attività di direzione e coordinamento, nonché le modalità con cui potrebbe essere perseguito l'interesse di gruppo.

---

<sup>429</sup> STJ. 5°. T. RESP.9685/RS. 18 dicembre 2008; 1°. T. RESP.767.021/RJ. 16 agosto 2005; 3°. T. RMS 12872/SP. 24 giugno 2002.

<sup>430</sup> GALGANO-GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, vol. XXIX, tomo 1, 3°. Ed., Padova, 2006, p. 330 ss.

<sup>431</sup> MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in Id., *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, p. 225.

Una simile soluzione consentirebbe, peraltro, richiamando ovviamente i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, di tutelare i soci e i creditori delle società controllate e di prevenire possibili abusi della personalità giuridica.

Allo stesso tempo, la soluzione della contrattualizzazione consentirebbe di regolamentare in modo più preciso i rapporti all'interno del gruppo, formalizzando diritti e obblighi.

Sarebbe possibile, in questo modo, stabilire quale dovrebbe essere l'oggetto delle direttive, i limiti delle responsabilità della società capogruppo e le modalità con cui quest'ultima potrebbe verificare il rispetto, da parte delle società figlie, delle direttive impartite.

Per quanto riguarda, invece, l'ordinamento brasiliano, occorre puntualizzare che una recentissima riforma del codice di procedura civile di questo Paese, entrata in vigore il 18 marzo del 2016, ha inteso porre dei limiti all'applicazione della teoria del superamento della personalità giuridica.

Tuttavia, alla luce delle riflessioni intraprese dalla dottrina sul tema e delle pronunce giurisprudenziali di cui si è cercato di dare conto, si ritiene che la soluzione qui condivisa potrebbe adattarsi anche all'ordinamento brasiliano.

In una prospettiva di sintesi, a questo punto, si può rilevare innanzi tutto, come si è cercato di sottolineare più volte nel corso della trattazione, che il superamento della personalità giuridica non rappresenta il rimedio più adatto a risolvere i conflitti che possono sorgere all'interno di un gruppo. I presupposti che giustificerebbero l'applicazione di questo rimedio, infatti, possono variare da caso a caso. Ragion per cui i risultati che la teoria superamento della personalità giuridica potrebbe produrre, laddove trasposta nell'ambito dei gruppi di società, restano tuttora incerti.

Pertanto, nell'ottica di disciplinare in via contrattuale i rapporti fra le società del gruppo, dovrebbero considerarsi ammissibili tutte quelle manifestazioni dell'autonomia privata dirette a questo scopo, come, per esempio, i contratti di dominio, i regolamenti di gruppo e le clausole statutarie.

Il contratto di dominio, al momento, è un istituto riconosciuto a livello legislativo dall'ordinamento tedesco, che lo disciplina ai §§ 291 ss. dell'*Aktiengesetz*.

In particolare, il contratto di dominio è inteso come un contratto mediante il quale la società capogruppo acquista il diritto d'impartire alle società controllate direttive che potrebbero anche rivelarsi pregiudizievoli e che non dovrebbero essere compensate in alcun modo, poiché al momento della stipulazione del contratto di dominio, ovvero in fase di esecuzione, la capogruppo dovrebbe prestare apposite garanzie a favore delle società controllate.

Gli organi amministrativi delle società controllate sarebbero, dunque, tenuti a eseguire le direttive della capogruppo.

Sembra ragionevole, allora, ipotizzare la stipulazione di un contratto fra società *holding* e società da questa controllate con cui la prima si impegnerebbe ad esercitare l'attività di direzione e coordinamento nel pieno rispetto della legge e dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

Come abbiamo già accennato in precedenza, un contratto del genere sarebbe destinato a svolgere una funzione essenziale non solo sotto il profilo della legittimazione del governo del gruppo, ma anche per quanto riguarda l'elaborazione di una vera e propria disciplina sulla dinamica del gruppo, onde regolare i flussi informativi fra le diverse società, i diritti e gli obblighi degli amministratori, eccetera.

In questa prospettiva autorevole dottrina ha sostenuto che tramite la contrattualizzazione dei rapporti infragruppo sarebbe «possibile stabilire con chiarezza e precisione quali siano il contenuto, i limiti, le modalità, gli organi investiti dell'attività di direzione e coordinamento, i doveri di adempimento delle società sottoposte, le regole di controllo e di adeguamento»<sup>432</sup>. Inoltre la contrattualizzazione potrebbe «avere riflessi positivi e di notevolissimo rilievo operativo nella predisposizione dei modelli di prevenzione dei reati, introdotti dal d. lgs. 231/2001»<sup>433</sup>.

A ciò si aggiunga che il contratto di dominio potrebbe costituire una tecnica per separare proprietà e controllo, ossia una tecnica di professionalizzazione della direzione unitaria. In questo modo la società capogruppo potrà dotarsi di un organo amministrativo e di un *management* esperti nelle diverse funzioni di direzione del gruppo<sup>434</sup>.

Infine, un ulteriore strumento che potrebbe contribuire a definire i legittimi poteri della capogruppo è rappresentato dai contratti di servizi infragruppo, in virtù dei quali le società eterodirette attribuiscono alla società *holding* lo svolgimento di determinati servizi di natura tecnica e amministrativa nell'ambito del gruppo.

## **9. La regolamentazione dell'attività di direzione e coordinamento tramite clausole statutarie**

Una società che si trovi operare all'interno del gruppo dovrà necessariamente disciplinare la propria attività e il funzionamento dei propri organi nel rispetto della legge e tenendo conto sia delle caratteristiche della società sia delle esigenze specifiche

---

<sup>432</sup> MONTALENTI P. *Società per azioni corporate governance e mercati finanziari*. Giuffrè. 2011. p. 238 ss; nello stesso senso, importante la lettura di U. TOMBARI . *Diritto dei gruppi di imprese*. Giuffrè. 2010.

<sup>433</sup> MONTALENTI P.. *Società per azioni corporate governance e mercati finanziari*. Giuffrè. 2011. p. 239.

<sup>434</sup> MONTALENTI P.. *Società per azioni corporate governance e mercati finanziari*. Giuffrè. 2011. p. 239.

del gruppo<sup>435</sup>.

Lo statuto di ciascuna società del gruppo dovrà, quindi, essere elaborato o modificato prendendo atto, in linea generale, che l'attività dovrà essere svolta nell'ambito di una struttura organizzativa più ampia e che l'appartenenza al gruppo avrà rilevanti ripercussioni, per esempio, sulle funzioni dell'organo amministrativo.

In quest'ordine di idee, allora, sarebbe opportuno un coordinamento delle clausole contenute negli statuti delle società figlie e della società madre. In questo modo sarebbe più semplice predisporre un sistema di regole omogeneo sull'attività organizzativa del gruppo dotato di una sua coerenza.

Inoltre, al fine di approntare un rimedio specifico per l'eventuale inadempimento degli amministratori di una società soggetta all'attività di direzione e coordinamento, si potrebbe ipotizzare l'inserimento, negli statuti di tutte le società figlie, di una clausola volta a definire entro quali limiti sussisterebbe un obbligo degli amministratori di dare esecuzione alle direttive della società *holding*; la violazione di una clausola simile potrebbe allora integrare un'ipotesi di giusta causa per la revoca e, in caso di danno, di responsabilità verso la società capogruppo.

L'obiettivo di fondo, anche in questo caso, sarebbe facilitare l'esercizio della direzione unitaria da parte della capogruppo.

---

<sup>435</sup> TOMBARI U., *Il gruppo di società*, cit., 265 ss.

## BIBLIOGRAFIA

ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, p. 623.

ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationship in US, German and EU Law, an International and Comparative Perspective*. Denver (Boston): *Kluwer Law and Taxation Publishers*, 1994. 549 p.; *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurisocietária*. 2. ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. 1.073p.; *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários*. Universidade Católica Portuguesa, Ed. Porto, 1994; *Estrutura e Responsabilidade da Empresa: O moderno paradoxo regulatório*. Revista Direito GV, v.1, n. 2, jun./dez. 2005. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, p. 29-68; *The Law of Affiliated Companies in Portugal*. *Rivista Delle Società*: a cura di Ariberto Mignoli e Guido Rossi. *Atti del Convegno Internazionale di Studi*. Venezia, 16-17-18 novembre 1995, v. 1, Milano: Giuffrè, 1996. p. 355-388.

ANGELICI, *La riforma delle società di capitali, Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003.

AGUIAR, R.M.S., *Desconsideração da personalidade jurídica no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALMEIDA, A. P., *Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ALLARA, *Atti emulativi* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 1959, p. 34.

AMARAL, F. *Direito Civil: introdução*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRIGHI, F. N., *A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil: convergências e assimetrias*.

ASCARELLI, T., *Problemas das Sociedades Anônimas no Direito Comparado*. SP:Saraiva, 1969; *O Desenvolvimento Histórico do Direito Comercial e o Significado da Unificação do Direito Privado*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Traduzione *Comparato F.*, in *Saggi di Diritto Commerciale*. Milão: Giuffrè. Nova Série, ano XXXVII, n. 114, abr./jun. 1999. SP: Malheiros, p. 239; *Interesse Sociale e Interesse Comune nel voto*. *Rivista delle Società*, 1958.

ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, II, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 333 ss.

AVONZO M., *Direito romano e direito privado*. Giappichelli, 1995, pagg. 195-197.

AA. VV., *I gruppi di società, Atti del Convegno internazionale di studi*, organizzato da Riv. Delle società, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, II, Milano, 1996.

AZZOLINA, *Sull' estensibilità del fallimento all' unico azionista o quotista della società*, in *Foro*, 1958, I, p. 643.

BADINI CONFALONIERI A., VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, 2150 ss.

BAKER, David S. KILLINGSWORTH, V. Scott. *An American View through the corporate veil*. International Business Lawyer. vol. 6. p. 267-282. Grã-Bretanha:1978.

BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali Artt. 2740 –2744*, in Codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 64 ss.

BARILLARI, Michele. *Sul concetto della persona giuridica - contributo alla teoria filosofica della persona giuridica*. Roma - E. Loescher, 1910. Testo Monografico.

BASILE, *Le persone giuridiche*, Giuffrè, 2003, p.150.

BASSI A., *La disciplina dei gruppi*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, 199 ss.

BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 353.

BIANCHI D'ESPINOSA, *L' estensione del fallimento di una società per azioni all' unico azionista*, cit., p.117.

BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile* cit., p. 98 ss.

BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993, p. 12.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6<sup>a</sup> ed. Centennial Edition St. Paul: West, 1994.

BLUMBERG, Phillips I. *The law of Corporate Groups in the United States*. Rivista delle Società. Atti del Convegno Internazionale di Studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Volume Primo, Milano: Giuffrè, 1996, p. 421-472.

BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. Trad. Azevedo D.A., SP: Nova Cultural, 1987. p. 335.

BIANCA C.M., *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2000.

BIANCA, *Diritto Civile, v. 3, Il contratto*, Giuffrè, 1998, p. 587.

BIANCHI D' ESPINOSA, *L' estensione del fallimento di una società per azioni all' unico azionista*, cit., p. 117.

BIGIAMI, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1957; ID, *Difesa dell'«imprenditore*

*oculto*», Padova, 1962; *Responsabilità del «socio tiranno»*, in *Foro It.*, 1960, I, c. 1180; *«Imprese» di finanziamento come surrogati del «socio tiranno» imprenditore occulto*, in *Giur. It.*, 1967, IV, c. 49.

BOBBIO N., *Struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Trad. Beccaccia Versiani. Barueri: SP. Brasil. 2007.

BOBOLINI, *L'imprenditore a latere, in fallimento*, 1996, p. 882.

BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di G.E. Colombo e G.B. Portale, IV, Torino, 1991.

BONELLI F., *Conflitto d'interesse nei gruppi di società*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, 226.

BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004.

BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991, p. 32.

BONELLI, *La responsabilità dell'amministratore di fatto*, cit., p. 111, ripresa da BORGIOLO, *Amministratori di fatto*, cit., p. 611.

BOWMER, cit., G.R. RUBIN, "Aron Salomon and his circle", in *Essays for Clive Schmitoff*, ed John Adams (Abingdon: Professional Books, 1983), pagg. 99 -123.

CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 15ª ed. RJ: Freitas Bastos, 1992, v. 1.

CARVALHOSA, M., *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 3. ed., SP: Saraiva, 2003, 2. v.; *A Nova Lei das Sociedades Anônimas*. SP: Paz e Terra, 1977.;

CASILLO, J. *Desconsideração da Pessoa Jurídica*. *Revista dos Tribunais*, n. 528, 1979, p. 24-40.

CAMPAGNA, *I "negozi di attuazione" e La manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958.

CANNATA, *Quasi-contratti e quasi-delitti (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 25 ss., spec. p. 32 ss.

CENNI, *Superamento dello schermo della personalità giuridica, collegamento contrattuale e dintorni*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 1063.

CEOLIN, A.C.S., *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. BH: Del Rey, 2002.

COELHO, Fabio U., *Desconsideração da personalidade jurídica*. SP: *Revista dos Tribunais*, 1989; *Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa* 10ª ed. SP: Saraiva: 2007; *Curso de Direito Comercial*. 8. ed. SP: Saraiva, 2004.; *Manual de Direito Comercial*. 14. ed. SP: Saraiva, 2003.

COMPARATO, F. K., *A Reforma da Empresa. In: Direito Empresarial: estudos e pareceres*, SP: Saraiva, 1990; *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. SP: Malheiros, 1983.

COMPARATO, F.K. e SALOMÃO FILHO C., *O poder de controle na sociedade anônima*. 5ª ed. RJ: Forense, 2008.

COMPORTI, in *La riforma delle società*, Vol. II, Torino, 2003, p. 986 ss.

CORDEIRO, A. M., *Direito Europeu das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2005. P. 1.123 ; *O levantamento da personalidade colectiva no Direito Civil e Comercial*. Coimbra: Almedina, 2000.

CRESPI, G. S. *The Reverse Piercing Doctrine: Applying Appropriate Standards*. *Journal of Corporation Law*. Iowa: v. 33, p. 33-69, 1990-1991.

CAMPOBASSO G. F., *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003.II

CARANO C., *Responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, II, 249 ss.

CARIELLO V., *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Società di capitali*, a cura di G. Niccolini, A. Stagno D'Alcontres, Vol. III, Napoli, 2004, 1853; *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, II; *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. Soc.*, 2003, 1231 ss; *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Soc.*, 2007.

CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori di società*, a cura di Cendon, Tomo I, II, 2003; *La riforma delle società*, Vol. II, Torino, 2003, p. 987.

CORREIA, M. J. A. P. *Direito Comercial*. 8. ed., Coimbra, 2003.

D'ALESSANDRO, F., *Il Diritto delle Società da << Battelli del Reno >> alle << Navi Vichinghe >>*. In: *Il Gruppo d'impresse Nella Realtà Giuridica Italiana. Atti del Convegno di Verona*, 6-7 novembre. Padova: Cedam, 1990. p. 3-16; *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Cedam, 1989, p.77.

DAL SOGLIO P., *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società, sub art. 2497*, a cura di A. Maffei Alberti, III, Padova, 2005, 2302 ss.

DE CRESCIENZO U., *La controversia questione*, cit., p. 932.

DI GIOVANNI, "Persona giuridica", p.12 ss.

DIGESTO delle discipline privatistiche: Sezione civile, Volume 13, International Academy of Comparative Law, Associazione italiana di diritto comparato, UTET, 1995, p. 399 ss.

- DI SABATO, *L'assuntore del concordato fallimentare*, Napoli, 1960, p. 49 ss.
- DONATI, *I valori della codificazione civile*, Cedam, 2009, p. 20.
- DOSSETTI, *Atti emulativi*, spec. § 2, in *Enc. giur.*, Treccani, p.1 ss.
- D'USSEAUX F. B, *Le finzioni nel diritto*, Giuffrè, 2002.
- EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel. *The Economic Structure of Corporate Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- EBENE COBELLI, *Risarcimento e reintegrazione in forma specifica*, in *Nuova giur. civ.*, 1985, II, p. 515.
- ENGLE, Eric. *Private Law Remedies for Extraterritorial Rights Violations*. 2006.
- FAVA, I. *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*. *Le Società. Rivista di Diritto e Pratica Commerciale Societaria e Fiscale*, anno XXII, Milano: IPSOA Scuola d'impresa, settembre 2003; *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Società*, 2003, 1197 ss.
- FELICI, *La responsabilità sussidiaria dell'único azionista*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1996, n. 5, p.678.
- FERRANDO G., *I contratti collegati*, in G. Alpa e M. Bessone, *I contratti in generale*, III, in *Giur. Sist. Dir. Civ.e comm.*, diretta da Bigiavi, Torino, 1991, 571 ss. III
- FERRARA, F., *Teoría de las Personas Jurídicas*. Espanha, Madrid: Reus, 1929. P.1.035;C., *Volontà, manifestazione, negozio giuridico: un nuovo problema*, in *Ann. dir. comp.*, 1941, p. 374 ss., spec. p. 381 ss.; ID., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 496 ss.
- F. FERRARA - F. CORSI, *Gli imprenditori e le Società*, Giuffrè, 2003.
- FERRI, G. *Manuale di Diritto Commerciale. Ottava edizione*: a cura di Carlo Angelici e Giovanni B. Ferri. Torino: UTET, 1991; *Concetto di Controllo e di Gruppo*. In: *Disciplina Giuridica del Gruppo di Imprese, Esperienza e Proposte. Atti del Convegno di Studi svoltosi a Bellagio nei giorni 19-20 Giugno 1981*. Milão: Giuffrè, 1982. p. 67-85.
- FERRAZ JÚNIOR, T.S., *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. SP: Atlas, 1994.
- FERRO, *Responsabilità di gestione e responsabilità di garanzia ex art. 147 L.F., cit.*, p. 390.
- FICOCELLI G., *Efficacia del concordato*, cit., p. 880 ss.
- FRANCESCHELLI, *Premesse generali*, cit. loc. ult. cit. per GUERRERA, *Gestione "di fatto" e funzione amministrativa nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p.

GALGANO F., *I gruppi di società*, in *Le società*, diretto da Galgano, 2001. GALGANO F., *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. e impresa*, 2002, 1015 ss; *Direzione e coordinamento di società*, *Commentario del cod. civ. Scialoja – Branca*, a cura di F. Galgano, (artt. 2497 – 2497 septies), Bologna – Roma, 2005; *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2003; *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato dir. Civ., e comm. e dir. pubbl. dell'econ.*, XXIX, Padova, 2003; *I gruppi nella riforma delle società di capitali*. In: *Contratto e Impresa: Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, diretto da Francesco Galgano. Padova: CEDAM, 2002. p. 1.015-1.045; *Globalizzazione e conglomerazione*. In: *Contratto e Impresa: Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano*. v. 1, ventiduesimo anno, Padova: CEDAM, 2006. p. 73-92; *L'oggetto della holding è dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*. In: *Contratto e Impresa: Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano*. v. 1, sesto anno, Padova: CEDAM, 1990. p. 401-522; *Qual è l'oggetto della società holding?* In: *Contratto e Impresa: Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano*. v. 1, Padova: CEDAM, 1986. p.327-343; *Il bilancio della capogruppo, il bilancio consolidato e la responsabilità degli amministratori della holding*. In: *Contratto e Impresa: Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano*. v. 1, tredicesimo anno, Padova: CEDAM, 1997. p. 269-275; *Le insidie del linguaggio giuridico*, cit., 25 ss; *Le società per azioni. Principi generali*. Artt. 2325-2341, in *Commentario del cod. civ. Schlesinger*, cit., p.337; *Dogmi e dogmatica nel diritto*.p. 25 ss; *Persone giuridiche*, cit., p.10; *La società per azioni*, cit., 105 ss; *Il diritto privato fra codice e Costituzione*, Zanichelli, 1988, p. 101 ss; *Le società in genere. Le società di persone*, cit., p. 129; *Il costo della persona giuridica*, cit., 13 s; *La giurisprudenza nella società post-industriale*, 1989, p. 357 ss; *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato Galgano*, XXIX, Padova, 2003. *Il fallimento delle società*, cit., p. 80; *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli «obiter dicta» della Cassazione)*, in *Contr. e impr.*, 1987, pag. 365; *La repressione dell'abuso della personalità giuridica*, in *Le società –I gruppi di società*, Torino, 2001, pagg. 232 – 236.

GAMBINO A., *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. Comm.*, 1993, I, 841.

GAMBINO, A., *I gruppi in Italia alla luce del progetto di IX direttiva. Giurisprudenza Commerciale, ano XIV, prima parte, p. 5, 1987; La disciplina del conflitto di interessi del socio. Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*. Milão: Giuffrè, 1987.

GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1991, p. 92 ss., p. 420 ss; *sub. art. 2447-quinquies*, in *Società di capitali*, commentario (a cura di) Niccolini – Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1240.

GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, Berlin, 1877, p. 22.

GILISSEN, J., *Introdução Histórica do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian,

1988.

GIORGI, *Libertà di informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, in P. Abbadessa, Angelici, Mazzoni, *Diritto commerciale interno e internazionale*, Torino, 2005.

GIOVANNINI S., *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 305, Milano, 2007.

GLOSSA ad D. 3, 4, 7, I.

GOLDSTEIN e L. PISCITIELLO, *Le multinazionali*, Bologna, 2007, p. 9 ss; Thompson, *La globalizzazione economica*, in *Enc. Giur. Treccani*, p. 496 ss.

GOMES, O., *Introdução ao Direito Civil*. 13. ed. RJ: Forense, 1999; *A Crise do Direito*. SP: Max Limonad, 1955.

GONÇALVES NETO, A. A., *Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo código civil*. SP: Juarez de Oliveira, 2002; *Lições de Direito Societário*. 2. ed. SP: Juarez de Oliveira, 2004; *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. SP: Revisa dos Tribunais, 2007.

GONTIJO, V.J.M., *Responsabilização no direito societário de terceiro por obrigação da sociedade*. *Revista dos Tribunais*, v. 95, nº 854, p. 38-51, dez. 2006.

GUIZZI G., *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano, 2005, 249; *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, 439.

GUGLIELMUCCI L., *La responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, 39 ss

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Trad. Berilo Vargas. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

HANSMANN e KRAAKMAN, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, in *Yale Law J.*, 1991, p. 1879 ss.

HOWELL, *Salomon under attack*, in *Company Lawyer* 2000, 21(10), pagg. 312-314.

IMPALLOMENI, *Persona giuridica (diritto romano)*, in *NovDI*, XII, 1965, p. 1028.

INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare* in *Contr. e impr.*, 2003, p. 164.

IRACE A., *Commento all'art. 2497*, in AA. VV., *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli, V. Santoro, Torino, 2003, 311.

IRUJO, J.M.E., *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*. Granada: Editorial Comares, 2003.

ISFER , As empresas individuais. p. 81.

JAEGER P.G., “Direzione unitaria di gruppo” in *Riv. Soc.*, 1985, 821; *L’interesse Sociale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1964; *L’interesse sociale rivisitato (quarent’anni dopo)*. In: *Giurisprudenza Commerciale*, anno XXVII, Parte Prima. Milano: Giuffrè Editore, 2000. p. 795-812.

JONES G., *The Multinational Traders*, London, 1998, p.1 ss.

JORIO A., *Profili di responsabilità della società capogruppo*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di Ambrosini, Vol. II, Torino, 2005.

JUSTEN FILHO, M.. *Desconsideração da Personalidade Jurídica Societária no Direito Brasileiro*. SP: Revista dos Tribunais, 1987; *A desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. 1985.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradu. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed., rev. SP: Revista dos Tribunais, 2003; *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 2000, p. 89.

KHAN-FREUND, *Some Reflection on Company Law Reform*, in *M.L.R.*, 1944, p. 54

KOURY, S.E.C., *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2ª ed. RJ: Forense, 2002.

LAMANNA, *Socio único e fallimento*, cit., p. 471.

LEITE, E.O., *La nationalité des Sociétés et le Droit International Privé Brésilien*. Université de Droit d’économie et de sciences sociales de Paris (Paris II), 08.11.1976, p. 301.

LO CASCIO G., *Commento all’art. 2497 c.c.*, in *La riforma del diritto societario*, Vol. IX, Giuffrè, 2003, 239; *Gruppo d’imprese, direzione unitaria e responsabilità della capogruppo*, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 1641; *La responsabilità degli amministratori nei gruppi d’imprese*, in *Società*, 1982, 271; *Effetti remissori del concordato preventivo ed unico azionista della società concordataria*, in *Giustizia civile*, 1993, n. 5, p.I-378.

LOPES, M. M S. *Curso de Direito Civil*. 7. ed., rev. e atual. RJ: Freitas Bastos, 1989.LOSANO M., *Forma e realtà in Kelsen*. 1981. p. 35 ss.

LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, ESI, 2001, p. 60

LUTTER, M. *The Law of groups of companies in Europe: A challenge for jurisprudence*. In: *Forum Internazionale*, v. 1, n. 1, 1983.

MADALENO, Rolf. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MANES, *Abuso di direzione unitaria e responsabilità degli amministratori della*

- controllante: verso l'affermazione di un principio generale*, in *Contr. e impr.*, 2002, p.1.
- MANFEROCE, *Socio unico di società di capitali, socio sovrano e socio tiranno*, in *Fallimento*, 1995, p. 486.
- MAYSON, FRENCH & RYAN *on Company Law*, 2003-2004 edition, Oxford University Press, p. 14.
- MAXIMILIANO, C., *Heremênutica e aplicação do direito*. 9ª ed.RJ: Forense, 1981.
- MAZZACANE, *Pandettistica*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1986, p. 591 ss.
- MAZZONI C. M., *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, p. 601 ss.
- MENEZES DIREITO, C. A., *A desconsideração da personalidade jurídica*. In ALVIM, A.; CÉSAR J. P. C. , *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil*. SP: Revista dos Tribunais, 2003, p. 89.
- MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., p. 109 e 110.
- MIRANDA, P., *Tratado de direito privado*. RJ: Borsóí, 1972.
- MIOLA M., *Il diritto italiano dei gruppi de jure condendo: i gruppi e i creditori*, in *Giur. Comm.*, 1996, I, p. 409.
- MONTALENTI P., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governante*, Padova, 1999, p. 98; *Gruppi e conflitto di interessi nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in Ass.ne Preite, *Verso un nuovo diritto societario. Contributi per un dibattito*, Bologna, 2002, p. 240; *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, p. 628; *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, II, p. 243; *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, p. 2007; *P. Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*. In: *Rivista delle Società. Atti del Convegno Internazionale di Studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Volume Secondo*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 1.626-1.649.
- MONTEIRO, W. B., *Curso de Direito Civil: parte geral, 1º vol.*, 39ª ed. SP: Saraiva, 2003.
- MORELLO, *Negozio giuridico*, VI) *Negozio in frode alla legge*, in *Enc. giur.*, Treccani, 9 s.
- MUNHOZ, E.S. *Empresa Contemporânea e Direito Societário: Poder de Controle e Grupos de Sociedades*. SP: Juarez de Oliveira, 2002; *Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades*. *Revista de Direito Mercantil*, n. 134, p. 25-47.
- MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, p. 119 ss.

MONTESANO, *Aspetti funzionali dell'esecuzione in forma specifica*, In Riv. Trim. dir.proc. civ., 1964, p. 941.

NADER, P., *Curso de Direito Civil – parte geral*, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, Napoli, 1992, p. 149 ss.

NEGRÃO, R., *Manual de Direito Comercial e de Empresa, vol. 1*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. NIGRO, *La società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 354.

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, 375.

OLIVEIRA, José Lamartine C., *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. SP: Saraiva, 1979; *Personalidade Jurídica da sociedade irregular*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, ano 10, n. 10, 1964-1967.

OPPO G., *I contratti parasociali*, Milano, 1942.

ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, 1987, p. 258; *problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Giappichelli, 1968, vol. 1.

PACCIANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi*, in Atti del Convegno di Torino, 4 ottobre 2002, 78 e 81.

PAOLA MANES, *Sui "patrimoni destinati ad uno specifico affare" nella riforma del diritto societario*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 181.

PARKER HOOD, *Salomon's case and the single "business organisation"*, in *J.B.L.* 2001, Jan, pagg. 58-61.

PATROCÍNIO, D.M., *Direito Empresarial*. SP: Juarez de Oliveira, 2009.

PANZANI L., *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, 1477.

PAVONE LA ROSA A., *Nuovi profili della disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. Soc.*, 2003, 767.

PEREIRA, Caio Mario S., *Instituições de direito civil. vol. 1*. 20ª ed. RJ: Forense, 2004.

PEREIRA NETO, E.A.N. *Anotações sobre os Grupos de Sociedades*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 82, Nova Série, 1991, p. 30-38.

PEREIRA, R.V.F. *A fraude à lei*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

PERRELLA, *Forma della delibera costitutiva dei patrimoni destinati*, in *i Contratti*, 2004, n. 11, p. 1071.

PEREZ, C. *Microelectronics, Long Waves and World Structural Change: New Perspectives For Developing Countries*. In: *World Development*, v. 13, n. 3, p. 441-463,

1985; *Cambio Técnico, Restrucción Competitiva y Reforma Institucional em Los Países en Desarrollo. Charla en el Foro de apertura de ciclo “La ciencia y la tecnología em la construcción del futuro del país”* organizado por el MCT, Caracas, Junho de 2000. Disponível em: <www.carlotaperez.org>. in 05.05.2016; *Cambio de Paradigma y rol de la tecnología em el desarrollo. Keynote speech in the series of seminars Science and Technology for the future of the country, organized by the Ministry of Science and Technology*, June, 2000, Caracas, Venezuela. In: <www.carlotaperez.org>.in:05.05. 2016.

PELLIZZI, *La società persona giuridica: dove è realtà e dove è vuota formula (esperienze delle banche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 481-492; *Personalità giuridica e infrazioni valutarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1978, I, p. 266 ss.

PIAZZA, *Garanzia (diritto civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 4 ss.

PICONE, *Estensione del fallimento al socio unico di società di capitali*, cit., pagg. 1317-1323.

PIZZIGATI, *Fallimento del socio e tutela dei creditori*, cit., p. 188.

PRADO, V.M., *Conflitos de Interesses nos Grupos Societários*. SP: Quartier Latin, 2006.

PUGLIATTI, *Finzione*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 666.

RAGUSA, *L'unico azionista o l'unico quotista non sono assoggettabili a fallimento*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciali*, 1998, n. 7, p. II-43.

REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. SP: Saraiva: 2002.

REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. Aspectos modernos do direito comercial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1977; *Curso de Direito Comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. II.; *Aspectos Modernos do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1977; *Abuso de Direito e fraude através da personalidade jurídica*. *Revista dos Tribunais*, 1958, v. 410, dez. 1969.

RESCIGNO M., *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 334; *Obbligazioni, nozioni generali*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, 157; *L'abuso del diritto*, cit., p. 230 ss.

RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999, 122.

RUDORFER, M., *Piercing the Corporate Veil: A Sound Concept*. New York: Grin, 2006.

RORDORF R., *Giudici per il mercato o mercato senza giudici?*, in *Società*, 2000, 154; *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, 538; *Socio unico e società di capitali*, cit., p. 596; *La fallibilità del socio*, cit., p. 477 ss.

ROSSI S., ABRIANI N., MONTALENTI P., MUCCIARELLI F., SACCHI R., *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. Comm.*, 2002, 613 ss.

ROVELLI L., *La responsabilità della capogruppo*, in *Fallimento*, 2000, 1098 ss.

RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e "interesse nel diritto"*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, 23 ss.

SACCHI R., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, 661 ss.

SALAFIA V., *Applicabilità dell'art. 2362 nel caso di interposizione fittizia*, in *Società*, 2003, p. 575; *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2003, 390 ss; *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2004, p. 6.

SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, p. 278 ss.

SALINAS F., *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 2005, II, 246.

SALOMÃO FILHO C., *O Poder de Controle na Sociedade Anônima. 4. ed.* RJ: Forense, 2005. p. 597; *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*. SP: Revista dos Tribunais, 1970; *Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XV, n. 23, p. 91-107, 1976; *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. RJ: Forense, 1978; *Sociedade Unipessoal*. SP: Malheiros, 1995; *O Novo Direito Societário*. SP: Malheiros, 1998; *O Novo Direito Societário*. 2. ed. SP: Malheiros, 2002; *Direito Empresarial Público*. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série*, ano XXXVI, n. 112, out./dez. 1998, p. 9-18; *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. SP: Malheiros, 2002.

SALAFIA, V. *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate*. In: *Le Società. Rivista di Diritto e Pratica Commerciale Societaria e Fiscale*, n. 1, ano XXII, Milão: Ipsoa Scuola D'Impresa, 2004.

SALVI, *Abuso del diritto*, in *Enc. giur.*, Treccani, p. 5.

SANTOSUOSSO D. U., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003.

SANTO, J.E., *Sociedades por Quotas e Anónimas – Vinculação: Objecto Social e Representação Plural*. Coimbra: Almedina, 2000.

SANTOS, F. M., *Globalização Econômica, Estado e Mercado*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. BH: Fórum, 2004. p. 239-258.

SARTEA, *Fallimento in estensione del socio unico di S.p.A.: il Tribunale di Milano su inquietudini vecchie nuove*, in *Giur. comm.*, 1998, p. 613.

SATTA S. - PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Padova, 2000.

SAVIGNY, *System des heutigen romischen Rechts (sistema del diritto romano attuale)*, 1840, traduzione dall'originale tedesco a cura di v. SCIALOJA, Torino, 1886, vol. 8.

SBISA' G., *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. e impresa*, 2003, 591.

SCALFI, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Milano, 1968, p. 24.

SCANLAN, *The Salomon principle*, in *Company Lawyer* 2004, 25(7), p. 196.

SCOGNAMIGLIO G., *I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni*, in *Riv. Dir. Impr.*, 2002, 585 ss.

SCOGNAMIGLIO G., *Danno sociale ed azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, III, Torino, 2006, 947 ss; *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, I, 365 ss; *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 Scognamiglio G., Milano, 2003; *Autonomia e Coordinamento nella Disciplina dei Gruppi di Società*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996; *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*. In: *Il Nuovo Diritto Delle Società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, n. 3, Torino: UTET Giuridica, 2007, p. 947-948. "Gruppo" e "controllo": *tipologia dei gruppi di impresa. Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*. Turim: Giappichelli, 1996; *I gruppi di società*. In: ALEGRI, V.; CALVOSA, L.; CERRAI, A.; D'ALESSANDRO, F. FORTUNATO, S.; GRIPPO, G.; MAFFEI ALBERTI, A.; MANGINI, V.; PARTESOTTI, G.; PIRAS, A.; SCOGNAMIGLIO, G.; VOLPE PUTZOLU, G.; ZANARONE, G. *Diritto commerciale*. 4. ed. Bologna: Monduzzi, 2004.

SEALY, *Modern insolvency laws and Mr. Salomon*, (1998) 16 C & SLJ, p. 176.

SCOTTI CAMUZZI, *L'unico azionista*, cit., p. 723.

SPARANO- SPARANO, *Assoggettabilità al fallimento del socio unico azionista ex art. 2362 codici civile: limiti e difficoltà applicative*, in *Diritto Fallimentare*, 1996, II.

SIDERI, *Responsabilità dell'unico azionista di società per azioni e concordato preventivo della società partecipata*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1990, n. 8, p. 836.

SCOTTI CAMUZZI, *Società di comodo e unico azionista indiretto*, in *Rivista delle Società*, 1990, n. 2, p. 1372.

STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2005, spec. p. 342 ss.

STESURI, *I patrimoni destinati nel fallimento e nei progetti di riforma fallimentare*, in

*Impresa commerciale industriale*, 2004, n. 10, p. 1570.

SUGARMAN, D. *Corporate Groups in Europe: Governance, Industrial Organization, and Efficiency in a Post Modern World*. In: *Regulating Corporate Groups in Europe*. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1990. p. 547.

TODESCAN, *Dalla persona ficta alla persona moralis. Individualismo e matematismo nelle teorie della persona giuridica del sec. XVII*, in *Quaderni fiorentini*, 11-12, 1982, p. 88.

TRONCOSO M.C., *Os Grupos de Empresas na Jurisprudência do STJ*. In: *Artigos Direito GV, working papers*, n. 01, nov. 2007. <<http://www.direitogv.com.br/AppData/Publication/WP1.pdf>>. in 03/2016.

TOMBARI U., *Il gruppo di società*, Torino, 1997, 56; *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, 237 ss; *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, 61 ss.

TONELLO, *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, cit., 28, p. 9 ss.

VAREILLES-SOMMIERES, *Les personnes morales*, Paris, 1902, p. 45 ss.

VALOR GRANDES GRUPOS. *Valor Econômico*, n. 3, RJ, dez. 2004.

VALZER A., *Il potere di direzione e coordinamento fra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadesse e G. B. Portale, Torino, 2007, III, p. 834 ss.

VELTZ, P. *Le Nouveau Monde Industriel*. Paris: Éditions Gallimard, 2000.

VENA S., *Direito Civil, parte geral*, p. 217.

VOCABOLARIO Etimologico della Lingua Italiana, Società Editrice Dante Alighieri di Albrighi, 1907, più recentemente, *Avviamento alla etimologia italiana*, Le Monnier, 1968, *ad vocem*.

WEIGMANN, *L'unico azionista nel concordato preventivo della società*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, p.144/I; *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, in AA.VV., *Primi commenti*, cit., p. 278; *Gruppi di società*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Atti del Convegno di Courmayeur, 27 – 28 settembre 2002, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, 2003, 201 ss.

ZAMPERETTI, *Responsabilità della società del gruppo e abuso della direzione unitaria della controllante, commento a Trib. Milano, 22 gennaio 2001*, in *Fallimento*, 2001, p. 1143 ss.

ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 545 ss.

ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica*, cit., p. 26 ss.

Vanessa Massaro

Torino, 30 giugno 2017.