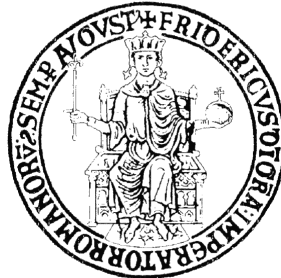


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Dottorato di Ricerca in *Diritto delle Persone, delle Imprese e dei
Mercati*

XXXIV° CICLO

TESI DI DOTTORATO

Attività di eterodirezione ed enti non societari

Tutor

Ch.ma Prof.ssa Lucia Picardi

Dottorando

Dott. Lorenzo Mariconda

Coordinatore

Ch.mo Prof. Massimo Miola

SOMMARIO

CAPITOLO I

1. Il gruppo come <i>antinomia</i> tra forma e sostanza.	1
2. La disciplina «ancipite» del gruppo di società.	4
3. La direzione e coordinamento nel Capo IX.	9
4. La direzione unitaria nel gruppo verticale «da controllo» e «da contratto».....	15
5. Sulla legittimazione all'azione di responsabilità da abuso di eterodirezione....	24
5.1. (<i>segue</i>) La legittimazione passiva.	30
6. I presupposti oggettivi.....	33
7. Il fisiologico conflitto d'interessi nei gruppi.....	39
8. La teoria dei «vantaggi compensativi».	44
9. Le prospettive della ricerca.	49

CAPITOLO II

1. Premessa.....	51
2. L'astratta configurabilità dell'eterodirezione pubblica e gli interessi protetti. .	54
3. L'esclusione dello Stato dalla responsabilità <i>ex art.</i> 2497 c.c.	64
4. (<i>segue</i>) Gli sviluppi interpretativi alla luce del caso « <i>Alitalia</i> ».	67
5. La compatibilità tra l'ente pubblico e i requisiti della responsabilità da abuso di eterodirezione.	74
6. Enti locali imprenditori.	78
7. Considerazioni a margine di una soluzione ancora poco appagante.	86

CAPITOLO III

1. Il cd. <i>Terzo Settore</i>	89
2. L'esercizio di un'impresa (anche commerciale) da parte di fondazioni e associazioni.	92
3. Impresa e C.T.S.	102
4. La <i>holding non profit</i> e la disciplina applicabile.	108
5. (<i>segue</i>) L'ente eterodiretto e il rischio di «inquinamento» dei fini.	114
6. Il particolare statuto dell'impresa sociale.....	119
7. (<i>segue</i>) Da «direzione e controllo» a «direzione e coordinamento».	126
8. Conclusioni.	129
 RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	132
 RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE	150

CAPITOLO I

SOMMARIO: 1. Il gruppo come *antinomia* tra forma e sostanza. – 2. La disciplina «ancipite» del gruppo di società. – 3. La direzione e coordinamento nel Capo IX. – 4. La direzione unitaria nel gruppo verticale «da controllo» e «da contratto». – 5. Sulla legittimazione all'azione di responsabilità da abuso di eterodirezione. – 5.1. (*segue*) La legittimazione passiva. – 6. I presupposti oggettivi. – 7. Il fisiologico conflitto d'interessi nei gruppi. – 8. La teoria dei «vantaggi compensativi». – 9. Le prospettive della ricerca.

1. Il gruppo come *antinomia* tra forma e sostanza.

Il fenomeno di gruppo, diversamente da altri noti istituti del diritto societario di artificiosa introduzione¹, è divenuto oggetto di attenzione da parte del legislatore per la sua diffusione nella prassi commerciale, rappresentando la modalità di estrinsecazione attualmente più diffusa dell'attività d'impresa medio-grande sia a livello nazionale che in una dimensione transnazionale². Se si volesse attribuire una definizione generale al termine «gruppo» – che, per la verità, *de iure condito*, appare ancora manchevole nonostante i numerosi progressi sul punto – si dovrebbe fare riferimento ad una tecnica organizzativa dell'attività imprenditoriale caratterizzata da un'unità economica dell'impresa cui non corrisponde altrettanta unità giuridica, dal momento che i soggetti che ne fanno parte mantengono inalterata la reciproca indipendenza tanto nei rapporti interni quanto in quelli esterni³. Tale constatazione a carattere empirico ha permesso di qualificare appropriatamente il fenomeno come «*antinomia*» tra la realtà sostanziale, in cui ci

¹ In questo senso, in F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub *Introduzione*, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, 2^a ed., Bologna, Zanichelli, 2014, 2, si sottolinea la profonda differenza tra la genesi della disciplina dei gruppi di società e quella della società per azioni.

² Come risulta dalla relazione intitolata “*Conti economici delle imprese e dei gruppi di impresa - anno 2018*”, reperibile su www.istat.it, infatti, al termine dell'anno 2018, il 3,5% delle imprese italiane era organizzato in strutture di gruppo che occupavano circa un terzo degli addetti; in tema cfr. anche U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi d'impresa*, Milano, Giuffrè, 2010, 1.

³ C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, 2^a ed., Padova, Cedam, 2006, 190.

si confronta con un'attività che, dal punto di vista economico, è svolta secondo una logica imprenditoriale unitaria, e quella formale, prettamente giuridica, nella quale ogni ente rimane un soggetto distinto, centro di imputazione di diritti e doveri⁴. Peraltro, nel porre in rilievo la suddetta discrasia, già la giurisprudenza antecedente alla riforma del 2003 – e, in particolar modo, la celeberrima e citatissima sentenza sul caso «*Caltagirone*»⁵ – nel richiamare le scienze economiche sul punto, definiva il gruppo quale «*aggregazione di unità produttive, giuridicamente autonome, ma collegate sul piano organizzativo al fine di una migliore attuazione degli obiettivi perseguiti dal complesso*», sottolineando come i punti qualificanti della fattispecie fossero rappresentati, oltre che dall'indipendenza giuridica dei soggetti coinvolti, dalla presenza di una situazione di cd. direzione unitaria, sui cui tratti caratteristici ci si soffermerà diffusamente nel prosieguo.

L'affermata autonomia delle singole componenti lascia emergere la principale utilità conseguibile mediante la formazione di un gruppo, che, infatti, fondamentalmente si sostanzia nella possibilità di diversificare gli investimenti contenendo il rischio, dal momento che le società che adottano tale struttura organizzativa rispondono unicamente dei propri debiti e la *holding*, a sua volta, è responsabile solo nei limiti del capitale investito nella compagine «figlia»⁶. Inoltre, è chiaro che la creazione di un'impresa policorporativa può consentire di realizzare una gestione più efficiente della crescita dimensionale dell'azienda⁷, che, peraltro,

⁴ G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, Egea, 2012, 5.

⁵ Cfr. Cass. Civ., sez. I, 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1991, II, fasc. 3, 366 ss.

⁶ F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub *Introduzione*, cit., 5.

⁷ Per un richiamo anche ad altri vantaggi derivanti dalle aggregazioni imprenditoriali, si vedano L.G. ROSSI, *Il ruolo della controllata e la tutela del socio esterno nella nuova disciplina dei gruppi*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2014, I, fasc. 5, 981 e M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2012, I, fasc. 1, 66-67, con riferimenti anche alla dottrina americana.

non sarà più legata allo stretto principio di gerarchia *ex art.* 2086 c.c., ma ad un rapporto definibile quasi in termini di concertazione⁸.

Alla crescita esponenziale del fenomeno nell'ambito della prassi societaria⁹, non ha, tuttavia, fatto da contraltare – è bene, fin da subito, porlo in evidenza – un'egualmente adeguata regolamentazione in punto di diritto positivo. Le lacune legislative hanno, quindi, reso necessario un intenso e profondo lavoro della dottrina e della giurisprudenza, al fine di delineare i reali confini applicativi delle (poche) disposizioni che fanno riferimento, soltanto implicitamente, al gruppo, non potendosi ritenere, come si avrà modo di precisare, esaustiva in tal senso nemmeno la disciplina contenuta nel nuovo Capo IX, Titolo V, del Libro V del Codice Civile, rubricata “*Direzione e coordinamento di società*”.

Il presente lavoro, dunque, dopo aver analizzato la fattispecie nei suoi profili generali, anche mediante una ricostruzione diacronica dell'evoluzione interpretativa sul punto, si concentrerà sulla ricerca della normativa applicabile alle aggregazioni imprenditoriali di cui facciano parte non soltanto soggetti che perseguano un interesse lucrativo, ma anche enti portatori di finalità differenti, quali ad esempio interessi pubblici ovvero di natura ideale. In particolare, partendo dal presupposto che l'introduzione degli artt. 2497 ss. c.c. avesse come proprio riferimento attuativo le società in senso stretto, il contributo si soffermerà sul *se e quanto* la disciplina codicistica – e, segnatamente, la fondamentale norma sulla responsabilità – possa essere compatibile, sia sul piano della *ratio* sia secondo il diritto vigente, con le ipotesi fattuali, empiricamente piuttosto frequenti, in cui l'attività di direzione e coordinamento si appunti in capo ad *holding* non societarie e non istituzionalmente lucrative. È chiaro che per potersi giungere a conclusioni coerenti, anche *de iure condendo*, non si potrà prescindere da una previa analisi della disciplina oggi in vigore, la cui esegesi sarà necessariamente influenzata tanto

⁸ Cfr., ancora, F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub *Introduzione*, cit., 6.

⁹ Da un punto di vista terminologico pare, peraltro, interessante il chiarimento di P.G. JAEGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi: Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano e G. Mucciarelli, vol. II, Milano, Giuffrè, 1996, 1425 (testo e nt. 1), sull'utilizzo del termine *società* o *impresa* come punto di riferimento rispetto alla struttura di gruppo.

da indispensabili valutazioni comparatistiche, con preponderante sguardo all'ordinamento tedesco, archetipo normativo di riferimento per molti sistemi continentali, quanto da un attento confronto con i contenuti di leggi speciali particolarmente pertinenti ai temi qui affrontati, quali il d.lgs. n. 175/2016 (da ora *T.U.S.P.P.*)¹⁰ e i due decreti delegati nn. 112/2017 (da ora *decreto IS*)¹¹ e 117/2017 (da ora *Codice del Terzo Settore o C.T.S.*)¹², rispettivamente dedicati al riordino della disciplina dell'impresa sociale e ad una regolamentazione uniforme degli Enti del *Terzo Settore* (d'ora in avanti, *E.T.S.*).

Svolte queste doverose precisazioni iniziali, è ora possibile dedicarsi al tema oggetto della presente trattazione, principiando, chiaramente, da una previa generale ricostruzione del fenomeno di gruppo, della cui disciplina si cercherà di sottolineare la natura «incipite».

2. La disciplina «incipite» del gruppo di società.

Come anticipato in premessa, a livello europeo il fenomeno di gruppo ha ricevuto una sua prima organica regolamentazione all'interno della legge azionaria tedesca del 1965¹³, che, nell'ambito della vasta categoria dei collegamenti tra imprese, ha introdotto – in particolare al § 18 dell'*Aktiengesetz (AktG)* – anche una definizione di «*Konzern*», qualificando come tale un'aggregazione in cui le compagini partecipanti siano sottoposte alla direzione unitaria («*einheitliche Leitung*») di un altro soggetto. Alle disposizioni generali di carattere definitorio segue, poi, una distinzione tra «*gruppi contrattuali*» (§§ 291-310, *AktG*) e «*gruppi*

¹⁰ Cfr. d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, e s.m.i.

¹¹ Cfr. d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112, *Revisione della disciplina in materia di impresa sociale*, a norma dell'articolo 2, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106.

¹² Cfr. d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, *Codice del Terzo settore*, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b) della legge 6 giugno 2016, n. 106.

¹³ Negli ordinamenti di Common Law, invece, la nascita del fenomeno si fa risalire ad una legge del New Jersey del 1896, in cui, per la prima volta, si ammise la possibilità per una società di acquisire partecipazioni in un'altra società. In questo senso, cfr. F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub *Introduzione*, cit., 3.

di fatto» (§§ 311-318, *AktG*). I primi, sui quali ci si riserva di tornare nel prosieguo della trattazione per evidenziarne la differenza rispetto alla fattispecie di cui all'art. 2497-septies c.c., trovano la propria ragion d'essere nella stipulazione di un «contratto di dominio», con cui una società attribuisce ad un altro soggetto, dominante, il diritto di dirigerla a propria discrezione, obbligandosi ad eseguire le direttive di quest'ultimo quand'anche ciò dovesse arrecarle un pregiudizio, purché non ne venga compromessa l'esistenza¹⁴ e purché l'eventuale danno subito dagli azionisti esterni venga adeguatamente indennizzato¹⁵. Nell'ipotesi del «*de facto Konzern*», che sembra aver ispirato l'articolato normativo a noi più vicino, invece, la capogruppo, pur ingerendosi nelle scelte gestorie della dominata nell'esercizio di un'attività di direzione unitaria non contrattualizzata, non potrà mai pregiudicarne gli interessi in assenza di adeguata compensazione (§ 311, *AktG*).

Mentre in Germania il gruppo ha trovato una propria collocazione nel testo sulle società azionarie¹⁶, è noto che, invece, in Italia il fenomeno non è mai stato compiutamente preso in considerazione all'interno della legislazione codicistica fino alla riforma del 2003, a seguito della quale, comunque, si continua a non delinearne con particolare precisione i tratti caratterizzanti. Il Codice Civile, nella formulazione originale risalente al 1942, si limitava, infatti, a regolamentare unicamente la fattispecie del controllo inteso in senso *statico*, essenzialmente per garantire una limitazione al rischio derivante dall'acquisizione di partecipazioni incrociate. Qualche sporadico cenno alla fattispecie qui in esame era rinvenibile soltanto in alcune leggi speciali – quali ad esempio la legge 3 aprile 1979, n. 95 e il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 278 (note, rispettivamente, come Legge *Prodi* e *Prodi bis*) in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi – che, però, pur dimostrando di interessarsi alla dinamica aggregativa, non ne davano mai una formale definizione, lasciando agli interpreti il compito di concretizzarne il significato¹⁷.

¹⁴ Sul punto, in particolare, si veda il § 308, *AktG*.

¹⁵ Secondo le modalità individuate nei §§ 304 – 307, *AktG*.

¹⁶ Ma, per una rapida disamina delle critiche subite dal sistema tedesco, si veda G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Rivista ODC*, 2013, 4.

¹⁷ Secondo A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. II,

Soltanto con l'introduzione degli artt. 2497 ss. c.c. il legislatore ha provato a compiere uno sforzo – forse non del tutto riuscito – finalizzato all'introduzione di una disciplina organica del gruppo, che, seppur continui a non essere espressamente nominato, è pacificamente considerato l'oggetto del Capo IX dedicato all'attività di «*direzione e coordinamento di società*»¹⁸. Peraltro, onde evitare di ingenerare confusioni terminologiche, è bene puntualizzare che, essendo la locuzione utilizzata dal legislatore del 2003 assolutamente sinonimica rispetto a quella di «*direzione unitaria*», maggiormente diffusa nel millennio scorso e chiaro retaggio dell'esperienza tedesca, nel prosieguo del lavoro si useranno le due formule con piena equivalenza di significato¹⁹.

Comunque, a prescindere dal termine adottato, non v'è chi non veda come in sede di riforma, benché l'ampiezza della legge delega consentisse di tradurre i principi e i criteri direttivi in un complesso normativo chiaro e organico, ci si sia «*limitati*» a individuare e regolamentare soltanto gli aspetti maggiormente problematici dell'impresa di gruppo²⁰. E, in questo senso, il tema centrale non

Torino, Utet, 1991, 596 (nt. 28), uno sforzo del legislatore nel delineare una definizione tipologica del fenomeno poteva ravvisarsi nella l. 183/1976 e nella l. 675/1977, dedicate all'intervento straordinario nel Mezzogiorno, in cui imprese giuridicamente distinte venivano considerate, a determinati fini, unitarie, qualora sussistessero «*collegamenti di carattere tecnico, finanziario ed organizzativo che configurino l'appartenenza ad un medesimo gruppo*».

¹⁸ D'altronde, la volontà di non effettuare un richiamo espresso alla nozione di gruppo era già stata esplicitata nella *Relazione di Accompagnamento alla riforma del diritto societario*, reperibile in www.tuttocamere.it: a sostegno di tale scelta si affermò che «*le innumerevoli definizioni di gruppo esistenti nella normativa di ogni livello sono funzionali a problemi specifici*» e che «*qualunque nuova nozione si sarebbe dimostrata inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica*».

¹⁹ Nel sottolineare l'analogia tra i due concetti, G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 22-23, evidenzia come, mentre la formula «*direzione unitaria*» verrebbe utilizzata per definire il gruppo da un punto di vista ontologico, quella «*direzione e coordinamento*» sarebbe utile ad inquadrarlo nel suo aspetto dinamico; sull'equivalenza tra i due concetti si vedano anche M. BUSSOLETTI – E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Rivista del diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, 2010, I, fasc. 1, 69 (nt. 11).

²⁰ In tal senso cfr. G. GUIZZI, voce «*Direzione e coordinamento di società*», in *Dizionari del diritto privato* promossi da N. Irti, *Diritto Commerciale* a cura di N. Abriani, Milano, Giuffrè, 2011, 352.

potrebbe che essere rappresentato dalla necessità di garantire adeguata risposta alla situazione di conflitto d'interessi nascente tra la politica imprenditoriale della *holding*, volta alla massimizzazione del risultato complessivo dell'impresa policorporativa, e la posizione di soci di minoranza e creditori delle compagini eterodirette, il cui scopo si appunta sul mantenimento e sulla valorizzazione della società al cui rischio (economico e, per quanto concerne i soci, giuridico) partecipano²¹.

D'altronde, proprio la particolare attenzione rivolta alla posizione di questi ultimi – che rischierebbero di essere pregiudicati dall'esercizio di un'attività direttiva finalizzata unicamente ad ottenere i migliori risvolti possibili nell'ottica dell'impresa globalmente considerata – ha ispirato un'interpretazione tradizionale della disciplina dei gruppi in termini di *Schutzrecht*, in quanto volta a predisporre in favore dei soggetti potenzialmente danneggiati adeguati strumenti di carattere indennitario e/o risarcitorio, che prescindano, tendenzialmente, dalla volontà dell'agente o dal rispetto di prescrizioni formali. È altrettanto vero, però, che, pur senza negare l'indubbio rilievo di una ricostruzione di questo tipo, gli interpreti hanno spesso tentato di attribuire anche una rilevanza *positiva* alle disposizioni di cui agli artt. 2497 ss. c.c., cercando di estrapolare e implementare uno *Statuto* organizzativo – quantomeno – del cd. *gruppo da controllo codicistico da influenza dominante*²².

²¹ Ancora G. GUIZZI, voce «*Direzione e Coordinamento di società*», cit., 352; peraltro, G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 5, evidenzia come, in termini di efficienza, sia da ritenersi particolarmente opportuna una normazione per clausole generali, in quanto una disciplina eccessivamente rigida sarebbe stata controproducente per entrambe le posizioni contrapposte; l'utilità di una legislazione improntata ad un canone di flessibilità viene ribadita dalla stessa G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, in *Società*, 2019, fasc. 4, 415-416, a maggior ragione in presenza di una crisi economica del gruppo.

²² A tale figura, rientrando nel novero dei gruppi cd. verticali, come noto, si affianca il gruppo orizzontale, caratterizzato dalla presenza di un accordo che, pur senza creare vincoli di subordinazione, consente di determinare una situazione di direzione unitaria attraverso la formalizzazione di un coordinamento di carattere finanziario e organizzativo; in tal senso, F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497 – septies, cit., 359.

Orbene, benché le due tendenze esegetiche appena esposte siano state in passato ritenute spesso dicotomiche e diametralmente opposte tra loro²³, l'interpretazione della legislazione in tema di attività di direzione e coordinamento sembrerebbe doversi svolgere proprio nel rispetto di una logica «ancipite». Infatti, l'attribuzione alle norme del Capo IX della valenza ulteriore di *Organisationsrecht*²⁴, soprattutto attraverso la valorizzazione dei loro precetti impliciti, permetterebbe – anche con l'applicazione di disposizioni tipicamente predisposte per le società «monadi»²⁵ – di predeterminare le regole di svolgimento del gruppo, inteso quale modello organizzativo dell'iniziativa economica, consentendo un adeguato contemperamento dei contrapposti interessi²⁶, senza che ciò comporti, al contempo, la negazione della natura *protettiva* della medesima

²³ Sembrava propendere per una netta contrapposizione G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2009, fasc. 6, 757, la quale affermava che ai fini dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento non potesse prescindere da una preventiva scelta imprenditoriale del «modello organizzativo» di gruppo, che avrebbe costituito presupposto necessario per l'applicazione delle peculiari regole fissate dal legislatore.

²⁴ In termini, cfr. V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2003, I, fasc. 6, 1233; alla ricerca di una disciplina degli aspetti organizzativi del gruppo è focalizzato anche il contributo di A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. III, Torino, Utet, 2007, 833 ss.

²⁵ In questo senso, a titolo esemplificativo, U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi d'impresa*, cit., 94, sottolinea come elementi utili ai fini della ricostruzione dello statuto della società di gruppo siano rinvenibili negli artt. 2381, comma 5, c.c. e 2409, primo e ultimo comma, c.c.; sul punto cfr. anche le considerazioni di F. GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, in AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera e A. Sciarrone Alibrandi, vol. II, Torino, Utet, 2014, 1558 ss., il quale sottolinea come, soprattutto quando si tratti di emittenti quotati, assuma particolare importanza anche l'utilizzo di strumenti di auto-normazione del gruppo al fine di garantire una ricostruzione di una disciplina organizzativa quanto più compiuta e completa possibile dell'aggregazione imprenditoriale.

²⁶ Tale visione, più conciliante rispetto a quella formulata qualche anno prima, è sostenuta dalla stessa G. SCOGNAMIGLIO, «*Clausole generali*», *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 6-7 (nt. 9), secondo cui la considerazione della direzione e coordinamento in termini di «fatto» non escluderebbe la possibilità di «postulare» un modello organizzativo di gruppo.

disciplina. È chiaro, però, che la spasmodica ricerca di uno *Statuto* speciale potrebbe risultare ancor più gravosa qualora gli interessi emergenti all'interno della dinamica imprenditoriale non siano di natura prettamente lucrativa, ma assumano altre connotazioni che, per le loro peculiarità e caratteristiche tipiche, potrebbero, già in astratto, porre problemi di compatibilità con la fattispecie codicistica.

In ogni caso, la volontà di riuscire a reperire una regolamentazione della direzione unitaria cui siano assoggettabili anche soggetti ulteriori rispetto a quelli appartenenti alla ristretta cerchia delle compagini societarie, rende opportuno assumere come punto di riferimento la disposizione di cui all'art. 2497 c.c. che, vuoi per la scelta topografica vuoi per una precisa intenzione legislativa, già lampante nella *Relazione* di accompagnamento al d.lgs. 6/2003 in cui si definiva la responsabilità come «*il problema centrale del fenomeno di gruppo*»²⁷, rappresenta norma fondamentale tanto nel dettato testuale quanto nel suo precetto implicito.

3. La direzione e coordinamento nel Capo IX.

La natura «incipiente» della disciplina dei gruppi trova conferma nell'art. 2497 c.c., la cui valenza sotto il profilo organizzativo permette di delineare i tratti caratterizzanti dell'attività di direzione e coordinamento, data per presupposta, ma mai precisamente definita dal legislatore. L'esegesi *a contrario* e «in positivo» della disposizione consente, infatti, di affermare – confermando quanto, in effetti, si era già sostenuto in dottrina ben prima della riforma²⁸ – che, delineandosi una

²⁷ In questo senso, V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità*, cit., 1231 (testo e nt. 9); coerentemente, G. GUIZZI, voce «*Direzione e coordinamento di società*», cit., 359, delinea l'azione di responsabilità ex art. 2497 c.c. come il «*nucleo sistematico*» della disciplina del fenomeno della direzione e coordinamento di società.

²⁸ Già B. LIBONATI, *Responsabilità nel e del gruppo (responsabilità della capogruppo, degli amministratori, delle varie società)*, originariamente pubblicato in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi: Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano e G. Mucciarelli, vol. II, Milano, Giuffrè, 1996, e ora anche in *Scritti Giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2013, 771 ss. – da cui si cita – infatti, faceva discendere la legittimazione dell'attività di direzione e coordinamento dal disposto dell'art. 61, comma 4, T.U.B., cui doveva attribuirsi portata generale; più di recente, cfr. anche M.

responsabilità soltanto in presenza di una condotta abusiva della *holding*, l'attività di eterodirezione deve ritenersi, di per sé, assolutamente fisiologica nell'ambito degli assetti societari²⁹ e, dunque, legittima qualora sia posta in essere nel rispetto dei limiti sanciti dal legislatore.

Da un punto di vista descrittivo, tradizionalmente si afferma che la direzione unitaria è considerata dal legislatore come un «fatto»³⁰, alla cui manifestazione

BUSSOLETTI – E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, cit., 69 ss., in cui si sottolinea come una spinta verso il definitivo riconoscimento della liceità della direzione unitaria fosse già dovuta alle norme dell'ordinamento bancario e, in particolare, all'art. 25, comma 4, d.lgs. 356/1990 (cd. *Legge Amato*), oggi trasfuso nella norma del T.U.B. sopra citata; sul punto, si veda, inoltre, A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Rivista delle Società*, 2003, fasc. 4, 766, il quale riconduce la legittimazione della direzione unitaria all'art. 41, Cost., che garantirebbe non solo la libertà di scegliere il settore produttivo in cui operare, ma anche quella relativa al tipo di organizzazione con cui esercitare l'impresa.

²⁹ Si esprimeva in questo senso già la *Relazione di Accompagnamento* al d.lgs. n. 6/2003, in base alla quale l'attività di direzione e coordinamento doveva essere considerata come un fenomeno «*naturale e fisiologico da parte di chi è in condizioni di farlo e che non implica, né richiede, il riconoscimento o l'attribuzione di particolari poteri*»; sul punto, cfr. G. GUIZZI, voce «*Direzione e coordinamento di società*», cit., 353; M. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, in *Rivista delle Società*, 2016, fasc. 2-3, 365; C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Rivista del diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, 2013, I, fasc. 3, 380; ritengono che il riconoscimento della legittimità dell'eterodirezione derivi da una lettura in positivo della regola di cui all'art. 2497, co. 1, c.c. anche G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 17; F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 100; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi d'impresa*, cit., 12; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Rivista delle Società*, 2007, fasc. 2-3, 322.

³⁰ In tema, cfr. già la *Relazione di Accompagnamento* al d.lgs. n. 6/2003; in dottrina, *ex multis*, G. GUIZZI, voce «*Direzione e Coordinamento di società*», cit., 352; la scelta del legislatore di non fornire una specifica definizione di «attività di direzione e coordinamento» e di attribuire esclusiva rilevanza alle conseguenze derivanti dall'esercizio fattuale della stessa appare ragionevole a L.A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Rivista delle Società*, 2013, fasc. 2-3, 421, alla luce dell'impossibilità di trovare un paradigma unificante per tutte le espressioni in cui il fenomeno si manifesta concretamente nella prassi societaria; fa notare G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 11, come la tecnica utilizzata dal legislatore sia stata ispirata non tanto dalle esperienze continentali di *civil law* – in cui si tende ad individuare e disciplinare innanzitutto le posizioni giuridiche

concreta consegue l'applicazione di determinate regole – procedurali e sostanziali – o effetti, senza che debbano necessariamente ricorrere indici formali³¹.

Tale «fatto», in un'ottica di valorizzazione del testuale riferimento all'«attività», non potrà trovare esaurimento in un singolo atto, ma dovrà necessariamente constare di più espressioni esecutive teleologicamente orientate ad un unico fine³². Peraltro, incidentalmente, è opportuno notare come la circostanza

rilevanti, prevedendone poi i relativi strumenti di tutela – quanto piuttosto dalle tecniche tipiche del *common law*, caratterizzato da un'ottica rimediale maggiormente accentuata.

³¹ In questo senso, sottolinea P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 322, come, ai fini della verifica della sussistenza dell'attività di direzione e coordinamento, possano rilevare tanto atti formali quanto atti di indirizzo o meri fatti, che siano idonei a influenzare le scelte gestorie della società subordinata; *contra*, L.A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, cit., 435 ss., il quale sostiene che, pur non essendo necessaria la predisposizione di stringenti regole di funzionamento nei rapporti tra la *holding* e le controllate, l'esercizio della direzione e coordinamento deve necessariamente manifestarsi attraverso direttive oggetto di passaggio formale – e, dunque, tracciabili – da parte della capogruppo: l'assenza di tali indici, infatti, secondo l'Autore (spec. p. 437), introdurrebbe inaccettabili margini di discrezionalità nell'accertamento della ricorrenza dell'attività di direzione e coordinamento; il principio di effettività è stato spesso enfatizzato, di recente, anche dalla giurisprudenza: in sede di legittimità si veda, soprattutto in relazione all'efficacia della pubblicità dei legami di gruppo ex art. 2497-bis c.c., Cass. Civ., sez. I, 7 ottobre 2019, n. 24943, in www.dirittobancario.it; nell'ambito della giurisprudenza di merito, *ex multis*, App. Milano, sez. I, 22 luglio 2020, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it; Trib. Roma, Sez. Impr., 18 febbraio 2021, in *Società*, 2021, 823 ss., con nota di E. CODAZZI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento dell'ente pubblico holding*.

³² In merito, cfr. G. SCOGNAMIGLIO, «Clausole generali», *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 8; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 321; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi d'impresa*, cit., 23 ss.; definisce il gruppo sistema «autopoietico», nel senso di «reticolo ricorsivo di decisioni», autonome ma finalizzate ad un determinato risultato, M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, cit., 68; sull'attività come insieme di atti di diritto privato coordinati o unificati sul piano funzionale dall'unicità dello scopo, già G. AULETTA, voce «Attività», in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, 982; sulla centralità dell'attività cfr. M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, in *Rivista del diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, 2007, I, fasc. 7-9, 627 ss.; sul punto si vedano anche C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., 196; G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 c.c.*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, fasc. 2, 659;

che il richiamo effettuato dall'art. 2497 c.c. con riguardo all'attività di eterodirezione, quando intesa nella sua espressione fisiologica, non ne fornisca un'ulteriore aggettivazione, sembrerebbe aver reso sterile, dal punto di vista pratico, il dibattito in merito al previo necessario accertamento del carattere imprenditoriale della stessa³³. La diatriba, che tanto aveva appassionato la dottrina e la giurisprudenza più risalenti, soprattutto in presenza di una holding *pura* che detenesse unicamente partecipazioni in altre società senza, però, svolgere alcuna attività produttiva di beni o servizi in senso stretto, trovava la propria ragion d'essere nell'esigenza di individuare gli indici normativi che giustificassero l'assoggettabilità della capogruppo allo Statuto dell'imprenditore commerciale e, segnatamente, alle relative procedure concorsuali in caso di insolvenza. Come noto, le tesi sul punto erano piuttosto varie e divergenti tra loro: alcuni prospettavano la natura di impresa ausiliaria *ex art. 2195, co. 1, n. 5, c.c.*, della *holding*, la cui finalità sarebbe quella di porre in essere un'attività diretta obiettivamente ad agevolare

B. LIBONATI, *Responsabilità nel e del gruppo*, cit., 806. In giurisprudenza, da ultimo, ha posto in evidenza il necessario carattere continuativo dell'attività di direzione e coordinamento Cass. Civ., sez. III, 1 giugno 2021, n. 15276, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it, in cui si segnala come non sia sufficiente il mero condizionamento di un singolo atto di gestione o una forma di ingerenza meramente occasionale, ma «una vera e propria attività progettuale e di pianificazione degli obiettivi, che si realizza attraverso l'adozione di soluzioni operative che impongano una sinergia complessiva alle diverse attività economiche di produzione e servizi svolte sul mercato dalle singole società eterodirette». In senso contrario, svilendo l'uso del termine «attività», M. BUSSOLETTI – E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, cit., 88; conformemente a quest'ultima interpretazione, si veda P. PETTITI, *Direzione e coordinamento, interesse e controllo analogo*, in *Rivista delle Società*, 2020, fasc. 4, 1133 ss., la quale ritiene applicabile la norma sulla responsabilità da abuso di eterodirezione anche in presenza di atti isolati che non siano frutto di un coordinamento, ma mera manifestazione di direzione.

³³ Fa, infatti, notare G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 8, come l'aver collegato l'applicazione della disciplina del Capo IX all'esercizio della semplice «attività», senza ulteriori qualificazioni, rende non necessario indagare prioritariamente la natura imprenditoriale o meno della condotta della capogruppo; della stessa idea sembra P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 336, secondo cui, peraltro, dovendosi inquadrare l'attività di direzione e coordinamento, quantomeno implicitamente, in termini di «*controllo forte*», difetterebbe – tra i presupposti *ex art. 2082 c.c.* – se non la produzione di servizi in senso tecnico, il requisito dell'economicità, inteso nel senso di pareggio tra costi e ricavi.

l'esercizio delle attività principali nella loro funzionalità³⁴; altri, invece, valorizzando i profili di unitarietà economica del fenomeno, riconducevano il carattere imprenditoriale della capogruppo non tanto all'attività di coordinamento tecnico-finanziario da essa svolta, quanto piuttosto alla circostanza che, attraverso la detenzione di partecipazioni, venisse esercitata in modo *mediato e indiretto* la specifica attività di produzione di beni o servizi costituente, invece, oggetto sociale *immediato e diretto* della compagine controllata³⁵. Orbene, come visto, la disputa appena richiamata appare ormai anacronistica, dal momento che – salve specifiche disposizioni in cui l'imprenditorialità dell'interesse viene espressamente richiamata come elemento costitutivo della fattispecie – l'applicazione della disciplina generale in materia di attività di direzione e coordinamento sembra prescindere dalla riconduzione dogmatica della stessa al novero delle attività d'impresa³⁶.

³⁴ In questo senso si esprimeva Trib. Roma, 3 luglio 1982, in *Foro Italiano*, 1982, I, 2987 ss., nel primo grado di merito attinente alla questione «Caltagirone». Il Tribunale proseguiva il ragionamento concludendo che la sistematica attività di assistenza tecnica e finanziaria prestata alle società facenti capo ai tre fratelli Caltagirone consentisse di ipotizzare la sussistenza di un ruolo di *holding* svolto da persone fisiche; la tesi appena citata viene fortemente criticata in F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub *Introduzione*, cit., 22 (testo e nt. 47), in quanto finirebbe per determinare un'immensa frattura tra la realtà economica e quella giuridica, rendendo la *holding* un'«impresa satellite».

³⁵ La tesi dell'«oggetto mediato» è enunciata perfettamente in F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub *Introduzione*, cit., 25-28; d'altronde, a conclusione del processo «Caltagirone», Cass. Civ., sez. I, 26 febbraio 1990, n. 1439, cit., mutuava le medesime osservazioni fatte in dottrina, affermando che «l'imprenditorialità della holding non deriva dal fatto che essa svolga l'attività di partecipazione e di coordinamento tecnico finanziario, in sé e per sé considerata, ma deriva dalla specifica attività di produzione e di scambio che formano oggetto delle società operanti e il cui esercizio, in forma indiretta tramite la direzione ed il coordinamento ed a mezzo della partecipazione di controllo, è attuabile dalla capogruppo».

³⁶ In ogni caso, è bene sottolineare come la maggior parte degli interpreti siano propensi a ritenere che l'attività di direzione unitaria debba considerarsi come attività imprenditoriale; in tal senso, già prima della riforma, si veda P.G. JAEGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, cit., 1432-1433; in tempi più recenti, cfr. L.A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, cit., 435, che pare equiparare la professionalità ex art. 2082 c.c. alla necessaria sistematicità dell'attività di direzione e coordinamento; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi d'impresa*, cit., 22; M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Rivista del diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, 2010, I, fasc. 4, 1195, il

Scomponendo, a questo punto, la locuzione nelle sue parti essenziali³⁷, la «*direzione*» consisterebbe nell'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*»³⁸, mentre il «*coordinamento*» si sostanzierebbe nella realizzazione di «*un sistema di sinergie tra diverse società del gruppo nel quadro di una politica strategica complessiva, estesa all'“insieme” di società*»³⁹. Tale enunciazione definitoria, oltre ad avere indubbe finalità descrittive, si appalesa come elemento utile, *in primis*, a comprendere quando siano effettivamente integrati i tratti caratterizzanti della direzione unitaria – e, dunque, sia concretamente applicabile la normativa di cui al Capo IX – e, in secondo luogo,

quale, in sede di interpretazione dell'art. 19, comma 6, d.l. 78/2009, su cui ci si soffermerà diffusamente *infra*, sostiene che il fulcro di quest'ultima sia rappresentata dall'«*imprenditorialità*» dell'attività di direzione e coordinamento; ID., *La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *La governance delle società a partecipazione pubblica nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Milano, Giuffrè, 2017, 355; F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e Impresa*, 2002, fasc. 3, 1020, il quale afferma, sul punto, che la funzione strategica e finanziaria della *holding* è essa stessa funzione imprenditoriale.

³⁷ Sulla configurazione dell'espressione in termini di endiadi, il cui tratto unificante sarebbe la direzione unitaria, P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 322; la locuzione viene, invece, considerata un sintagma da G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società*, cit., 659.

³⁸ Le affermazioni in corsivo sono di P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 321; nel medesimo senso F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 105; ritenendo che l'attività di direzione e coordinamento possa manifestarsi solo quando vi sia un'ingerenza nelle decisioni *strategiche* altrui, L.A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, cit., 446, sottolinea come, seppur tale circostanza sia improbabile nella prassi, in presenza di un'eventuale influenza continuativa sulla *sola* gestione ordinaria, in caso di pregiudizio si applicherebbero i rimedi di diritto societario comune e non la disciplina di cui all'art. 2497 c.c.; di recente, ha fornito una definizione di direzione e coordinamento anche Cass. Civ., sez. III, 1 giugno 2021, n. 15276, cit., secondo cui si tratta di «*una vera e propria attività progettuale e di pianificazione degli obiettivi, che si realizza attraverso l'adozione di soluzioni operative che impongano una sinergia complessiva alle diverse attività economiche di produzione e servizi svolte sul mercato dalle singole società eterodirette*».

³⁹ In termini, ancora, P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 321.

ad individuare una linea di demarcazione della stessa rispetto alla situazione di mero controllo di cui all'art. 2359 c.c.

4. La direzione unitaria nel gruppo verticale «da controllo» e «da contratto».

Già prima della riforma del diritto societario la dottrina riteneva opportuno procedere ad un'*actio finium regundorum* tra la direzione unitaria e il mero controllo⁴⁰. In particolare, si sottolineava che mentre quest'ultimo trovava (e trova tuttora) la propria espressione nell'esercizio dei poteri istituzionalmente conferiti ai soci – tra i quali, ovviamente, l'attribuzione del diritto di voto in assemblea – la direzione unitaria, utile ai fini della configurazione del gruppo, era (ed è) lo strumento mediante cui assicurare l'unità degli indirizzi gestionali delle diverse entità aggregate⁴¹, rendendo *effettiva* un'influenza dominante che, invece, in caso di controllo rimane sul piano soltanto *potenziale*⁴². Dunque, quale che sia il grado e la fonte della relazione ex art. 2359 c.c., la controllante in senso stretto, potendo esercitare unicamente le facoltà derivanti dalla posizione di socio in quanto tale, non avrà alcuna possibilità di condizionare (quantomeno in forma diretta)⁴³ le scelte

⁴⁰ Per un'analisi dei rapporti tra le due nozioni prima della riforma, si veda, per tutti, A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, cit., 600; dopo la riforma si vedano, *ex multis*, lo stesso A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, cit., 773 ss.; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 320 ss.; L.A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, cit., 429 ss.

⁴¹ In tal senso, A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, cit., 600; conformemente, B. LIBONATI, *I gruppi e i sistemi d'impresa*, già in *Pubblico e Privato*, Secondo rapporto CER-CENSIS sull'Economia Italiana, vol. I, Milano, Sole 24 Ore, 1987, e ora in *Scritti Giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2013, 724 – da cui si cita – il quale sottolineava come, a seconda dei casi, la direzione unitaria potesse essere più o meno integrata.

⁴² In questo senso, Cass. Civ., sez. I, 26 febbraio 1990, n. 1439, cit., 366 ss. (spec. p. 380); in dottrina, U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi d'impresa*, cit., 18.

⁴³ Sottolinea, infatti, L.A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, cit., 429, come la possibilità di nominare gli amministratori della controllata attraverso l'influenza dominante nell'assemblea di quest'ultima rappresenti attualmente l'unica modalità, seppur indiretta, mediante

gestionali della compagine cui partecipa, che potranno essere assunte nella piena discrezionalità degli amministratori di quest'ultima, in virtù della competenza esclusiva attribuitagli ai sensi dell'art. 2380-bis, comma 1, c.c.⁴⁴. Viceversa, l'attività di eterodirezione, sostanziandosi nell'effettivo e concreto esercizio di un *potere*⁴⁵ di ingerenza della *holding* nelle scelte gestorie della controllata⁴⁶, se

cui il socio di controllo possa «*gestire*» la società di cui detiene la maggioranza delle partecipazioni.

⁴⁴ G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 18-19; F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 102-103; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 333, sottolinea come la finalità sottesa all'introduzione di tale disposizione fosse quella di chiarire i rapporti intercorrenti tra l'assemblea e gli amministratori, superando i dubbi antecedenti alla riforma sulla natura delle deliberazioni sugli atti di gestione di cui all'art. 2364 c.c. che taluni consideravano non delle mere autorizzazioni – come invece oggi è specificamente indicato al n. 5) – ma come veri e propri atti di gestione.

⁴⁵ In termini, cfr. G. GUIZZI, voce «*Direzione e Coordinamento di società*», cit., 350, che definisce la situazione di potere sintetizzata con la locuzione di «*direzione e coordinamento*» quale manifestazione tipica, ma, allo stesso tempo, peculiare dell'impresa; C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., 383 ss., il quale sottolinea come l'impossibilità di configurare il rapporto tra la controllante e la controllata in termini di «*rapporto giuridico*», anche alla luce della non coercibilità della prestazione in capo alla società eterodiretta e dell'assenza di rimedi in ipotesi di inadempimento di quest'ultima, comporti la necessità di intendere la fenomenologia del gruppo in termini di «*potere*», da interpretarsi come possibilità fattuale di realizzare direttamente l'interesse di chi lo esercita, anche incidendo potenzialmente in senso negativo sull'interesse altrui; negano espressamente la possibilità di inquadrare la relazione intercorrente tra *holding* e controllate in termini di rapporto giuridico, ritenendo che si tratti di un potere di fatto dettato dalla posizione di soggezione in cui versano gli amministratori di queste ultime anche M. BUSSOLETTI – E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, cit., 88 ss.; *contra*, P. MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2016, I, fasc. 1, 114, secondo il quale l'accettazione espressa o *per facta concludentia* delle direttive e istruzioni della capogruppo costituirebbe concretizzazione di un rapporto giuridico bilaterale; cfr., altresì, M. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, cit., 365 ss., che propende per una soluzione intermedia, secondo la quale mentre la direzione unitaria scaturente dal controllo *ex art. 2497-sexies* c.c. avrebbe natura meramente fattuale, in presenza di un contratto *ex art. 2497-septies* c.c. verrebbe a crearsi un sistema di poteri e doveri giuridicamente vincolanti.

⁴⁶ Qualora la direzione unitaria non influenzasse le scelte delle società coordinate e dirette, secondo F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 106, mancherebbero i presupposti per

accertata in fatto, comporta una compressione dei poteri dell'organo amministrativo della società «figlia»⁴⁷ e rende indispensabile l'operatività di strumenti predisposti

l'applicazione degli artt. 2497 ss. c.c.; nel medesimo senso, C. AMATUCCI, voce «Società (gruppi di)», in *Enciclopedia del diritto*, Annali X, Milano, Giuffrè, 2017, 945; M. BUSSOLETTI – E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, cit., 87, distinguono tra la direzione unitaria «statica» (da ritenersi comunque diversa dal mero controllo), in cui l'organo amministrativo della compagine eterodiretta versa in uno stato di mera soggezione rispetto alla capogruppo, e quella «dinamica», la cui espressione più emblematica sarebbe rappresentata dall'art. 2497 c.c., in cui la *holding* influenza le decisioni della controllata, profittando del suo stato di subordinazione; in giurisprudenza, sottolinea la necessità di un'influenza attiva esercitata dalla capogruppo sulla vita della controllata, Trib. Milano, Sez. VIII, 23 aprile 2008, in *Società*, 2009, fasc. 1, 85.

⁴⁷ Come evidenziato nell'ampia ricostruzione di C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, Milano, Giuffrè, 2012, 367-368 (testo e nt. 52), nonché 380 ss., infatti, in una dinamica di gruppo assume rilevanza quella dissociazione concettuale – interna all'ambito dell'attività gestoria – tra la funzione di «programmazione e indirizzo», la quale risulterebbe affidata agli amministratori della società dirigente, e quella di «amministrazione in senso stretto», prettamente esecutiva ed attribuita all'organo gestorio della compagine eterodiretta: in capo a quest'ultimo – cui, non essendo derogato il dettato dell'art. 2380-bis c.c., spetta l'esclusiva gestione della società soggetta a direzione e coordinamento e l'assunzione formale delle decisioni ad essa riconducibili – permane, quindi, la responsabilità per gli atti compiuti; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, cit., 334, interpretando il principio di esclusività gestoria di cui all'art. 2380-bis c.c. come nozione «relativa» e non «assoluta», ritiene che quest'ultimo, nell'ambito del fenomeno in esame, debba essere letto in termini complessivi e, quindi, nel rispetto delle indicazioni – quando legittime – fornite dalla capogruppo; sulla natura relativa del principio di esclusività della gestione cfr. anche F. GUERRERA, «Compiti» e responsabilità del socio di controllo, in *Rivista di diritto societario*, 2009, fasc. 3, 507; in un senso che non appare comunque antitetico rispetto a tale ultima qualificazione, in F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 118 ss., si sottolinea che, pur non potendosi escludere che gli amministratori della società eterodiretta debbano tenere in conto le indicazioni della *holding* volte a dirigere il gruppo nella sua interezza, il loro compito rimane quello di perseguire l'interesse proprio della compagine che sono chiamati a gestire, rifiutandosi, pertanto, di compiere operazioni non conformi a tale interesse o, comunque, pregiudizievoli per l'integrità del patrimonio sociale; in termini adesivi si veda anche R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, fasc. 5, 541; sull'assenza di deroghe all'art. 2380-bis c.c. anche all'interno del gruppo cfr. R. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. III, Torino, Utet, 2007, 810 ss.

ex lege per contemperare adeguatamente i differenti interessi ritenuti giuridicamente rilevanti nell'ambito dell'aggregazione imprenditoriale⁴⁸. In altri termini, se è vero che l'attività di direzione e coordinamento (nei gruppi verticali) si realizza perlopiù per il tramite di un rapporto di controllo diretto o indiretto⁴⁹, quest'ultimo rappresenta soltanto un presupposto per poter esercitare quell'attività di cui agli artt. 2497 ss. c.c., che rimane propria del solo fenomeno di gruppo⁵⁰. D'altronde, la separatezza delle nozioni – che, seppur strettamente interconnesse non possono considerarsi, come si è detto, sovrapponibili – è confermata, riportando la discussione sul piano del diritto positivo, dall'introduzione dell'art. 2497-sexies c.c., con cui si predispone una presunzione, seppur solo relativa⁵¹, di eterodirezione in capo a chi detenga il controllo *ex art.* 2359 c.c. ovvero sia tenuto al consolidamento dei bilanci⁵². La natura *iuris tantum* della presunzione consentirà

⁴⁸ Tale esigenza veniva già posta in risalto nella legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, il cui art. 10, co. 1, lett. a), tra i criteri direttivi della riforma, prevedeva il principio di «*adeguato contemperamento dell'interesse di gruppo, di quello delle società controllate e dei loro soci di minoranza*».

⁴⁹ Per interessanti notazioni sul cd. «*effetto telescopio*» in presenza di un controllo indiretto, cfr. F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497-sexies, cit., 328.

⁵⁰ In questo senso, G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 18-19; d'altronde, sottolinea L.A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, cit., 422, come, seppur sia possibile dal punto di vista astratto la direzione senza alcun legame di controllo, questa debba essere considerata un'eventualità non frequente nella pratica.

⁵¹ In proposito, U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi d'impresa*, cit., 19, evidenzia che il legislatore, nel formulare la disposizione di cui all'art. 2497-sexies c.c., parrebbe essersi ispirato alla prescrizione di cui al § 18.1 *AktG*, mediante cui l'ordinamento tedesco – peraltro fondato un doppio sistema presuntivo – introduce un'analoga presunzione, di natura relativa, dell'esistenza di un gruppo in presenza di una situazione di «dipendenza»: si vedano, sul punto, in dottrina, *ex multis*, U. HÜFFER – J. KOCH, *Aktiengesetz*, München, Beck, 2016, 99-100; V. EMMERICH – M. HABERSACK, *Konzernrecht*, München, Beck, 2020, 66-67.

⁵² In tema si veda M. LAMANDINI, *Presunzioni*, sub art. 2497-sexies, in AA.VV., *Le società per azioni. Codice Civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. II, Milano, Giuffrè, 2016, 3133, il quale sottolinea come, sebbene il rinvio all'art. 2359 c.c. paia essere stato utilizzato dal legislatore quale «*norma di chiusura*», in realtà la disciplina speciale sul consolidamento in talune ipotesi risulta di più ampia applicazione rispetto alla nozione di controllo prevista dalla fattispecie codicistica; conformemente, in F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497-sexies, cit., 323-324, si evidenzia come l'art. 26, co. 2, d.lgs. n. 127/1991, consideri come sussistente la

comunque al soggetto controllante – sia di diritto, sia di fatto⁵³, sia contrattuale – di dimostrare, mediante prova contraria, l'inesistenza dell'effettiva influenza nelle scelte gestorie della controllata, da cui possa conseguire un esonero dall'applicazione della peculiare disciplina di cui al Capo IX. È chiaro che, seppur in astratto la distinzione tra i concetti *supra* affrontati risulti abbastanza netta, in concreto la differenza non sia sempre facile da individuare⁵⁴, dovendosi fare affidamento su una serie di indici sintomatici non sempre decisivi se considerati isolatamente. Tenzialmente, comunque, si evidenzia come la mera circostanza che la maggioranza del C.d.A. sia espressione della volontà di un determinato socio non necessariamente determini l'ingerenza di quest'ultimo nella gestione della controllata⁵⁵; parimenti, è affermazione altrettanto frequente che nemmeno la composizione «*a specchio*» degli organi amministrativi possa ritenersi elemento da cui desumersi – se considerato singolarmente – la soggezione ad eterodirezione della compagine controllata⁵⁶.

situazione di controllo – a differenza dell'art. 2359 c.c. – anche in presenza di un contratto di dominazione «*quando la legge applicabile consenta tali contratti o clausole*» (lett. a) o di sindacati di voto (lett. b).

⁵³ Sulla poca ragionevolezza della presunzione in presenza di un controllo *ex art.* 2359, n. 2, c.c., cfr. G. GUIZZI, voce «*Direzione e coordinamento di società*», cit., 353.

⁵⁴ D'altronde, A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, cit., 774, sottolinea quanto sia «ingrato» il ruolo degli amministratori della controllante che hanno l'onere di fornire la prova contraria, vista l'esistenza nella realtà socio-economica di una pluralità di modelli di direzione unitaria, che non permettono di definirne precisamente l'oggetto; secondo F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497-sexies, cit., 339, costituirebbero prova contraria sia l'appostazione in bilancio della partecipazione come attivo circolante (e non come immobilizzazione finanziaria) sia la presenza – soprattutto qualora la *holding* sia un ente – di una clausola statutaria con cui espressamente si escluda la possibilità di esercitare attività di direzione e coordinamento attraverso le partecipazioni in società.

⁵⁵ In questo senso, L.A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, cit., 430, il quale, specularmente (spec. nt. 31), osserva che un organo gestorio composto perlopiù da soggetti *indipendenti* non escluderebbe a priori che il soggetto detentore di controllo *ex art.* 2359 c.c. possa esercitare, di fatto, un'attività di eterodirezione, ad esempio attraverso la nomina dell'amministratore delegato.

⁵⁶ Argomenta in questo senso, L.A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, cit., 431, sulla base della considerazione che gli amministratori, nello svolgimento del proprio ruolo, devono

L'assolvimento dell'onere probatorio appena visto, però, potrebbe risultare più agevole qualora i limiti, i contenuti e le modalità dell'attività di direzione e coordinamento venissero precisati all'interno dei cd. «regolamenti di gruppo», definibili quali atti organizzativi che consentono la formalizzazione in una sede unitaria dei criteri e delle regole che presiedono all'attuazione della peculiare attività direttiva tipica dell'aggregazione imprenditoriale⁵⁷. È chiaro, infatti, che, pur sussistendo, anche in questo caso, una presunzione di carattere relativo⁵⁸, tendenzialmente, in concreto, all'adozione di un simile atto corrisponderà l'esercizio effettivo dell'attività di direzione e coordinamento⁵⁹. Alla medesima agevolazione potrebbero condurre – qualora li si considerasse differenti dai regolamenti di gruppo⁶⁰ – anche i contratti di cd. *coordinamento gerarchico*, legittimati, secondo molti interpreti, dall'art. 2497-*septies* c.c. Quest'ultima norma, che consente di esercitare l'attività di direzione e coordinamento in base ad un

perseguire – seppur con la possibile rilevanza dei vantaggi compensativi – un autonomo e distinto interesse sociale delle società della cui gestione sono incaricati; similmente, U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi d'impresa*, cit., 21, sottolinea come, seppur sintomatica, non possa considerarsi comunque decisiva ai fini della verifica della sussistenza di una situazione di direzione unitaria la presenza di una comunanza di amministratori tra due compagini societarie; in senso contrario paiono M. BUSSOLETTI – E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, cit., 83, secondo cui la coincidenza integrale degli organi gestori costituirebbe elemento di «*invincibile*» conferma della direzione unitaria.

⁵⁷ In termini, G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, cit., 779; sul punto si veda anche la riflessione di F. GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, cit., 1556 (testo e nt. 12), secondo cui il regolamento di gruppo costituisce, da un punto di vista logico, un *posterius* rispetto al dato fattuale della direzione e coordinamento.

⁵⁸ Paventa tale conclusione proprio L.A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, cit., 424, che ritiene sussistente, al più, un rafforzamento di una presunzione comunque superabile.

⁵⁹ Sul punto cfr. G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 27.

⁶⁰ In questo senso cfr., ad esempio, lo stesso F. GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, cit., 1556-1557; non sembra, invece, marcare alcuna differenza A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, cit., 876 ss., il quale riconduce sia il contratto che costituisca evoluzione di un preesistente rapporto di controllo sia quello che assurga a momento genetico del gruppo alla categoria dei contratti di «coordinamento gerarchico».

«contratto» o ad una «*clausola statutaria*» della compagine eterodiretta⁶¹, seppur chiaramente riferita ai gruppi cd. paritetici od orizzontali⁶², nei quali, pur essendovi una direzione unitaria, non c'è contestuale subordinazione di un soggetto ad un altro⁶³, non è escluso che possa essere utilizzata anche per garantire una «*contrattualizzazione*» nei gruppi verticali⁶⁴, onde stabilire in via convenzionale

⁶¹ Si tratta di accordi aventi ad oggetto l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento e che, pertanto, differiscono, dalle ipotesi disciplinate ex art. 2359, comma 1, n. 3, c.c., dedicato al controllo contrattuale, rispetto al quale l'eterodirezione potrebbe costituire effetto soltanto riflesso: in questi termini, in modo convincente, G. GUIZZI, voce «*Direzione e coordinamento di società*», cit., 355; M. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, cit., 372.

⁶² Modello organizzativo che, benché riferito dal legislatore espressamente alla categoria delle imprese mutualistiche, è espressamente ritenuto applicabile anche alle società lucrative da R. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, cit., 817-818, il quale, inoltre, considera opportuno differenziarlo dall'aggregazione derivante dalla nebulosa figura del contratto di cd. «dominio debole» – la cui configurazione dogmatica è peraltro criticata dall'Autore – valorizzando la necessità di una concorrente e paritetica partecipazione di tutti i partecipanti alla definizione delle politiche di gruppo.

⁶³ D'altronde, già la *Relazione di Accompagnamento* al correttivo della riforma (d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37), chiariva la separazione tra la disciplina dei gruppi verticali (contenuta nell'art. 2497-sexies c.c.) e quella dei gruppi orizzontali, di cui al nuovo art. 2497-septies c.c.

⁶⁴ Sul punto, infatti, P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 331, sottolinea come, nonostante l'apparente esclusione formulata attraverso l'inciso iniziale «fuori dalle ipotesi di cui all'art. 2497-sexies», l'art. 2497-septies c.c. legittimerebbe, seppur implicitamente, in un'ottica di coerenza sistematica, anche la contrattualizzazione dell'attività di direzione e coordinamento tra soggetto controllante e controllato; conformemente considerano legittima la costituzione su base contrattuale di gruppi verticali, G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, cit., 779 (nt. 23); U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi d'impresa*, cit., 183-184; ID., *Coordinamento fra società*, sub art. 2497-septies, in *Le società per azioni. Codice Civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. II, Milano, Giuffrè, 2016, 3136; A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, cit., 870 ss.; contra F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497-septies, cit., 365-366, in cui si segnala come la soluzione affermativa si porrebbe in contrasto con il principio di esclusiva competenza degli amministratori della società eterodiretta per la gestione sociale; in senso assolutamente contrario alla riconducibilità di un gruppo «verticale» all'art. 2497-septies c.c., cfr. anche R. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, cit., 808-809.

quali siano contenuti, limiti e modalità della direzione e coordinamento nonché in cosa si sostanzino i doveri delle società eterodirette⁶⁵.

D'altronde, quand'anche il contratto di coordinamento gerarchico fosse ritenuto ammissibile, per poter superare il vaglio di meritevolezza, dovrà necessariamente essere conforme ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale (su cui si veda *infra*)⁶⁶, non potendosi, viceversa, ritenere lecita una fattispecie negoziale assimilabile al contratto di dominazione tedesco. Infatti, benché le figure appena descritte possano apparire *prima facie* simili al *Beherrschungsvertrag* teutonico, non è immaginabile che attraverso la regolamentazione convenzionale della direzione e coordinamento la controllata accetti di abdicare integralmente alle proprie funzioni gestionali⁶⁷, obbligandosi a eseguire, senza facoltà di disattenderle, le direttive e le istruzioni della *holding* anche quando pregiudizievoli, purché assunte nell'interesse della capogruppo o di altre componenti del gruppo stesso, come consentito dall'*AktG* (segnatamente dal § 308)⁶⁸. A fronte di tale profonda compressione dell'interesse sociale della controllata, il legislatore tedesco ha dovuto, peraltro, provvedere, come anticipato,

⁶⁵ Sul punto, diffusamente U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi d'impresa*, cit., 184, che qualifica tale fattispecie come un contratto plurilaterale con comunione di scopo; per una critica in merito, si veda F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497-septies, cit., 365; per l'utilità di una simile fattispecie contrattuale, cfr. anche P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 331 ss.

⁶⁶ Sempre P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 331.

⁶⁷ Motivo per il quale, a differenza di quanto accade nei «gruppi di fatto», in presenza di un contratto di dominazione la legge azionaria tedesca esclude la responsabilità degli amministratori della società eterodiretta: sul punto si veda anche R. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, cit., 812-813; pur ammettendo che l'art. 2497-septies c.c. consente l'adozione di una contrattualizzazione nei gruppi verticali, nega che simili fattispecie possano essere assimilabili al *Beherrschungsvertrag* anche A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, cit., 881.

⁶⁸ Come brillantemente sottolineato da G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, cit., 779 (nt. 23), risulta, quindi, chiaro, che la legislazione tedesca, a differenza di quella italiana, non sia interessata al contemperamento degli interessi, ma attribuisca maggior rilevanza all'interesse della capogruppo e/o del gruppo nel suo complesso.

all'introduzione di modelli di indennizzo in favore della compagine danneggiata⁶⁹ e nei confronti degli azionisti esterni (§§ 304-305, *AktG*), del tutto assenti, invece, nel nostro Codice Civile⁷⁰. Tali osservazioni consentono di affermare con ragionevole sicurezza che, pur essendo forte la suggestione derivante dal confronto comparatistico, l'art. 2497-*septies* c.c., non abbia legittimato il contratto di dominazione, ma abbia semplicemente preso atto della sua esistenza quale «fatto», subordinandone qualsivoglia valutazione di liceità al rispetto dell'ordinario criterio civilistico di meritevolezza⁷¹.

Analizzati, dunque, i tratti fisiologici dell'eterodirezione e le fonti da cui il potere di ingerenza nella gestione altrui può trarre origine, ci si può finalmente soffermare sulla responsabilità da esercizio abusivo dell'attività della *holding*, espressamente prevista dall'art. 2497 c.c. L'analisi testuale di quest'ultima disposizione – emblematica dei frequenti aspetti patologici che ci si trova ad affrontare nell'ambito della fenomenologia di gruppo – induce, a questo punto, a procedere, sempre nell'ottica della natura «incipite» della disciplina, non più ad una lettura della norma in termini organizzativi, ma ad una sua interpretazione come

⁶⁹ In tema, cfr. L.A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, cit., 428. In particolare, il § 302.1, *AktG*, prevede che la società dominante, nella costanza del rapporto contrattuale, debba necessariamente provvedere a coprire ogni perdita annuale della subordinata.

⁷⁰ In merito, cfr., ancora, R. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, cit., 810-811.

⁷¹ G. GUIZZI, voce «*Direzione e coordinamento di società*», cit., 355; sull'accertamento di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c., si vedano F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497-*sexies*, cit., 334 ss.; in questo senso cfr. anche M. BUSSOLETTI – E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, cit., 97 ss., secondo cui l'ammissibilità di un contratto o di una clausola statutaria di dominio non potrebbe prescindere da un esplicito e compiuto intervento legislativo sul punto (spec. p. 99); in argomento è interessante notare come R. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, cit., 827 ss., pur sostenendo la nullità dei contratti di dominio, ritenga applicabile la presunzione di cui all'art. 2497-*sexies* c.c. anche al gruppo gerarchico derivante dall'eventuale esecuzione spontanea di questi ultimi: in una simile circostanza, secondo l'Autore, al pari di quanto fatto nell'ambito della teorica dell'impresa illecita, si dovrebbe, infatti, procedere alla disaggregazione della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, le cui norme finirebbero per essere invocabili unicamente quando poste a tutela dei soci esterni o dei creditori della compagine eterodiretta, ma non quando volte a proteggere gli interessi della *holding*.

Schutzrecht a tutela dei soggetti potenzialmente lesi dalle condotte scorrette della capogruppo.

5. Sulla legittimazione all'azione di responsabilità da abuso di eterodirezione.

Il dettato testuale dell'art. 2497, comma 1, c.c. prevede che qualora l'attività di direzione e coordinamento sia stata esercitata agendo «*nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui*» in violazione dei principi di «*corretta gestione societaria e imprenditoriale*» della controllata, la *holding* sarà sottoposta ad un peculiare regime di responsabilità, sulla cui qualificazione giuridica, peraltro, gli interpreti continuano ad essere divisi⁷².

In realtà, pur rimanendo irrisolta tale ultima questione – che, per la verità, non assume una particolare rilevanza dal punto di vista pratico⁷³ – la disposizione

⁷² Propendono per la natura contrattuale, ritenendo che gli obblighi comportamentali in cui si concretizzano i principi di «corretta gestione societaria e imprenditoriale» siano ben più specifici del dovere di *neminem laedere*, V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità*, cit., 1245; A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, cit., 770; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 545, che, però, ritiene di accogliere tale tesi solo con riguardo ai soci; in giurisprudenza, cfr., in particolare, Trib. Milano, sez. Impr., 26 febbraio 2016, in *Società*, 2016, fasc. 12, 1360 ss., secondo cui la *holding* assumerebbe volontariamente su di sé degli obblighi di protezione preesistenti e specifici, qualificabili come obbligazioni *ex lege*, cui si applica, ai sensi dell'art. 1173, ultima parte, c.c., il regime della responsabilità contrattuale; si ergono a sostenitori della natura extracontrattuale – in coerenza, d'altronde, con le indicazioni presenti nella *Relazione di Accompagnamento* alla riforma – G. GUIZZI, voce «*Direzione e coordinamento di società*», cit., 359-360, nonché, tra i primi commentatori della modifica codicistica, anche F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., 1037, e G. SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contratto e Impresa*, 2003, fasc. 2, 605; in quest'ultimo senso, si veda anche G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società*, cit., 661, il quale, peraltro, ritiene che si tratti di un'ipotesi di responsabilità oggettiva, svincolata, dunque, dall'accertamento della colpa della capogruppo,

⁷³ Sottolineano, infatti, la sostanziale irrilevanza della preferenza per l'una o per l'altra tesi rispetto alla distribuzione dell'onere della prova F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 176 ss., e P. PETTITI, *Direzione e coordinamento, interesse e controllo analogo*, cit., 1139 ss.

pare aver ormai individuato, al netto dei dubbi sulle facoltà della società eterodiretta, i soggetti cui sia attribuita la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione risarcitoria. Quest'ultima, infatti, è espressamente posta in capo ai soci⁷⁴ e ai creditori della compagine controllata: si tratta, insomma, delle categorie che rischiano di subire un pregiudizio immediato da quella condotta che nella dinamica dell'aggregazione imprenditoriale, tenendo conto dell'esito complessivo, possa essere razionalmente non improntata ad un criterio di economicità⁷⁵. Nessun riferimento è, invece, riservato agli azionisti di minoranza della capogruppo, i quali, comunque, in astratto, potrebbero subire nocumento da decisioni che modifichino nella sostanza le caratteristiche della compagine cui partecipano⁷⁶.

Ovviamente, non potendosi configurare responsabilità in assenza di uno specifico danno⁷⁷, ai fini della proposizione della domanda di cui all'art. 2497,

⁷⁴ È chiaro che la norma sia volta ad accordare prevalentemente una forma di tutela a quei soci che sono esclusi dalla catena di comando, ma è opportuno sottolineare come nessun dato normativo precluda che l'azione nei confronti della *holding* venga esercitata da soci non di minoranza della controllata; in tal senso, recentemente, App. Roma, sez. Impr., 24 settembre 2020, in www.pluriscedam.utetgiuridica.it.

⁷⁵ In tal senso, C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., 194.

⁷⁶ Sottolinea la necessità di tutelare anche soci di minoranza e creditori della *holding*, M.S. SPOLIDORO, *La tutela dei soci di minoranza e dei creditori della holding nella nuova disciplina delle società di capitali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2005, 3897 ss.; in merito a tale ultimo aspetto, evidenzia l'inadeguatezza delle regole di diritto comune societario anche G. GUIZZI, *Riflessioni su alcuni problemi irrisolti nella disciplina del gruppo* (Fantasia para un Gentilhombre), in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2015, fasc. 1, 9 ss.; a livello comparatistico è, invece, interessante notare come la protezione degli azionisti della *holding* sia stata uno dei punti nodali della riforma della legge societaria giapponese del 2014: sul punto si veda J. UEDA, *Directors' Duties and Liability in Corporate Groups: A Japanese Perspective*, in *European Business Law Review*, 2016, vol. 27 (2), 223 ss.; per le soluzioni adottate in Germania e Stati Uniti, si veda R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nelle società di capitali*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2003, I, fasc. 5, 676-677, il quale (spec. nt. 33) pareva ipotizzare, seppur non con eccessiva convinzione, come uniche forme di tutela l'utilizzo degli strumenti di cui agli artt. 2409 (per i soci di minoranza di *holding* s.p.a.) e 2473 (quando la capogruppo sia una s.r.l.) c.c.

⁷⁷ Sulla rilevanza della prova del danno e del nesso causale, si vedano di recente in giurisprudenza, Trib. Bari, sez. Impr., 20 ottobre 2020, in www.pluriscedam.utetgiuridica.it; App. Napoli, V sez., 8 giugno 2020, in www.dirittobancario.it.

comma 1, c.c. è necessario che i soci, in un'ottica che pare valorizzare la teoria del cd. *shareholder value*⁷⁸, dimostrino di aver subito un pregiudizio alla «*redditività ed al valore della partecipazione sociale*»⁷⁹. Taluni qualificano tale danno come «*sociale*», ritenendo che la posizione giuridica dei soci subisca effetti meramente indiretti e che, dunque, l'esperimento dell'azione risarcitoria sia ammesso *ex lege* in via eccezionale⁸⁰: tuttavia, come sottolineato criticamente subito dopo la riforma,

⁷⁸ In tal senso, chiaramente, R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., 665, il quale fa notare come non sarebbe più centrale l'interesse all'integrità sociale del patrimonio sociale in capo ai creditori della compagine eterodiretta (che, comunque, rimangono tutelati), ma l'interesse degli azionisti alla massimizzazione della redditività e del valore del loro investimento in partecipazioni di società di capitali.

⁷⁹ Per un'analisi del rapporto tra la redditività e il valore della partecipazione, cfr., in particolare, M. BUSSOLETTI – E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, cit., 131 ss. e la recente monografia di F. SUDIERO, *La tutela risarcitoria del socio tra danno diretto e danno riflesso*, Torino, Giappichelli, 2020, 148 ss.; M. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, cit., 378, sottolinea la ridondanza del linguaggio legislativo sul punto; G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società*, cit., 662, sembra propendere per l'idea che si tratti di requisiti non alternativi, ma cumulativi; per l'idea che la redditività, in quanto legata a valori intrinsecamente prospettici, venga danneggiata anche da comportamenti di mera rinuncia ad opportunità d'investimento più redditizie cfr. S. GILOTTA, *Interesse sociale, interesse di gruppo e interesse collettivo nella regola sulla responsabilità per abuso di direzione unitaria*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2014, I, fasc. 1, 197 ss., che sottolinea come la prova dell'esistenza di una soluzione più remunerativa spetti agli attori, i quali, però, il più delle volte non hanno la materiale disponibilità della documentazione utile allo scopo; critico della scelta operata dal legislatore si mostra G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2003, fasc. 5, 485, che evidenzia come il socio abbia un interesse – e non un diritto – alla redditività e al valore della partecipazione, il cui soddisfacimento transita per il patrimonio della società controllata, alla quale, però, quantomeno testualmente, non è attribuita legittimazione attiva nei confronti della *holding* danneggiante.

⁸⁰ Pare accogliere tale tesi G. GUIZZI, voce «*Direzione e coordinamento di società*», cit., 360, sottolineando come, trattandosi di un danno «*riflesso*», in una normale azione di *mala gestio* nei confronti degli amministratori il pregiudizio *de quo* esulerebbe dall'alveo applicativo dell'art. 2395 c.c.; dell'avviso che si tratti di danno «*riflesso*» anche G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società*, cit., 662; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 540; R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera e A. Sciarrone

così argomentando si rischierebbe di svincolare irragionevolmente l'esercizio di tale forma rimediale da un limite quantitativo minimo di partecipazione al capitale, a differenza di quanto stabilito da una norma con analoghe finalità quale quella *ex art. 2393-bis c.c.*⁸¹. Attenendosi maggiormente al dato testuale del comma 1, dunque, altri interpreti sostengono la tesi che il pregiudizio al valore e alla redditività della partecipazione sia qualificabile come «*diretto*», risultando ciò dimostrato dalla circostanza che il comma 3 dell'art. 2497 c.c. introduce una responsabilità meramente residuale della *holding*, attivabile unicamente in caso di mancato soddisfacimento del soggetto ricorrente da parte della società abusata⁸². Quando, invece, la domanda sia proposta dai creditori, il legislatore richiede un danno qualificabile come «*lesione dell'integrità patrimoniale*»⁸³ della compagine eterodiretta, che, già nella sua formulazione testuale, pare equivalente a quello richiesto dall'art. 2394 c.c. con riguardo all'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori nell'ambito di società «monadi»⁸⁴.

Alibrandi, vol. II, Torino, Utet, 2014, 1639; V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. II, Torino, Utet, 2007, 925; F. SUDIERO, *La tutela risarcitoria del socio tra danno diretto e danno riflesso*, cit., 141 ss.

⁸¹ In questi termini R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nelle società di capitali*, cit., 666.

⁸² In questo senso, C. AMATUCCI, voce «*Società (gruppi di)*», cit., 948; sottolinea, però, correttamente R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nelle società di capitali*, cit., 666, come, adottando tale interpretazione, forte sarebbe il rischio di estendere enormemente la portata applicativa dell'art. 2395 c.c., considerato che pressoché ogni decisione degli amministratori di s.p.a. incide su valore e redditività delle partecipazioni.

⁸³ Per quanto assolutamente suggestiva, sembra difficilmente riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 2497 c.c., il cui dettato testuale tipizza in termini abbastanza stringenti il danno risarcibile in favore dei creditori, l'eventuale responsabilità della capogruppo per una condotta socialmente irresponsabile della società subordinata, su cui è incentrata la recente monografia di M.V. ZAMMITTI, *La responsabilità della capogruppo per la condotta socialmente irresponsabile delle società subordinate*, Milano, Giuffrè, 2020, *passim*.

⁸⁴ In questo senso, R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 542; G. GUIZZI, voce «*Direzione e coordinamento di società*», cit., 360, evidenzia come il parallelismo appaia coerente principalmente se si ritenga l'azione *ex art. 2394 c.c.* autonoma, e non surrogatoria; in senso analogo, in giurisprudenza, la recente App. Napoli, V sez., 8 giugno 2020, cit.; in tema, F. NIEDDU ARRICA, *I principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*

Allo stato attuale, dunque, stante l'esplicita enunciazione legislativa, l'unico dubbio in punto di legittimazione attiva attiene alla possibilità o meno, nel silenzio della disposizione in commento, di attribuire alla compagine eterodiretta la facoltà di azionare il rimedio risarcitorio *ex art. 2497 c.c.* Benché si riconosca tale eventualità come di difficile realizzazione pratica⁸⁵, sembrerebbe arduo negare l'esperibilità dell'azione di responsabilità qui in esame alla società «figlia», che risulta, da un punto di vista logico, il soggetto effettivamente pregiudicato dalla condotta scorretta della *holding*⁸⁶. Tuttavia, la delineata soluzione estensiva sembra

nella prospettiva della tutela dei creditori, Torino, Giappichelli, 2017, 105, segnala come la sussistenza di un pregiudizio al patrimonio sociale non sia elemento di per sé sufficiente all'accoglimento della domanda risarcitoria del creditore, che sarà onerato di fornire la prova dell'incapienza patrimoniale della società eterodiretta e, dunque, della conseguente eccedenza delle passività sulle attività; tuttavia, sottolinea P. PETTITI, *Direzione e coordinamento, interesse e controllo analogo*, cit., 1124, come non possa ritenersi indispensabile, ai fini dell'azione di responsabilità da parte dei creditori, il totale prosciugamento o svuotamento del patrimonio della società eterodiretta.

⁸⁵ Considera, infatti, improbabile che la compagine eterodiretta agisca «contro se stessa», M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, cit., 615; della stessa idea anche E. CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, ESI, 2018, 254 ss., e R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 545.

⁸⁶ In questo senso V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità*, cit., 1256; secondo R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., 668, pur non essendoci una previsione espressa nell'art. 2497 c.c., l'azione diretta sarebbe attribuibile alla controllata sulla base dei principi generali, che, peraltro, consentivano di giungere ad un tale approdo interpretativo già prima della riforma; propendono per la soluzione affermativa anche R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 545; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, 9^a ed., Milano, Utet, 2015, 297; G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. III, Torino, Utet, 2007, 964 ss.; sul punto, nella giurisprudenza di merito, richiede attenzione la pronuncia di Trib. Milano, sez. Impr., 26 febbraio 2016, cit., successivamente ripresa da Trib. Milano, sez. Impr., 27 febbraio 2019 e Trib. Milano, sez. Impr., 21 luglio 2020, entrambe reperibili in www.giurisprudenzadelleimprese.it, secondo cui anche la compagine abusata potrebbe esperire un'azione per i danni che l'illegittima attività di direzione e coordinamento abbia cagionato al suo patrimonio: essa, tuttavia, non potrà

trovare – già *prima facie* – un netto ostacolo nel dettato del già citato comma 3 dell'art. 2497 c.c., il quale, prevedendo un coinvolgimento della *holding* solo qualora il socio o il creditore non siano stati previamente soddisfatti dalla controllata, sembrerebbe individuare quest'ultima come coobbligato solidale passivo della propria capogruppo, negandole, dunque, la legittimazione ad agire⁸⁷.

D'altronde, da un punto di vista prettamente civilistico, l'adesione alla tesi estensiva rischierebbe di essere assoggettata ad una duplice controindicazione. In primo luogo, sarebbe concreto il rischio di liquidare un «*sovrarisarcimento*» in favore del socio che abbia agito *motu proprio* nei confronti della *holding*: infatti, questi potrebbe ottenere la riparazione del danno «*direttamente*» subito alla propria partecipazione e, poi, usufruire indirettamente anche dei benefici derivanti dalla ricostituzione dell'integrità patrimoniale della compagine di cui è membro⁸⁸. In seconda istanza, oltre a violarsi il principio del divieto di *overcompensation* in favore del ricorrente, non sarebbe da sottovalutare il fatto che anche la capogruppo – seppur responsabile – rischierebbe di dover corrispondere un risarcimento

ricondursi all'art. 2497 c.c., ma, qualificandosi come contrattuale, ai principi di cui agli artt. 1173 e 1218 c.c.

⁸⁷ In questi termini cfr. U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi d'impresa*, cit., 44; G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, cit., 485; R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, cit., 1631 ss.; P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2008, I, fasc. 3, 279 ss., il quale sottolinea come la negazione della legittimazione attiva in capo alla società eterodiretta consentirebbe di risolvere in radice il problema – che, invece, potrebbe verificarsi piuttosto frequentemente aderendo all'orientamento opposto – derivante dal calcolo del risarcimento dovuto nei confronti della controllata che abbia agito successivamente rispetto ai suoi soci (spec. p. 485); concorde è anche G. GUIZZI, voce «*Direzione e coordinamento di società*», cit., 361, secondo cui nella dinamica di gruppo il pregiudizio – lungi dall'essere effettivamente comune a tutti i soci – colpisce selettivamente soltanto alcuni membri della compagine sociale, non abilitando quest'ultima ad agire giudizialmente in loro vece, ma attribuendole una soggettività «strumentale», che consenta l'utilizzo di risorse economiche per soddisfare la posizione di singoli soci esterni o creditori.

⁸⁸ Pone particolare attenzione a questo profilo R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, cit., 1638-1639.

maggiore rispetto al danno effettivamente cagionato⁸⁹. Una tale circostanza, che già nell'ambito di un rapporto societario in senso stretto pare cozzare con i principi generali, comporterebbe problemi ancor più rilevanti qualora il ruolo di *holding* dovesse essere svolto da un soggetto avente natura pubblicistica, certamente sottoposto a vincoli di bilancio e a controlli esterni ben più stringenti di quelli di un ente privato.

Quest'ultima considerazione consente allora di introdurre l'ulteriore aspetto posto in evidenza dall'art. 2497, comma 1, c.c., attinente all'individuazione dei legittimati passivi dell'azione di responsabilità ivi prevista.

5.1 (segue) La legittimazione passiva.

La disamina sui soggetti che eventualmente possano essere convenuti in un'azione di responsabilità per abuso di eterodirezione – aspetto da sempre dibattuto e mai realmente sopito nemmeno a seguito della riforma del 2003 – rende necessario trattare separatamente le prescrizioni dei diversi commi dell'art. 2497 c.c.

L'azione di cui al comma 1, infatti, può essere proposta da soci e creditori della compagine abusata nei confronti di «società» ed «enti» che abbiano esercitato l'attività di direzione e coordinamento violando i principi di corretta gestione, di cui si dirà nel paragrafo successivo. Orbene, già dal tenore testuale della disposizione sembrerebbe emergere che, quantomeno nelle sue intenzioni iniziali, il legislatore avesse immaginato di sottoporre allo statuto *de quo*, oltre alle società⁹⁰,

⁸⁹ Si veda, ancora, R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, cit., 1639; per risolvere tale criticità – ma, probabilmente, non quella legata al «sovrisarcimento» – si potrebbe pensare di adottare la tesi di G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., 966, secondo la quale, in presenza di una previa azione del socio, alla società che abbia agito successivamente spetterebbe un risarcimento decurtato in misura proporzionale di quanto già elargito al primo ricorrente.

⁹⁰ P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 323, riconduce alla fattispecie anche le società semplici, partendo dal presupposto che l'attività di direzione e coordinamento, non dovendosi qualificare

qualsivoglia tipo di ente, sia di natura privata sia di natura pubblica. Con riserva di soffermarsi approfonditamente nel prosieguo sulla configurabilità di enti *holding* diversi dalle società e sulla loro eventuale assoggettabilità allo speciale regime di responsabilità⁹¹, pare opportuno qui anticipare che, con il d.l. 1 luglio 2009, n. 78⁹² (cd. decreto *Anticrisi*), intervenuto in qualità di norma di interpretazione autentica della disposizione in esame, si è inteso limitare il novero dei legittimati passivi ex art. 2497 c.c. ai soli «*soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria*».

Tale puntualizzazione, lungi dall'assumere carattere meramente formale, sembra aver escluso dalla classe dei soggetti eventualmente responsabili ai sensi del comma 1 – oltre allo Stato, con le debite precisazioni che verranno effettuate in seguito – anche la *holding* persona fisica, la cui configurabilità, pur non mancando qualche voce possibilista⁹³, era comunque già stata negata anche dalla dottrina prevalente ben prima della norma interpretativa⁹⁴. D'altronde, benché tale visione restrittiva sia stata tacciata di violazione di principi costituzionali quali l'art. 3 e

necessariamente come attività d'impresa, a maggior ragione potrebbe non configurarsi come impresa commerciale.

⁹¹ E, infatti, rispetto alla configurabilità di una capogruppo di natura pubblica si rimanda al Capitolo II; la compatibilità della *holding* privatistica *non profit* con i principi dell'attività di direzione e coordinamento sarà, invece, analizzata nel Capitolo III.

⁹² Convertito con modificazioni dalla l. 3 agosto 2009, n. 102.

⁹³ In questo senso, si veda R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., 661.

⁹⁴ Sul punto si confrontino P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 323, e C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Rivista delle Società*, 2005, fasc. 1, 6, che escludevano l'applicabilità dell'art. 2497, co. 1, c.c. nei confronti della persona fisica alla luce di un confronto tra il testo approvato in forma definitiva e le bozze iniziali; dello stesso avviso anche G. ROMAGNOLI, *L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, fasc. 1, 216; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 540; scriveva F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., 1021, che, nell'ipotesi in cui fosse accertato che la persona fisica in posizione di controllo svolgesse attività di direzione e coordinamento, si sarebbe dovuta utilizzare la comune azione ex art. 2043 c.c.

l'art. 41, Cost.⁹⁵, il riferimento ai soli «*soggetti giuridici collettivi*» di cui al decreto *Anticrisi* sembra confermare l'esclusione dai legittimati passivi del socio persona fisica che non si limiti a gestire la propria partecipazione societaria di controllo come un comune azionista, ma eserciti un'ingerenza nell'amministrazione⁹⁶. Ferme restando le probabili difficoltà di carattere probatorio, comunque, è pressoché pacifico che, in tali circostanze, possa trovare, invece, applicazione nei confronti della *holding* persona fisica, in qualità di coobbligato, il disposto del comma 2 dell'art. 2497 c.c.⁹⁷, con cui si è introdotta una responsabilità solidale a carico di chi abbia comunque «*preso parte al fatto lesivo*»⁹⁸ e – nei limiti del vantaggio conseguito – di chi «*ne abbia consapevolmente tratto beneficio*»⁹⁹. In ossequio al medesimo principio, potranno, peraltro, rispondere ai sensi del comma 2 tanto gli amministratori della *holding*¹⁰⁰ quanto quelli della società eterodiretta, cui, anche nell'ambito del gruppo, è demandato il compito di operare con lo scopo di

⁹⁵ Partendo dalla considerazione della legittimità dell'attività di direzione e coordinamento come esplicazione della libertà di iniziativa economica ex art. 41, Cost., infatti, G. SCOGNAMIGLIO, «*Clausole generali*», *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 28, sottolinea come, precludendone in astratto l'esercizio alla persona fisica, si rischierebbe di violare i suddetti precetti costituzionali.

⁹⁶ È altrettanto vero, però, che l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento da parte della persona fisica appare plausibile, seppur ai limitati fini della disposizione di settore, alla luce del testo del nuovo art. 2, comma 1, lett. h), *Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza* (C.C.I.I.).

⁹⁷ In questo senso, sottolineando come non opererebbe nemmeno la presunzione di cui all'art. 2497-sexies c.c., cfr. F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 63; emblematicamente, in M. BUSSOLETTI – E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, cit., 129, si segnala come, con l'utilizzo del pronome «chi», le persona fisiche *holding*, «*uscite dalla "porta" rientrano dalla "finestra"*».

⁹⁸ M. BUSSOLETTI – E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, cit., 129, evidenziano come, in questo caso, considerato che il fatto lesivo è attribuibile ad altri, non è necessario, ai fini dell'integrazione della fattispecie, che si persegua un interesse imprenditoriale proprio o altrui, essendo sufficiente che l'agente sia consapevole che la condotta violi i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

⁹⁹ Per una completa disamina del regime di responsabilità ex art. 2497, comma 2, c.c., imprescindibile è la lettura della nota monografia di L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., c.c.*, Milano, Giuffrè, 2012.

¹⁰⁰ Cfr., ancora, M. BUSSOLETTI – E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, cit., 130.

mantenere la «propria» compagine nello stato di «autonomo centro di profitto»¹⁰¹, rifiutandosi, pertanto, di dare esecuzione a direttive che, anche in una dimensione complessiva, possano manifestarsi all'uopo dannose¹⁰².

6. I presupposti oggettivi.

Ferma, come in ogni ipotesi di responsabilità civile, la rilevazione di un danno nei termini *supra* visti, ai fini dell'applicazione dell'art. 2497, comma 1, c.c., il pregiudizio dovrà essere causato dalla capogruppo con una condotta che abbia determinato una violazione dei principi di corretta gestione «societaria» e «imprenditoriale»¹⁰³ della compagine sottoposta a direzione e coordinamento. Con

¹⁰¹ La definizione è mutuata da C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., 204.

¹⁰² Cfr. G. GUIZZI, voce «Direzione e coordinamento di società», cit., 362; nella ricostruzione di V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità*, cit., 1253, sono pacificamente sottoponibili al regime di responsabilità solidale di cui all'art. 2497, comma 2, c.c. tanto gli organi di gestione della società dirigente quanto quelli della società eterodiretta (nei cui riguardi, peraltro, i soci e i creditori sociali potrebbero anche agire ai sensi degli artt. 2394 e 2395 c.c.).

¹⁰³ Attraverso tale clausola, benché così vaga, secondo R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., 664, il legislatore avrebbe esplicitamente preso posizione privilegiando l'interesse della società eterodiretta rispetto ad un presunto interesse di gruppo; la doppia qualificazione è valutata come opportuna da G. SCOGNAMIGLIO, «Clausole generali», *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 14, anche considerando che essa non è stata inserita, in quanto non ritenuta utile dal legislatore, con riguardo alla gestione di società indipendenti, nell'ambito delle quali i due criteri di corretta gestione verrebbero a confondersi e sovrapporsi; M. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, cit., 377, segnala come si tratti di una formula lasciata intenzionalmente aperta dal legislatore; criticano la tecnica legislativa adottata R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 541, che sottolinea come la locuzione non sia esente da vaghezza, e M. BUSSOLETTI – E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, cit., 123, che la definiscono un'endiadi «certo non felice»; in F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 142 (nt. 186), si afferma la duplicità dei doveri della capogruppo, nel senso che anche la violazione di uno soltanto potrebbe determinare responsabilità in caso di lesione degli interessi tutelati dalla norma; sembra, invece, propendere per la necessaria violazione cumulativa, pur

la doppia aggettivazione – utile a delimitare, mediante la lettura in positivo della disposizione, la legittimità dell’eterodirezione¹⁰⁴ – s’imporrebbe al soggetto posto al vertice non solo il rispetto di funzioni e doveri degli amministratori della controllata, individuabili in modo non difforme da quelli sussistenti nell’ambito dei singoli tipi societari «indipendenti»¹⁰⁵ (prospettiva societaria), ma anche l’obbligo di tenere in debito conto le conseguenze derivanti dalla gestione del gruppo inteso in senso globale (prospettiva imprenditoriale)¹⁰⁶; ne conseguirà, in particolare, che

lasciando il quesito aperto, V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità*, cit., 1243.

¹⁰⁴ Ma, sulla portata applicativa generale dei principi qui enunciati, si veda A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell’impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber Amicorum Antonio Piras, a cura di P. Abbadessa, Torino, Giappichelli, 2010, 829 ss.; e, conformemente cfr. anche U. TOMBARI, *“Potere” e “interessi” nella grande impresa azionaria*, Milano, Giuffrè, 2019, 90 (testo e nt. 74).

¹⁰⁵ Dunque, secondo G. SCOGNAMIGLIO, *“Clausole generali”, principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 13, una «buona capogruppo» dovrebbe astenersi dall’emanare direttive che contrastino con i principi che presiedono al corretto svolgimento dell’attività di amministrazione nelle singole società e con gli obblighi di comportamento che ne conseguano; per una disamina sul punto, si veda E. MARCHISIO, *La “corretta gestione” della società eterodiretta ed il recepimento di direttive (programmaticamente o solo accidentalmente) dannose*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2011, I, fasc. 6, 934 ss.; diversamente, secondo C. AMATUCCI, voce «Società (gruppi di)», cit., 947, la struttura di gruppo imporrebbe di valutare la correttezza gestionale sia con riguardo ad una pluralità di centri d’imputazione sia con riguardo all’unicità dell’iniziativa economica e ciò precluderebbe la possibilità di mutuare i canoni di diligenza previsti per gli amministratori delle società indipendenti.

¹⁰⁶ In tema cfr. F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 143, dove si sottolinea come tale riferimento imponga alla capogruppo di realizzare un contemperamento tra i vari interessi contrapposti nella struttura di gruppo; nel medesimo senso, V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità*, cit., 1246; nella sua ampia ricostruzione a carattere generale, non limitata alla sola dinamica di gruppo, peraltro, A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell’impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., 831 ss., evidenzia come, tra i principi di corretta gestione «imprenditoriale» sia annoverabile anche il necessario perseguimento della prospettiva di «continuità aziendale», mediante decisioni che, assunte dagli amministratori alla stregua della *honest business judgement rule*, risultino, a seguito di valutazione *ex post*, «essere state prese in coerenza con l’obiettivo di mantenere l’impresa in condizioni tali da poter rimanere indefinitamente sul mercato, autogenerando le risorse per la propria continuità»; sull’obbligo degli amministratori di ispirare la propria condotta alla conservazione

la *holding*, pur nell'esercizio del proprio potere di indirizzo, non potrà impartire direttive che ledano *aprioristicamente* l'integrità patrimoniale o la potenziale redditività delle partecipazioni sociali della controllata¹⁰⁷.

Tuttavia – introducendo un profilo che, come si vedrà, ha sempre rappresentato un elemento di difficile compatibilità della disposizione *de qua* con una *holding* non lucrativa – perché si possa configurare una responsabilità da abuso di eterodirezione, l'art. 2497, comma 1, c.c. richiede anche che la violazione dei principi appena citati avvenga nel perseguimento di un «*interesse imprenditoriale proprio o altrui*». Soprattutto prima dell'emanazione del decreto *Anticrisi* si era diffusa un'interpretazione di tale connotazione finalistica, fondata prevalentemente sulla valorizzazione della *ratio* di protezione sottesa alla disciplina del Capo IX, che qualificava l'interesse imprenditoriale come elemento esterno alla fattispecie¹⁰⁸: la responsabilità potrebbe, pertanto, scattare ogniquale volta l'ente o

della «continuità aziendale», cfr. anche C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., 390-391.

¹⁰⁷ In tal senso, F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 145, in cui si evidenzia, però, che la produzione in concreto di utili e, dunque, la redditività effettiva della società eterodiretta non dipenderà, una volta rispettato il principio di corretta gestione, dalla condotta della controllante; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., 204, come visto, ritiene che il rispetto dei principi di corretta gestione imporrebbe alla controllante di non precludere alla società eterodiretta di operare come «autonomo centro di profitto»; egualmente, U. TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Rivista del diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, 2011, I, fasc. 3, 637; ID., *Diritto dei gruppi d'impresa*, cit., 39; sul punto cfr. anche M. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, cit., 377; inoltre, sui principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nell'ambito di una situazione di crisi del gruppo si consultino, *ex multis*, gli scritti di F. NIEDDU ARRICA, *I principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nella prospettiva della tutela dei creditori*, cit., 91 ss., e M. MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera e A. Sciarrone Alibrandi, vol. III, Milano, Giuffrè, 2014, 2693 ss.

¹⁰⁸ In questo senso, C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., 11, e, in tempi più recenti, E. CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, cit., 250, la quale ritiene che, da un lato, la clausola dell'«*interesse imprenditoriale proprio o altrui*» sia semplicemente descrittiva della condotta che tipicamente caratterizza l'abuso dell'attività di direzione unitaria e, dall'altro, che esprima il fine della strategia

società esercente la direzione unitaria persegua in modo abusivo un interesse «proprio o altrui»¹⁰⁹, prescindendosi dalla natura di quest'ultimo¹¹⁰.

Tuttavia, a maggior ragione all'esito dello speciale regime di esenzione formulato con la norma di interpretazione autentica, che vincola l'applicazione dell'art. 2497 c.c. alla detenzione, da parte del soggetto giuridico collettivo, della partecipazione sociale «*nell'ambito della propria attività imprenditoriale*» ovvero per finalità «*di natura economica o finanziaria*»¹¹¹, l'imprenditorialità dell'interesse perseguito dalla *holding* sembrerebbe ormai doversi intendere – come ammesso anche dai sostenitori della tesi contraria¹¹² – come elemento costitutivo

globale più ampia perseguita dalla *holding*; conformemente, si veda G. SBISÁ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 46, il quale sottolinea come lo scopo dell'inciso non sarebbe quello di escludere la responsabilità qualora le regole di gestione venissero violate per perseguire un interesse «diverso», ma semplicemente di indicare che la condotta abusiva tendenzialmente si inserisce in un'attività d'impresa e che è sufficiente un interesse difforme da quello della società eterodiretta, nonché L.G. ROSSI, *Il ruolo della controllata e la tutela del socio esterno nella nuova disciplina dei gruppi*, cit., 984 (nt. 9); ritengono tale elemento non imprescindibile ai fini dell'imputazione della responsabilità, risultando rilevante solo per l'operatività dei vantaggi compensativi, F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società «a partecipazione mista» pubblico-privata*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2011, fasc. 4, 575, ed E. MARCHISIO, *L'eterodirezione «pubblicistica»*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2015, fasc. 2, 439.

¹⁰⁹ C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., 11; *contra*, V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, 1° comma, c.c. (art. 19, 6° comma, d.l. n. 78/2009)*, in AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, Torino, Giappichelli, 2010, 183 (nt. 36), il quale ritiene che, anziché smembrare la locuzione «*interesse imprenditoriale proprio o altrui*» in singole componenti di cui poi valutare l'essenzialità, tale proposizione debba essere letta nella sua interezza e nella considerazione che sia inscindibile.

¹¹⁰ C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., 10, riteneva addirittura che il perseguimento di un interesse extra imprenditoriale che rischiasse di «*soverchiare*» la causa lucrativa (o non lucrativa, nel caso delle società di diritto speciale) dovesse considerarsi come aggravante ai fini della responsabilità.

¹¹¹ Sulla specifica interpretazione dell'inciso qui richiamato si rimanda a quanto si dirà nel Capitolo II.

¹¹² Sembra aver cambiato idea, infatti, lo stesso C. IBBA, *La tutela delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica*, in *Rivista delle Società*, 2015, fasc. 1, 103, il quale prende atto della circostanza che, all'esito della nuova normativa, parrebbe difficile negare l'imprescindibilità dell'interesse imprenditoriale tra i requisiti richiesti dalla fattispecie.

della responsabilità da abuso di eterodirezione¹¹³. L'accoglimento di una simile ricostruzione rischierebbe, però, di aggravare eccessivamente l'onere processuale in capo ai creditori e ai soci «esterni» delle controllate, i quali, per poter esperire vittoriosamente l'azione in esame, dovrebbero necessariamente provare¹¹⁴ che la *holding* agisca per tale finalità e non, invece, per il perseguimento di scopi istituzionali, o, comunque, extra imprenditoriali¹¹⁵. Pertanto, nell'ottica di alleviare

¹¹³ In tal senso, C. ANGELICI, *In tema di «socio pubblico»*, in *Rivista del diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, 2015, I, fasc. 2, 179, il quale sottolinea come il legislatore non sanziona l'abuso isolatamente considerato, ma esclusivamente l'abuso che avvenga «nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui»; cfr. anche V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato*, cit., 183; M. CARLIZZI, *La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, cit., 354; conformemente anche M. BUSSOLETTI – E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, cit., 124, che sottolineano come l'onere probatorio incomba in capo all'attore danneggiato; A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Rivista delle Società*, 2004, fasc. 4, 849 (nt. 19), precisa, inoltre, che tale interesse non può essere riferito all'attività della società controllata, dal momento che altrimenti la prescrizione, così come formulata, risulterebbe inutile, in quanto ovvia.

¹¹⁴ O quantomeno allegare, qualora si ritenga che la responsabilità abbia natura contrattuale.

¹¹⁵ Propende per un'applicazione della disciplina di cui all'art. 2497, comma 1, c.c. anche in presenza di interessi «personali», M. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, cit., 378; nel medesimo senso pare G. SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, cit., 601; precisa P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 337, che potrebbe considerarsi scriminante solo un fine pubblico o istituzionale, purché non sia di per sé illegittimo; nella ricostruzione di P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata*, cit., 292, pur non potendosi applicare l'art. 2497 c.c., un abuso realizzato non nel rispetto di un disegno imprenditoriale, ma per fini puramente predatori, schiuderebbe le porte ad un'azione di responsabilità della controllata nei confronti della controllante; V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato*, cit., 184, prospetta – seppur non con particolare convinzione – la possibile applicazione analogica del regime di responsabilità ex art. 2497, comma 1, c.c. anche in presenza di un interesse extra imprenditoriale, ritenendo, tuttavia, indefettibile il requisito dell'imprenditorialità con riguardo all'applicazione del regime dei vantaggi compensativi (comma 1, seconda parte) e della fattispecie di cui al comma 3; di recente, P. PETTITI, *Direzione e coordinamento, interesse e controllo analogo*, cit., *passim*, ha sostenuto che, ai fini della configurazione di una responsabilità in capo alla *holding*, non appaia più imprescindibile una stringente verifica della natura dell'interesse perseguito dalla società dirigente purché si rientri in un'azione imprenditoriale in senso lato.

la posizione dei danneggiati ricorrenti, è emersa una più prudente interpretazione secondo cui la sussistenza dell'imprenditorialità, al pari dei vantaggi compensativi, su cui ci si soffermerà nei paragrafi successivi, andrebbe intesa in termini di circostanza esimente¹¹⁶: nel caso in cui il soggetto capogruppo, dunque, non riesca a dimostrare in via di eccezione il disegno strategico globale alla base dell'operazione pregiudizievole compiuta nei riguardi dell'eterodiretta, l'azione di responsabilità risulterebbe, in presenza degli altri presupposti, passibile di accoglimento.

Al di là di quale sia la posizione assunta in relazione alla suddivisione degli oneri processuali, è possibile concludere che la condotta posta in essere in violazione dei canoni di corretta gestione per il perseguimento di un interesse imprenditoriale, proprio o altrui, renderà applicabile l'art. 2497, comma 1, c.c. nei confronti della *holding*. Tuttavia, si tratterà di una responsabilità meramente *potenziale*¹¹⁷, destinata a divenire effettiva soltanto qualora l'organo gestionale della capogruppo non riesca a dimostrare l'esistenza di eventuali vantaggi, derivanti dall'appartenenza all'aggregazione imprenditoriale, da porre in compensazione. Infatti, come si dirà immediatamente *infra*, il legislatore del 2003, al fine di risolvere l'atavico problema del conflitto d'interessi nel gruppo, sembra aver accolto la teoria dei cd. «vantaggi compensativi».

¹¹⁶ Qualifica la clausola *de qua* in questi termini, G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 20 (nt. 34), ritenendo che addossare il relativo onere probatorio in capo ai danneggiati disincentiverebbe l'esperimento di un'azione già particolarmente complessa e costosa; in senso conforme a tale ultima affermazione pare M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, cit., 77 ss., il quale, negando che si tratti di elemento costitutivo dell'illecito, attribuisce al concetto qui esaminato un ruolo di legittimazione del potere della *holding* di imporre un sacrificio transitorio dell'interesse della società eterodiretta, che non potrà essere giustificato da un vantaggio «privato» della capogruppo stessa, ma solo dal perseguimento di un'azione imprenditoriale orientata alla realizzazione dell'unità strategica e del coordinamento delle politiche finanziarie delle società del gruppo, riassumibile nel concetto di «*interesse di gruppo*».

¹¹⁷ L'espressione è di M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, cit., 74.

7. Il fisiologico conflitto d'interessi nei gruppi.

L'analisi della teoria dei «vantaggi compensativi» non può prescindere da una previa illustrazione delle posizioni antecedenti alla riforma in merito alla gestione del conflitto d'interessi nell'ambito dei gruppi. Infatti, lungi dal costituire un mero esercizio di carattere teorico, la considerazione svolta in apertura del lavoro relativamente all'insanabile divergenza tra l'unità sostanziale dell'impresa e l'indipendenza formale dei soggetti che compongono il gruppo consente di rilevare come la presenza di un conflitto d'interessi sia strutturalmente e ontologicamente connaturata all'impresa policorporativa qui esaminata¹¹⁸.

Senza poter qui dilungarsi in una diffusa esposizione della nota, annosa, contrapposizione tra la concezione cd. *istituzionalistica* dell'interesse sociale, che descriveva quest'ultimo come un interesse dell'impresa in sé, e quella cd. *contrattualistica*, secondo cui, invece, l'interesse sociale non sarebbe altro che l'interesse dei soci alla massimizzazione dei dividendi e alla ripartizione degli utili derivanti dall'attività della compagine di cui fanno parte e al cui rischio partecipano¹¹⁹, bisogna partire dal presupposto che, benché sia innegabile l'immanenza dello scopo di lucro nel mondo imprenditoriale e nella costituzione – formale e sostanziale – di una s.p.a., questo debba ormai necessariamente coordinarsi, in particolare in imprese di grandi dimensioni, con interessi «altri», quali, a titolo esemplificativo, quello dei lavoratori o quello alla stabilità del sistema

¹¹⁸ In termini, N. ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2002, I, fasc. 5, 617; G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 5; F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da i «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, in *Foro Italiano*, 1988, I, 50; ID., *Il dilemma del conflitto d'interessi nei gruppi di società*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi: Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano e G. Mucciarelli, vol. II, Milano, Giuffrè, 1996, 1087.

¹¹⁹ Ritene anacronistica la rigida visione antinomica tra le due concezioni P. MONTALENTI, *L'interesse sociale: una sintesi*, in *Rivista delle Società*, 2018, fasc. 1, 305-306, il quale, testualmente, definisce l'interesse sociale come «interesse degli azionisti alla realizzazione dell'utile in una prospettiva long term, compositiva delle diverse categorie di interessi in cui si segmenta l'azionariato, in ogni caso riconducibile, pur nelle diverse declinazioni, all'interesse al profitto e cioè alla valorizzazione della partecipazione e alla percezione del dividendo, pur temperato dagli interessi-altri».

economico¹²⁰. Nella specifica dinamica del gruppo, che qui viene in rilievo, tra gli interessi ulteriori da tenere in considerazione rientrerebbe anche il cd. «*interesse di gruppo*», che, secondo quanto già enunciato nell'art. 10, co. 1, lett. a), legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, dovrà essere oggetto di «*adeguato contemperamento*» con quello delle società controllate e dei loro soci di minoranza¹²¹. Sebbene non vi sia univocità di vedute sulla precisa definizione da attribuire alla locuzione *de qua*¹²² –

¹²⁰ In questo senso, P. MONTALENTI, *Conflitto d'interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1995, I, fasc. 5, 719; d'altronde, sul punto, con illuminanti parole, C. ANGELICI, *La società per azioni e gli «altri»*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger. Atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009*, 2010, Milano, Giuffrè, 60-61, ha evidenziato come proprio l'art. 2497 c.c., facendo riferimento ai principi di corretta gestione non solo «societaria», ma anche «imprenditoriale», rappresenterebbe un addentellato di diritto positivo utile a dimostrare che nella gestione della s.p.a., oltre a doversi perseguire uno «*spersonalizzato*» interesse dei soci, sia necessario attribuire rilevanza anche agli interessi degli *stakeholders*; in termini cfr. anche MONTALENTI, *L'interesse sociale: una sintesi*, cit., 308; per ulteriori considerazioni sulla legittimazione al perseguimento degli interessi «altri», si vedano lo stesso P. MONTALENTI, *Interesse sociale e amministratori*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger. Atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009*, 2010, Milano, Giuffrè, *passim*, e V. CALANDRA BONAURA, *Funzione amministrativa e interesse sociale*, *ivi*, 101-102, in cui, espressamente, si evidenzia l'estraneità degli interessi degli *stakeholders* dall'interesse sociale. Per una completa ricostruzione, anche storica, dell'evoluzione degli scopi della società azionaria nell'ordinamento tedesco, cfr. K. HOPT – R. VEIL, *Gli stakeholders nel diritto azionario tedesco: il concetto e l'applicazione. Spunti comparatistici di diritto europeo e statunitense*, in *Rivista delle Società*, 2020, fasc. 4, 921 ss.

¹²¹ Tale principio, come brillantemente evidenziato da G. SCOGNAMIGLIO, «*Clausole generali*», *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 22, si fonda, a sua volta, sull'implicito assunto di separatezza e reciproca autonomia delle società del gruppo, ciascuna titolare di un proprio interesse; cfr. anche ID., *Interesse sociale e interesse di gruppo*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, Giuffrè, 2010, 127; sui rapporti tra interesse di gruppo e interesse sociale cfr. anche, di recente, MONTALENTI, *L'interesse sociale: una sintesi*, cit., 309-310.

¹²² P. MONTALENTI, *Conflitto d'interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., 719, lo definiva come «*il punto di equilibrio, il centro di convergenza, l'asse di coordinamento tra l'interesse della controllante e l'interesse delle altre società del gruppo*»; M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, cit., 79, ritiene che con tale formula ci si debba riferire ad una situazione giuridica strumentale della controllante, avente ad

talvolta, peraltro, ritenuta come espressione equivalente all'interesse proprio della *holding*¹²³ – è pacifico che il perseguimento di una politica di valorizzazione dell'impresa nel suo complesso possa essere razionalmente non improntata ad un criterio di economicità¹²⁴, con ciò arrecandosi un pregiudizio immediato agli interessi di soci esterni e creditori della compagine eterodiretta. A maggior ragione, è facile immaginare – anticipando alcune considerazioni che verranno svolte nel prosieguo – che il contemperamento potrebbe risultare di ancora più difficile realizzazione qualora nella dinamica collettiva vi sia il coinvolgimento anche di interessi non lucrativi, come quello perseguito dall'ente pubblico o da un ente *non profit*¹²⁵.

Orbene, in una simile situazione di conflitto ci si è spesso interrogati sull'utilizzabilità del rimedio di cui all'art. 2391 c.c., e, più in generale, degli strumenti posti a disposizione dal diritto societario comune¹²⁶, che verrebbero ad

oggetto l'unità strategica e il coordinamento delle politiche finanziarie dei soggetti eterodiretti; G. SCOGNAMIGLIO, *Interesse sociale e interesse di gruppo*, cit., 119, lo qualifica come «*interesse che si radica nel collegamento tra società giuridicamente indipendenti l'una dall'altra, tende allo sviluppo ed alla valorizzazione di tale collegamento, sì da ricavarne un risultato ulteriore rispetto a quello autonomamente conseguibile dalla singola società, e fa capo ai soggetti che sono in grado di attingere a (o di giovare di) tale risultato ulteriore*».

¹²³ Sembrava far coincidere il suddetto interesse di gruppo con l'interesse della capogruppo A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contratto e Impresa*, 1986, fasc. 3, 737-738; e, in termini, si veda anche F. GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, cit., 1568, il quale ritiene che la nozione si sostanzia nell'interesse della *holding* alla «*massimizzazione del valore e della redditività delle sue partecipazioni strategiche, mediante la gestione "coordinata" dell'impresa di gruppo*»; a dire il vero, seppur sottilmente, sembra sottendere la medesima conclusione anche G. SCOGNAMIGLIO, *Interesse sociale e interesse di gruppo*, cit., 120, nell'affermare che l'interesse di gruppo si dovrebbe imputare e farebbe capo ai soci di riferimento o di controllo di una determinata società; secondo N. ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi*, cit., 619, la possibile equivalenza sarebbe venuta meno in virtù del mancato richiamo all'interesse della *holding* tra quelli oggetto di contemperamento da parte della legge delega; per una ricognizione delle tesi in esame si veda anche S. GILOTTA, *Interesse sociale, interesse di gruppo e interesse collettivo*, cit., 185 (nt. 27).

¹²⁴ In tal senso, come visto, C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., 194.

¹²⁵ Sulla rilevanza dei quali si rinvia alle rispettive disamine svolte nei Capitoli successivi.

¹²⁶ La cui *ratio*, secondo F. D'ALESSANDRO, *Il dilemma del conflitto d'interessi nei gruppi di società*, cit., 1091, sarebbe riassumibile nella volontà di

assumere rilevanza in presenza di una «frattura» per così dire, istituzionalizzata, e non, come accade nelle società «monadi», sporadica e occasionale. Soprattutto nel vigore dell'originario testo dell'art. 2391 c.c., che prevedeva l'obbligo di astensione in capo all'amministratore in conflitto d'interessi, si sottolineava come una norma così restrittiva, se applicata nell'ambito delle relazioni di gruppo, avrebbe rischiato di vanificare gli scopi cui la formazione di quest'ultimo era finalizzata, in quanto avrebbe reso maggiormente difficoltosi i rapporti all'interno dello stesso e limitato lo spazio decisionale attribuito all'organo gestorio¹²⁷. E allora, pur nella comune considerazione dell'inadeguatezza delle norme societarie comuni, taluni concludevano ritenendo *in toto* inapplicabile la disciplina del conflitto d'interessi in presenza di un'organizzazione policentrica, optando così per l'assoluta prevalenza di eventuali scelte adottate nell'ottica dell'impresa intesa in senso complessivo, che altrimenti sarebbero state sacrificate sull'altare dell'astensione¹²⁸. In sostanza, con riguardo alle società sottoposte all'altrui direzione unitaria, qualificabili come società «*a sovranità limitata*», non avrebbe trovato applicazione il classico principio di intangibilità dell'interesse *sociale*, dovendosi ritenere accettabile un pregiudizio subito per agevolare il perseguimento di un prevalente

evitare che un socio, attraverso un'azione comune, si procuri un vantaggio individuale, in quanto ciò costituirebbe una palese violazione dell'elemento causale delle società *ex art.* 2247 c.c., rappresentato dal carattere comune dell'attività.

¹²⁷ Cfr. A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit., 734; benché l'Autrice sia una convinta sostenitrice dell'applicazione cumulativa dell'art. 2391 e dell'art. 2497-ter c.c., G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, cit., 777, osserva come effettivamente, nella vigenza del testo originario dell'art. 2391 c.c., l'obbligo di astensione anche in ipotesi di gruppo avrebbe rischiato di rendere eccessivamente difficoltoso l'andamento degli affari gestori nell'ambito dell'aggregazione imprenditoriale; in senso assolutamente contrario rispetto alla tesi richiamata nel testo, si veda l'accurata e puntuale ricostruzione di N. RONDINONE, *Contro una normativa societaria speciale per i gruppi a struttura gerarchica*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi: Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano e G. Mucciarelli, vol. III, Milano, Giuffrè, 1996, 2018 ss.

¹²⁸ D'altronde, lo stesso A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit., 734, proponeva una riforma dell'art. 2391 c.c. incentrata sulla predisposizione di un onere di comunicazione dell'interesse in conflitto in capo all'amministratore interessato, responsabilizzando, in tal modo, anche i restanti componenti dell'organo gestorio.

«interesse di gruppo»¹²⁹. Altra parte degli interpreti, invece, criticando la tesi appena enunciata in quanto volta, nella riaffermazione di una sorta di «istituzionalismo di gruppo», a soverchiare l'interesse delle singole compagini¹³⁰, propendeva, pur, come si è detto, consapevole dell'insufficienza dei rimedi di diritto societario tradizionale, per la predisposizione di regole che garantissero una tutela delle posizioni di soci di minoranza e creditori delle società eterodirette, altrimenti irrimediabilmente compromesse¹³¹. In altri termini, pur ammettendosi la facoltà di comprimere l'autonomia delle compagini eterodirette per dare rilevanza ad un interesse «altro», diveniva indispensabile individuare degli adeguati «contrappesi» a tale situazione, indicando un limite entro cui l'imposizione della *holding* potesse considerarsi legittima e quando, invece, sfociasse in un illecito arbitrio.

La soluzione di maggior seguito – pur manifestandosi ancora delle voci aderenti ad una lettura «atomistica» del conflitto d'interessi scaturente dalle operazioni «infragruppo», in base alle quali il danno cagionato dalla condotta della capogruppo doveva essere valutato tenendo in conto solo le condizioni della singola operazione o, a tutto concedere, di plurime operazioni purché contestualmente

¹²⁹ Ci si riferisce, ovviamente, al celebre passo di A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit., 737-738.

¹³⁰ Così, espressamente, F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da i «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, cit., 55; nel medesimo senso, sostanzialmente, qualche anno più tardi si è espresso anche R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., 663, il quale sottolinea come, a meno di non voler ricorrere ad una concezione istituzionalistica, attraverso la formula dell'interesse di gruppo, si finirebbe per «mascherare la protezione dell'interesse della capogruppo e dei suoi soci di controllo».

¹³¹ Secondo F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da i «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, cit., 54, peraltro, l'amputazione della norma in tema di conflitto d'interesse avrebbe determinato una distorsione causale della struttura societaria, dal momento che l'attività posta in essere non si sarebbe più potuta definire «comune»: ciò portava l'Autore ad affermare che «con l'appartenenza a un gruppo, le società (...) cessano di essere società»; in senso contrario, si veda P. MONTALENTI, *Conflitto d'interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., 726, il quale riteneva che tale ricostruzione fosse contraria alla realtà economica nonché legata ad una visione eccessivamente pessimistica dell'evoluzione del diritto azionario.

approvate¹³² – condusse alla formulazione della teoria dei cd. «vantaggi compensativi», organicamente elaborata alla fine degli anni '90¹³³, ma già *in nuce* in alcuni scritti degli anni precedenti¹³⁴.

8. La teoria dei «vantaggi compensativi».

Come può già facilmente desumersi dalla locuzione utilizzata, i vantaggi compensativi sono definibili come quei benefici – sulla cui valutazione, come si vedrà, non v'è concordia – che la società facente parte di un gruppo trae dall'appartenenza a quest'ultimo e che legittimano, istituendo un regime di responsabilità privilegiato rispetto a quello ordinario¹³⁵, una direttiva della *holding*

¹³² In termini, si veda L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1997, I, fasc. 5, *passim*, secondo cui i maggiori costi derivanti dalla ridotta elasticità della suddetta teoria sarebbero ampiamente compensati dai minori costi di agenzia, che inducono effetti favorevoli sulla raccolta di capitale di rischio dei gruppi di comando che non vogliano ottenere benefici pecuniari privati a scapito degli azionisti esterni (spec. p. 728); cfr. anche N. RONDINONE, *Contro una normativa societaria speciale per i gruppi a struttura gerarchica*, cit., 2013 ss.; il ripudio della teoria dei vantaggi compensativi per dar spazio all'applicazione delle teorie atomistiche in tema di conflitto d'interessi nell'ambito del gruppo veniva già criticato da F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da i «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, cit., 50, in quanto gli strumenti tradizionali del diritto societario sul punto venivano considerati inadeguati sia *per difetto* che *per eccesso* in termini di risoluzione delle questioni specifiche del diritto dei gruppi.

¹³³ Sembrerebbe riconoscersi proprio a P. MONTALENTI, *Conflitto d'interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., 726 ss., la paternità della teoria nella sua prima forma organica.

¹³⁴ D'altronde già lo stesso A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit., 738, affermava, seppur genericamente, che il pregiudizio subito dalla società a sovranità limitata andasse valutato non separatamente, ma confrontandolo dialetticamente con «*i vantaggi dell'appartenenza ad una comunità allargata*».

¹³⁵ In termini, G. SCOGNAMIGLIO, «*Clausole generali*», *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 16; G. GUIZZI, voce «*Direzione e coordinamento di società*», cit., 360, infatti, sottolinea come la principale novità introdotta dall'art. 2497 c.c. sia rappresentata dalla circostanza che il parametro di riferimento ai fini dell'imputabilità della responsabilità sia frutto di una valutazione dell'attività nel suo complesso e non delle singole operazioni pregiudizievoli nei confronti delle società eterodirette; si riferisce ad un regime di (sostanziale)

temporaneamente pregiudizievole degli interessi della compagine «figlia». La formulazione, dapprima solo teorica, di tale modalità compensativa sembra aver trovato espresso riconoscimento nell'ultimo inciso dell'art. 2497, comma 1, c.c., che esclude la responsabilità della capogruppo qualora il pregiudizio risulti mancante «*alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento*»¹³⁶ ovvero in caso di integrale eliminazione del danno prodotto mediante «*operazioni a ciò dirette*»¹³⁷. La dimostrazione della sussistenza di eventuali vantaggi compensabili – trattandosi pacificamente di circostanza esimente¹³⁸ – dovrà essere fornita dagli amministratori della società che eserciti attività di direzione e coordinamento¹³⁹.

Sebbene l'adesione legislativa alla teoria *de qua* renda superate le ricostruzioni «atomistiche», continua a non esservi identità di vedute tra gli interpreti in merito alla tipologia e alle modalità di attuazione della compensazione.

irresponsabilità da abuso della direzione e coordinamento anche L.A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, cit., 433; M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, cit., 74, parla di «privilegio» per l'interesse di gruppo; sul punto, cfr. anche S. GILOTTA, *Interesse sociale, interesse di gruppo e interesse collettivo*, cit., 186.

¹³⁶ Molto critico con riguardo a tale formulazione legislativa è G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, cit., 485, in quanto garantirebbe un esonero dalla responsabilità (per esiti *colpevolmente* dannosi) a fronte di una compensazione con esiti vantaggiosi derivanti, però, dallo svolgimento di un'attività – di corretta gestione – da qualificarsi in termini di doverosità; tale opinione è, peraltro, espressamente richiamata e condivisa in M. BUSSOLETTI – E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, cit., 132 (nt. 148).

¹³⁷ Considerano sussidiaria tale modalità di compensazione, F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 157.

¹³⁸ In questo senso, F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 148 ss.; M. BUSSOLETTI – E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, cit., 133; in termini analoghi, cfr. anche M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, cit., 74; N. ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi*, cit., 620; G. SCOGNAMIGLIO, «*Clausole generali*», *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 19 ss., sottolinea, infatti, come, se si considerassero le due locuzioni quali elemento costitutivo dell'illecito della controllante, si determinerebbe un eccessivo aggravio dell'onere probatorio (che avrebbe, infatti, ad oggetto un fatto negativo) in capo ai ricorrenti, disincentivandoli dall'esercizio dell'azione.

¹³⁹ Sui documenti necessari al fine di provare l'esistenza delle esimenti, si veda F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 167.

In *primis*, si tratta di comprendere se quest'ultima sia ammissibile solo quando «effettiva» ovvero se l'esenzione dalla responsabilità possa ritenersi operante anche in presenza della mera «possibilità» che la *holding* attribuisca un qualche beneficio alla danneggiata. La differenza è di non poco conto, dal momento che, se nel primo caso l'atto pregiudizievole compiuto nell'ottica di un presunto interesse sovraordinato sarebbe lecito solo qualora vi fosse un reale vantaggio per il danneggiato, aderendo alla seconda ipotesi ricostruttiva l'atto risulterebbe «scriminato» per il sol fatto che la capogruppo abbia guadagnato tanto da poter potenzialmente compensare il danno arrecato alla controllata, pur non essendo necessario che tale beneficio venga effettivamente trasferito¹⁴⁰. Da un punto di vista interpretativo, la scelta tra le due alternative riflette la predilezione per una teoria dei vantaggi compensativi elaborata in termini di *standard* – vale a dire come criterio elastico generale in base a cui valutare la correttezza delle scelte degli amministratori – o di *rule*¹⁴¹. Tale ultima opzione, in base alla quale si richiederebbero specifici requisiti ai fini dell'operatività del procedimento di compensazione, appare maggiormente coerente con la giustificazione efficientistica, piuttosto che equitativa¹⁴², della politica di gruppo: sarà, infatti, proprio per evitare inefficienze che le scelte gestionali degli amministratori

¹⁴⁰ F. DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2000, I, fasc. 3, 329, sottolinea come l'adesione a tale seconda tesi nell'ambito del diritto dei gruppi comporterebbe una «legalizzazione del furto».

¹⁴¹ Per i termini del dibattito, cfr. F. DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, cit., 330.

¹⁴² È chiaro che l'efficienza possa essere valutata, dal punto di vista dell'analisi economica, attraverso una pluralità di angoli visuali: secondo L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni*, cit., 717, sostenitore dell'idea «atomistica», il riferimento dovrebbe comunque essere la teoria dell'efficienza *paretiana*, in base a cui si potrebbero ritenere efficienti le operazioni svolte in un contesto di gruppo qualora queste arrechino un *surplus* collettivo che, però, non peggiori la situazione di nessuna delle società che ne fanno parte; secondo F. DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi*, cit., 328, però, l'adesione alla teoria dei vantaggi compensativi consentirebbe di perseguire un'efficienza secondo il modello di *Kaldor-Hicks*, che qualificherebbe come miglioramenti tutte quelle modificazioni che, pur danneggiando un certo soggetto del gruppo, arrechino alla capogruppo un vantaggio tale da permetterle di compensare il danneggiato, trovando comunque convenienza nell'operazione.

dovranno essere articolate in schemi alternativi precisi e ricorrenti, rispetto a cui è possibile formulare regole ben definite¹⁴³.

Una volta che sia stato attribuito rilievo alle sole compensazioni «effettive», è necessario chiedersi se, in concreto, possano essere ritenuti rilevanti, ai fini dell'operatività dell'esimente di cui all'art. 2497 c.c., solo vantaggi già conseguiti o anche vantaggi fondatamente prevedibili¹⁴⁴. I sostenitori della tesi più restrittiva ammettono in compensazione soltanto l'eventuale operazione che garantisca alla compagine pregiudicata un beneficio rigidamente proporzionale rispetto al danno subito¹⁴⁵. Coloro i quali ritengono, invece, di aderire alla concezione più elastica partono dal presupposto che la valutazione di compatibilità dei vantaggi da porre in compensazione debba essere svolta «*in termini di razionalità e coerenza di una singola scelta, ancorché pregiudizievole per la società che la pone in essere, rispetto ad una politica economica generale di gruppo di medio e lungo termine, da cui ragionevolmente può derivare un vantaggio alla singola società, anche su*

¹⁴³ Ancora F. DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi*, cit., 337.

¹⁴⁴ Entrambe le ipotesi, infatti, costituirebbero modalità differenti di compensazione comunque «effettiva» nella ricostruzione di F. DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi*, cit., 330; dello stesso ordine di idee pare M. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, cit., 391, il quale sottolinea come dando rilievo a vantaggi fondatamente prevedibili comunque non si darebbe adito a compensazioni «virtuali», ma ci si limiterebbe semplicemente a garantire un orizzonte temporale ragionevole per la manifestazione di benefici che, comunque, devono essere congrui, specifici ed effettivi per le società controllate.

¹⁴⁵ In questi termini, R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nelle società di capitali*, cit., 673, il quale ritiene che la suddetta conclusione sia da accogliere anche per differenza rispetto all'impostazione penalistica dell'art. 2634, comma 3, c.c., in cui, data la natura di *extrema ratio* della sanzione penale, la soglia di legalità deve senza dubbio ritenersi più bassa; conforme a tale assunto pare essere anche la conclusione di G. SCOGNAMIGLIO, «*Clausole generali*», *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 22 (testo e nt. 38), secondo cui, al fine di consentire il rispetto del principio di adeguato contemperamento degli interessi dei soggetti coinvolti nei gruppi onde garantirne la reciproca autonomia, il vantaggio posto in compensazione debba essere «*effettivo, certo, dimostrabile e proporzionato al pregiudizio*», attribuendo, però, all'aggettivo «certo» non solo il significato di vantaggio già corrisposto ovvero corrisposto contestualmente alla direttiva pregiudizievole, ma anche quello di vantaggio che la *holding* si è obbligata a corrispondere entro un determinato termine.

*piani economici differenti, anche in tempi diversi rispetto al momento dell'operazione ed anche secondo un parametro non rigidamente proporzionale, né necessariamente quantitativo»¹⁴⁶. Si tratterebbe, dunque, di una valutazione *ex ante*, in base alla quale analizzare il risultato complessivo che dall'operazione infragruppo ci si possa ragionevolmente attendere: se, a seguito di una prognosi postuma compiuta in sede giudiziale, si accerti che tale risultato, seguendo parametri di razionalità e qualitativi – e non meramente quantitativi – sia passibile di compensare il pregiudizio subito dalla controllata, dovrebbe dichiararsi la sussistenza di un vantaggio compensativo¹⁴⁷. Al fine di agevolare la prova in capo agli amministratori della *holding*, peraltro, un ruolo non marginale potrebbe essere svolto dall'obbligo di motivazione analitica di cui all'art. 2497-ter c.c., il cui inadempimento – rendendo maggiormente difficoltoso o, addirittura, non*

¹⁴⁶ Il virgolettato è di P. MONTALENTI, *Conflitto d'interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 731. La tesi appena enunciata viene aspramente criticata da L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni*, cit., 727, che sottolinea come il canone valutativo incentrato su un criterio di razionalità, pur se maggiormente gestibile in sede giudiziaria rispetto al più rigoroso parametro quantitativo, sia assolutamente vago e rischi di garantire l'impunità ai gruppi di comando, legittimando operazioni incontestabilmente dannose sol perché rivestite del manto della razionalità e coerenza rispetto a politiche di gruppo.

¹⁴⁷ Aderisce a tale lettura estensiva, ritenendo passibili di compensazione anche vantaggi non ancora manifestatisi al momento del giudizio, ma fondatamente prevedibili, M. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, cit., 381 ss., in quanto – seppur meno aderente alla certezza giuridica e di più difficile applicazione – la tesi *de qua* risulterebbe maggiormente conforme alla realtà economica del fenomeno di gruppo; l'Autore, tuttavia, pone come riferimenti imprescindibili per valutare la seria fondatezza dei vantaggi futuri nell'ambito di un giudizio prognostico tre elementi: **1)** il fondamento della compensazione futura, con ciò intendendosi la vincolatività giuridica dell'impegno risarcitorio della *holding*; **2)** la probabilità di esito positivo della compensazione; **3)** il tempo in cui dovrebbe manifestarsi il vantaggio differito; in senso non dissimile si esprimeva, due decenni fa, anche F. DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi*, cit., 337, il quale, con riguardo ai vantaggi futuri, li riteneva compensabili solo qualora fosse stimabile esattamente il grado di probabilità della loro verifica, potendosene, dunque, monetizzare a valore di mercato l'incertezza; d'altronde, la rilevanza dei vantaggi fondatamente prevedibili è stata espressamente ribadita – seppur in una norma di settore – dall'art. 284, comma 4, C.C.I.I. (a seguito del *Decreto Correttivo*, d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, pubblicato in G.U. il 5 novembre 2020), al fine di quantificare i benefici stimati per i creditori di ciascuna impresa del gruppo.

consentendo l'operatività del meccanismo compensativo – potrebbe condurre ad una declaratoria di responsabilità solidale nei confronti dell'organo gestorio della controllata *ex art. 2497, comma 2, c.c.*¹⁴⁸.

9. Le prospettive della ricerca.

La ricostruzione della nozione di attività di direzione e coordinamento e la particolare attenzione rivolta alla norma sulla responsabilità da esercizio abusivo della stessa consentono ora di poter affrontare il tema centrale del presente lavoro, ossia la regolamentazione dei gruppi d'impresa in cui siano coinvolti enti non societari, portatori di interessi «altri» che abbiano caratteri di non lucratività. Coerentemente con l'analisi svolta finora, il ragionamento cercherà di tener conto della natura «incipite» della disciplina, verificando se le conclusioni sin qui raggiunte siano compatibili, tanto in una prospettiva di *Schutzrecht* quanto sotto l'aspetto propriamente organizzativo, con le caratteristiche degli enti non societari, soggetti le cui peculiarità sembrano irrimediabilmente distanti dal fenomeno dell'eterodirezione.

È chiaro, dunque, che solo qualora si riesca ad affermare, anche grazie alla costante comparazione con i testi di legge di settore, la compatibilità in astratto della disciplina codicistica di cui al Capo IX con gli enti *de quibus*, ci si potrà concentrare sul regime concretamente applicabile, verificando, in particolar modo, se l'ente pubblico *holding* o la capogruppo *non profit* siano effettivamente assoggettabili allo speciale statuto di responsabilità *ex art. 2497 c.c.* Nell'anticipare qui delle considerazioni successive sul punto, è possibile immediatamente porre in risalto la circostanza che un'analisi del fenomeno sotto il profilo tradizionale dello *Schutzrecht* non parrebbe in grado di ingenerare particolari dubbi in merito all'utilizzabilità, anche in tali ambiti, delle conclusioni cui si è pervenuti con riguardo alle compagini societarie, dal momento che, come si avrà modo di vedere, le esigenze di tutela dei soggetti «terzi» non differiscono a seconda della natura,

¹⁴⁸ In tema cfr. V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità*, cit., 1237.

lucrativa o meno, della capogruppo. Ben più ardua risulterà, invece, la verifica di compatibilità sotto il profilo organizzativo e strutturale, essendo le norme del T.U.S.P.P. o del C.T.S. spesso in contraddizione – o comunque non perfettamente sovrapponibili – con quelle di cui allo statuto di gruppo riconducibile al Capo IX del Codice Civile.

CAPITOLO II

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'astratta configurabilità dell'eterodirezione pubblica e gli interessi protetti. – 3. L'esclusione dello Stato dalla responsabilità *ex art. 2497 c.c.* – 4. (*segue*) Gli sviluppi interpretativi alla luce del caso «*Alitalia*». – 5. La compatibilità tra l'ente pubblico e i requisiti della responsabilità da abuso di eterodirezione. – 6. Enti locali imprenditori. – 7. Considerazioni a margine di una soluzione ancora poco appagante.

1. Premessa.

Se, come si è visto nel Capitolo introduttivo, ad ormai quasi un ventennio dalla riforma del diritto societario non può considerarsi ancora sopito il dibattito in merito alle caratteristiche tipologiche dell'attività di direzione e coordinamento, a maggior ragione, in un'ottica di dettaglio, la questione si complica qualora si ammetta che ad ingerirsi nelle scelte gestionali altrui, secondo le modalità e le forme prima enunciate, possa essere un ente pubblico, nei cui confronti, quindi, finirebbero per applicarsi, quantomeno a rigor di logica, le disposizioni contenute nel Capo IX del Libro V del c.c., e, in particolare, l'azione di responsabilità di cui all'art. 2497 c.c.

Il tema qui richiamato, che non soltanto involge profili di diritto commerciale, ma assume anche venature di matrice differente, inserendosi nella più ampia disamina della fenomenologia delle società a partecipazione pubblica¹, è talmente ampio da richiedere una previa delimitazione del campo d'indagine. Il presente lavoro, infatti, tralascerà volutamente la *querelle* (che, peraltro, pare ormai superata) relativa alla natura delle società controllate da un socio non privato, per focalizzarsi, invece, sulla contestata compatibilità tra l'ente pubblico e il cd. potere di eterodirezione, nonché sulle eventuali conseguenze e sanzioni in caso di abuso².

¹ La cui disciplina è oggi, com'è noto, contenuta prevalentemente nel T.U.S.P.P.

² Il problema non riguarda tanto l'eventualità in cui il soggetto pubblico si avvalga, al fine di gestire le proprie partecipazioni, di una cd. *holding* pubblica, quanto piuttosto quella in cui gestisca in forma diretta la partecipazione in compagini societarie. Con riguardo alla prima modalità di gestione, particolare rilevanza è attribuita alle società finanziarie regionali, sui cui tratti fondamentali si

Tale analisi sarà compiuta tanto con riguardo alla *fattispecie*, verificando se il soggetto pubblico – e, in particolare, un ente territoriale³ – possa integrare i requisiti richiesti dall'art. 2497, comma 1, c.c., quanto tenendo in debito conto le *rationes* poste a fondamento della disciplina dei gruppi. Sotto il profilo strutturale, in particolare, i maggiori dubbi in merito all'applicabilità dello speciale regime sancito nella norma di apertura del Capo IX sono essenzialmente ingenerati dalla tradizionale difficoltà di ricondurre alla categoria di enti in esame quell'«interesse imprenditoriale» che risulta imprescindibile per la configurazione di una responsabilità in capo alla *holding*. In realtà, però, come si avrà modo di verificare nel prosieguo, la dottrina più attenta, all'esito di un'interpretazione sistematica della nozione di «impresa» di cui all'art. 2082 c.c. – evidente antecedente logico del requisito finalistico richiesto dall'art. 2497 c.c. – non ha mancato di intendere la locuzione in termini piuttosto estensivi, riconducendovi anche l'attività economica svolta dagli enti pubblici, così da giungere a conclusioni che, peraltro, oggi appaiono corroborate anche dalla normativa sul *Terzo Settore*⁴ e, ancor più nel dettaglio, dalla nuova regolamentazione dell'impresa sociale⁵.

Il tema dell'eterodirezione pubblicistica assume un'indubbia rilevanza empirica se si considera che il fenomeno delle società partecipate, tanto dallo Stato⁶

veda F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 90 ss.

³ Secondo la definizione fornita da E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 19^a ed., Milano, Giuffrè, 2017, 108, si tratta di enti che rappresentano politicamente un gruppo stanziato sul territorio, operando nell'interesse generale di quest'ultimo.

⁴ D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (cd. *Codice del Terzo Settore*), cit.

⁵ D.lgs. 3 luglio 2017, n. 112 (cd. *decreto IS*), cit.

⁶ Per un'interessante panoramica sullo stato dell'arte delle imprese controllate da organi dello Stato centrale – direttamente, tramite il Ministero dell'Economia e delle Finanze (da ora M.E.F.) e, indirettamente, mediante Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. – si veda il Rapporto (noto come *Rapporto Barca*) della Commissione Imprese e Sviluppo del 1 luglio 2020, intitolato *Missioni strategiche per le imprese pubbliche italiane* e presentato al *Forum Disuguaglianze e Diversità*. Oggetto del suddetto rapporto è, infatti, essenzialmente una *Proposta* volta a cercare di valorizzare il potenziale inespresso dell'impresa pubblica italiana, che assume un rilievo fondamentale all'interno dell'economia del nostro Paese; per le prime reazioni al testo, cfr. AA.VV., *Le imprese pubbliche nel Rapporto Barca e il diritto azionario italiano*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, I, fasc. 3, 517 ss.

quanto dagli enti locali⁷, lungi dall'essere superato come era nelle intenzioni del legislatore che decise di procedere alle privatizzazioni nei primi anni Novanta del secolo scorso⁸, si è addirittura acuito nell'esperienza economica concreta del nostro Paese⁹. A dimostrazione dell'attualità dell'argomento, proprio con riguardo all'azionariato statale¹⁰ v'è da registrare la pubblicazione di un recente arresto della Corte di Cassazione, la quale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una richiesta risarcitoria avanzata – anche (ma non solo) ai sensi dell'art. 2497, comma 1, c.c. – da alcuni investitori nei confronti del M.E.F.¹¹ che, nella sua qualità di

⁷ Per comprendere l'importanza del fenomeno con particolare riguardo agli enti locali, basti pensare che, ad esempio, alla data del 17 dicembre 2021, la sola Regione Campania, come riscontrabile in www.regione.campania.it, risultava titolare di 14 partecipazioni dirette – totalitarie, maggioritarie, o minoritarie – in società (di cui due risultano in liquidazione e una oggetto di dismissione).

⁸ Sulle sette motivazioni poste a fondamento delle privatizzazioni, definite, dallo stesso Autore, non come «arretramento», ma come «riorganizzazione» del governo centrale, si veda S. CASSESE, *La privatizzazione: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, fasc. 3-4, 581 ss.

⁹ Oltre alla ricostruzione descrittiva del *Rapporto Barca*, sembra dimostrarlo chiaramente anche l'analisi dei dati raccolti all'esito della revisione straordinaria delle partecipazioni effettuata, ai sensi dell'art. 24, T.U.S.P.P., dalla Struttura di indirizzo, monitoraggio e controllo, istituita presso il Dipartimento del Tesoro ai fini di una verifica sulla concreta attuazione della riforma delle società a partecipazione pubblica. In base a tale analisi (reperibile in www.dt.mef.gov.it e la cui base dati è fissata al 25 febbraio 2018, salva la specifica sezione relativa ad alienazioni e recessi, successivamente aggiornata), infatti, le Pubbliche Amministrazioni risultavano detentrici di ben 32.427 partecipazioni, 18.124 (circa il 56 %) delle quali non erano conformi a quanto disposto dal T.U.S.P.P. e pertanto avrebbero dovuto formare oggetto di misure di razionalizzazione.

¹⁰ Su cui, a distanza di un trentennio dalle leggi di privatizzazione, si veda anche l'interessante disamina di V. MINERVINI, *L'improvvisa «accelerazione» (post COVID) dell'azionariato di Stato. Il patrimonio destinato di cui all'art. 27 D.L. Rilancio*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, I, fasc. 2, *passim*, nella quale si evidenzia come la legislazione emergenziale – e, in particolare, l'art. 27, d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (meglio noto come *Decreto Rilancio*) – per far fronte ai disastrosi esiti economici della pandemia da *Covid-19*, abbia determinato una nuova espansione di tale forma di investimento pubblico; per una dettagliata disamina sulle caratteristiche del *Patrimonio Rilancio*, cfr. anche D. CIFERRI – M. ARSÌ, *Gli investimenti statali nelle PMI: il private equity pubblico*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2021, fasc. 1-2, 81 ss. e A. SACCO GINEVRI, *Il private equity di Stato: il caso del Patrimonio Rilancio*, *ivi*, 93 ss.

¹¹ Che, ai sensi dell'art. 24, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 300/1999, esercita, per conto e nell'interesse dello Stato, «la funzione di gestione di partecipazioni

socio di maggioranza di *Alitalia*, avrebbe esercitato su quest'ultima un'attività di eterodirezione abusiva, cagionando una diminuzione del valore delle partecipazioni azionarie detenute dai ricorrenti¹².

Alla luce delle brevi considerazioni introduttive svolte in questa premessa, pare allora assolutamente utile, vista anche la diffusione del fenomeno nell'apparato economico del Paese, provare a dettare delle linee guida che consentano di verificare, *in primis*, se sia ammissibile che un soggetto pubblico possa porsi al vertice di un'aggregazione imprenditoriale e – ove la risposta sia positiva – individuare la disciplina effettivamente applicabile nei suoi confronti.

2. L'astratta configurabilità dell'eterodirezione pubblica e gli interessi protetti.

Detto che il «fatto» descritto come attività di direzione e coordinamento è perfettamente legittimo nell'ambito degli assetti societari se esercitato nei limiti di correttezza stabiliti *ex lege*, dal punto di vista empirico nulla esclude che tale fisiologica ingerenza nelle scelte gestionali altrui possa non far capo ad un soggetto privato, ma costituire naturale derivazione di un ruolo di direzione o di influenza «politica» sugli obiettivi strategici di una società attuato dallo Stato o da altro ente pubblico¹³. D'altronde, un simile condizionamento sulla compagine partecipata potrebbe, *in primis*, rappresentare logica conseguenza di una situazione di «controllo pubblico», così come oggi espressamente definita, seppur con una formulazione piuttosto discussa e controversa dal punto di vista del suo significato

azionarie (...), compreso l'esercizio dei diritti dell'azionista e l'alienazione dei titoli azionari di proprietà (...)». Al gennaio 2020, le partecipazioni dirette del M.E.F., come verificabile su www.dt.mef.gov.it, erano 30.

¹² Il riferimento è a Cass. Civ., sez. III, 1 giugno 2021, n. 15276, cit.

¹³ Cfr. V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, 1° comma, c.c.*, cit., 176; sulla rilevanza pratica del fenomeno, anche alla luce di dati provenienti dalla legislazione amministrativa e di pronunce della giurisprudenza contabile, si veda E. CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, cit., 243 ss.

letterale¹⁴, dal T.U.S.P.P.¹⁵. Sul punto è opportuno segnalare come, a dimostrazione della difficile interlocuzione tra settori ordinamentali, all'interno della nozione *de qua* sono ricomprese delle ipotesi di controllo – e il pensiero va, in particolare, al controllo congiunto di cui all'art. 2, lett. b), secondo periodo¹⁶ – che, essendo estranee all'interpretazione tradizionale dell'art. 2359 c.c.¹⁷, contribuiscono a

¹⁴ A dimostrazione di quanto detto, si vedano le innumerevoli e discordanti interpretazioni, prospettatesi tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, citate nel recentissimo lavoro, colmo di riferimenti, di V. DONATIVI, *Sulla nozione di società a controllo pubblico*, in *Rivista di diritto societario*, 2021, fasc. 1, 13 ss.

¹⁵ Ai sensi del combinato disposto dell'art. 2, lett. b) ed m), T.U.S.P.P., sono società a controllo pubblico quelle in cui una o più Pubbliche Amministrazioni esercitano un potere di controllo *ex art. 2359 c.c.* ovvero nell'ipotesi in cui il controllo sussista quando «*in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*».

¹⁶ Sulla cui nozione ed estensione applicativa, si vedano, nell'ambito della vastissima letteratura sul punto, il lungo e completo contributo di M. BIANCHINI, *La nozione di controllo congiunto nelle cosiddette società pubbliche*, in *Rivista di diritto societario*, 2020, fasc. 1, 24 ss., nonché, ancor più recente, V. DONATIVI, *Sulla nozione di società a controllo pubblico*, cit., 13 ss.; in merito cfr. anche I. DEMURO, *Il controllo congiunto nelle società a partecipazione pubblica prevalente*, in AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, a cura di C. Ibba, Milano, Giuffrè, 2019, 283 ss.

¹⁷ Per la lettura classica, in base alla quale il controllo societario *ex art. 2359 c.c.* doveva connotarsi esclusivamente come controllo «*solitario*» cfr., tra molti, M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Rivista delle Società*, 1995, 474 ss. e 487 ss. e P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Rivista delle Società*, 1992, 1 ss.; aderisce a tale tesi, ritenendo che anche l'introduzione di una fattispecie di controllo congiunto all'interno del T.U.S.P.P. non possa considerarsi dirimente ai fini di una generalizzazione del concetto, M. BIANCHINI, *La nozione di controllo congiunto nelle cosiddette società pubbliche*, cit., *passim*, ma, in particolare, 111 ss.; l'opinione evolutiva, volta a ricomprendere nella fattispecie codicistica anche l'ipotesi dell'influenza dominante da controllo congiunto, era sostenuta già circa trent'anni fa nel noto scritto di M. LAMANDINI, *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, Milano Giuffrè, 1995, 145 ss., ed è oggi sintetizzata, facendone discendere l'applicazione, ad esempio, anche della presunzione di cui all'art. 2497-sexies c.c. in capo alle co-controllanti, da ultimo, in ID., *Società controllate e società collegate*, sub art. 2359, in AA.VV., *Le società per azioni. Codice Civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. I, Milano, Giuffrè, 2016, 751 ss.. L'Autore basa il proprio convincimento essenzialmente su un argomento di carattere funzionale: anche in presenza di controllo congiunto, infatti, si rischierebbe di mettere in discussione gli interessi protetti dalla disciplina in esame, inerenti alla tutela del capitale sociale e della

rendere maggiormente complessa la verifica di compatibilità tra l'ente pubblico e il Capo IX del c.c., che ci si è proposti di svolgere¹⁸.

Inoltre quale ulteriore – e ancor più significativo – indice sintomatico di eterodirezione pubblica potrebbe rilevare il cd. «*controllo analogo*»¹⁹, codificato dal legislatore nazionale sulla scorta di ormai note pressioni comunitarie²⁰ e individuato come uno dei presupposti qualificanti della relazione *in house*. È chiaro, infatti, che, pur senza giungere necessariamente alla sovrapposizione della nozione di cui all'art. 2, lett. c) T.U.S.P.P., con quella di «direzione e coordinamento» –

sincerità del voto espresso in assemblea; in termini sostanzialmente analoghi a questa seconda tesi si veda anche il lungo contributo di V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Rivista delle Società*, 2007, fasc. 1, 17 ss., ove anche i consueti riferimenti alla dottrina tedesca; in senso conforme al superamento della configurazione necessariamente «*solitaria*» del controllo codicistico, anche in base al dettato di cui all'art. 2, lett. b) e m), T.U.S.P.P., cfr. F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP*, studio n. 228-2017/1, in *www.notariato.it*, 3.

¹⁸ È evidente, infatti, che, per quel che attiene strettamente al tema in esame nel presente lavoro, qualora non si ammettesse – come, d'altronde, tende a fare la dottrina ancora oggi maggioritaria – la riconducibilità della nozione di controllo congiunto alla disposizione di cui all'art. 2359 c.c., ne conseguirebbe l'impossibilità di applicare anche la presunzione di cui all'art. 2497-sexies c.c. nei confronti delle Amministrazioni co-controllanti; peraltro, come possibile desumere dalle pregevoli osservazioni di V. DONATIVI, *Sulla nozione di società a controllo pubblico*, cit., 51 (nt. 73), e M. BIANCHINI, *La nozione di controllo congiunto nelle cosiddette società pubbliche*, cit., 117-118, anche aderire ad una simile conclusione non necessariamente comporterebbe una conseguente negazione della possibile configurabilità di un'attività di direzione e coordinamento congiunta, essendo il piano d'indagine assolutamente differente; sull'ammissibilità della direzione unitaria congiunta, derivante tanto da controllo congiunto quanto da controllo solitario, cfr. V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, cit., *passim*, ma, specificamente, 34 ss., il quale, in ossequio alla lettura della disciplina in termini di *Schutzrecht*, ne giustifica la rilevanza soprattutto sotto il profilo teleologico, sottolineando come si tratti di una scelta interpretativa funzionale a tutelare i diversi interessi coinvolti nell'ambito di un'aggregazione imprenditoriale (spec. pp. 43-44).

¹⁹ Il controllo analogo viene definito dall'art. 2, lett. c), T.U.S.P.P., come «*la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata*».

²⁰ Il *leading case* in materia è la notissima pronuncia di Corte Giust., 18 novembre 1999, C-107/98, sul caso *Teckal*, reperibile in *www.eur-lex.europa.eu*.

soluzione, comunque, spesso esplorata tanto in dottrina²¹ quanto in giurisprudenza²², vista l'intensità del potere di condizionamento esercitato dal

²¹ In questi termini, P. PETTITI, *Direzione e coordinamento, interesse e controllo analogo*, cit., 1101-1102, la quale ritiene che, dovendo giustificare una procedura di affidamento diretto, il controllo analogo sia caratterizzato da un obbligo di esercizio effettivo (e non solo potenziale) dell'influenza determinante e debba, pertanto, intendersi come «uno dei modi di atteggiarsi della direzione e del coordinamento», da cui si differenzerebbe in quanto, diversamente dalla natura atipica di quest'ultima attività, dovrebbe obbligatoriamente manifestarsi in termini di influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società *in house*, pur senza comportare l'avocazione integrale della gestione della stessa; in senso conforme cfr. E. CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, cit., 63 ss., secondo cui l'attività di direzione e coordinamento e il controllo analogo sono sostanzialmente riconducibili ad un medesimo fenomeno di eterodirezione dell'impresa; seppur non si dilunghi sul punto, sembra aderire alla sovrapposizione tra i concetti anche F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP*, cit., 4; conformemente, cfr. C. GARILLI, *Le società in house nel quadro della nozione europea e nazionale di impresa di gruppo*, in *Rivista di diritto societario*, 2020, fasc. 4, 918 ss., che, alla luce di tale sovrapposibilità, ritiene applicabile la disciplina di cui agli artt. 2497 ss. c.c. persino alle ipotesi di controllo analogo congiunto, quantomeno nel caso in cui gli enti co-controllanti dispongano effettivamente del potere di «veto» nella procedura di adozione delle decisioni strategiche della società; in senso contrario, si veda, invece, A. VALZER, *Controllo analogo, governance e responsabilità nelle società in house*, in *Rivista delle Società*, 2020, fasc. 4, 1041 ss., il quale connota il rapporto tra ente pubblico appaltante e società *in house* in termini di subordinazione gerarchica, giungendo alla conclusione che il controllo analogo, pur non determinando l'annullamento dei poteri gestori degli organi della controllata (spec. p. 1052), non sia qualitativamente equiparabile al potere di eterodirezione di cui agli artt. 2497 ss. c.c., ma debba considerarsi maggiormente pervasivo rispetto a quest'ultimo; propende per la tesi negativa all'assimilazione anche C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in AA.VV., *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, a cura di S. Fortunato e F. Vessia, Milano, Giuffrè, 2017, 24, partendo dal presupposto che il controllo analogo comporti profili di doverosità, del tutto assenti, invece, nella codicistica attività di direzione e coordinamento. Infine, per delle analisi antecedenti all'introduzione del T.U.S.P.P., cfr. anche E. MARCHISIO, *L'eterodirezione «pubblicistica»*, cit., 448 ss. e M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in www.federalismi.it, 2010, 24 ss.

²² Nell'ambito della giurisprudenza di merito, si veda, infatti, la recentissima pronuncia di Trib. Palermo, sez. Impr., 28 aprile 2021, in *Società*, 2021, fasc. 7, 807 ss., con nota adesiva di F. FIMMANÒ, *Il controllo analogo configura in re ipsa l'attività di direzione e coordinamento sulle "partecipate" pubbliche*, in cui si è espressamente affermato come, in presenza di controllo analogo da parte di un

soggetto affidante nei confronti della compagine societaria affidataria²³ – il controllo analogo senz'altro rappresenta elemento indicativo di un'interferenza dell'ente pubblico nella gestione della società *in house*, da cui potersi desumere, utilizzando la terminologia giuscommercialistica, l'esistenza di un gruppo²⁴.

In sostanza, prescindendo dalle sfumature interpretative che caratterizzano le nozioni introdotte nel T.U.S.P.P.²⁵, una cui dettagliata analisi rischierebbe di fuoriuscire dal perimetro delle presenti considerazioni, in via generale è sufficiente osservare che la P.A., per esplicita volontà legislativa, tramite le suddette espressioni di controllo²⁶, è posta nella condizione di poter esercitare un condizionamento, più o meno intenso, sulla società partecipata. Qualora tale influenza sulla gestione dovesse effettivamente realizzarsi, determinando, in

ente pubblico, debba ritenersi sussistente *in re ipsa* un'attività di direzione e coordinamento da parte di quest'ultimo; in senso fermamente contrario a tale ultima conclusione, soprattutto quando sussista una situazione di controllo analogo congiunto, cfr. C. PECORARO, *Sul controllo analogo nelle società in house providing*, Milano, Giuffrè, 2021, 355-356.

²³ Così penetrante da giustificare, sussistendone gli altri presupposti di cui all'art. 16, T.U.S.P.P., in favore della società *in house*, un affidamento diretto dei contratti pubblici in deroga alle ordinarie procedure di gara.

²⁴ Che i fenomeni abbiano dei profili d'interferenza è espressamente affermato da A. VALZER, *Controllo analogo, governance e responsabilità nelle società in house*, cit., 1041 ss., e da C. GARILLI, *Le società in house nel quadro della nozione europea e nazionale di impresa di gruppo*, cit., 879 ss., secondo la quale la relazione *in house* sarebbe riconducibile alla nozione di impresa di gruppo, sia in chiave europea che nazionale, tanto da potersi applicare le risultanze della cd. *single economic entity doctrine*, generalmente utilizzata nelle interpretazioni sovranazionali nell'ambito del diritto antitrust.

²⁵ E sul rapporto tra controllo societario ex art. 2359 c.c. e controllo analogo, si veda, in particolare, la recente monografia di C. PECORARO, *Sul controllo analogo nelle società in house providing*, cit., 172 ss., in cui si evidenzia come mentre la prima nozione ancora il controllo all'esercizio di un'influenza dominante sui processi decisionali di competenza dell'assemblea ordinaria, il controllo analogo, avente ad oggetto decisioni strategiche e significative, prescinde dall'organo sociale competente, potendosi appuntare anche su procedimenti devoluti all'assemblea straordinaria o, soprattutto, allo stesso organo amministrativo della società *in house*.

²⁶ E sulle specifiche regole di *governance* determinate dalla natura pubblica del soggetto controllante, si vedano, *ex multis*, L. PICARDI, *Strutture e principi di governance*, in *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Milano, Giuffrè, 2017, 17 ss., nonché S. SERAFINI, *L'adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi*, ivi, 61 ss.

concreto, una compressione della sovranità della compagine «figlia», emergerebbe la necessità di garantire efficace riscontro ad istanze di protezione non dissimili rispetto a quelle su cui è stata costruita l'interpretazione dell'intera disciplina codicistica dell'attività di direzione e coordinamento. In tal senso, infatti, le esigenze di tutela dei soci di minoranza e dei creditori della società eterodiretta – che rappresentano, come si è avuto modo di vedere, oggetto preferenziale di un diritto dei gruppi inteso in termini di *Schutzrecht* – in nulla sarebbero alterate dalla peculiare qualifica del soggetto capogruppo²⁷, dovendosi applicare le regole degli artt. 2497 ss. c.c. per il solo realizzarsi *oggettivo* della situazione fattuale di direzione unitaria.

Già una tale equivalenza in punto di *ratio*, rendendo evidentemente ingiustificabile sotto il profilo finalistico un trattamento normativo diversificato a seconda della natura privatistica o pubblicistica del socio controllante, consentirebbe di aderire alla tesi della compatibilità dell'ente pubblico con l'esercizio di un potere di eterodirezione e della sua conseguente sottoponibilità alla relativa disciplina²⁸. Tuttavia, se l'argomento teleologico non dovesse essere

²⁷ D'altronde, tale conclusione era stata sostenuta già dalla celebre pronuncia tedesca Bgh, 13 ottobre 1977, in BGHZ 69, 338 ss. e pubblicata – con traduzione di G.E. Colombo – in *Rivista delle Società*, 1978, fasc. 5, 1333 ss., in cui si affermava chiaramente che «*per l'impresa dominata, che il legislatore ha voluto proteggere da influenze imprenditoriali esterne, non ha alcuna differenza che le decisioni d'impresa vengano determinate da un grande azionista anche o prevalentemente in vista dell'interesse generale; il pericolo di diventare vittima di quell'influenza rimane almeno lo stesso (...)*».

²⁸ A livello comparatistico già Bgh, 13 ottobre 1977, cit., concludeva nel senso che «*fino a che la mano pubblica, all'interno di questi limiti, partecipa ad una società per azioni, essa è soggetta – come ogni azionista – a tutte le regole dell'Aktiengesetz, salvo che la legge stessa stabilisca per essa o per i suoi rappresentanti negli organi sociali qualche cosa di diverso*»; nel medesimo senso, più di recente, si è espressa anche Bgh, 17 marzo 1997, in BGHZ 135, 113 ss., che ha ritenuto di poter applicare al *Land* della Bassa Sassonia la disciplina dei gruppi, in quanto il soggetto pubblico doveva essere considerato come «imprenditore» ai sensi del § 17.1, AktG.; analogamente, benché nel caso concreto non sia stata ravvisata responsabilità del soggetto controllante, Bgh, 3 marzo 2008, in BGHZ 175, 365; da ultimo, sulla questione, nella giurisprudenza tedesca, cfr. Bgh, 31 maggio 2011, in BGHZ 190, 7; in dottrina, in senso ormai assolutamente favorevole all'applicazione del diritto dei gruppi al soggetto pubblico, talvolta basandosi su argomentazioni non necessariamente coincidenti, si vedano i contributi di V. EMMERICH – M. HABERSACK, *Konzernrecht*, cit., 40 ss.; V. EMMERICH, sub

ritenuto sufficientemente persuasivo, si cercherà di dimostrare come sia possibile raggiungere la medesima conclusione – stavolta in punto di *fattispecie* – anche a seguito di un’analisi strutturale della normativa vigente.

Allo scopo risulta opportuno richiamare, in primo luogo, il dato testuale dell’art. 2497, comma 1, c.c., che, individua tanto nelle «società» quanto negli «enti» i soggetti nei cui confronti sia proponibile l’azione di responsabilità per eventuale abuso di eterodirezione. Valorizzando il portato implicito derivante da una lettura *a contrario* della disposizione, su cui ci si è *supra* soffermati, appare evidente che gli enti pubblici²⁹, in assenza di ulteriori prescrizioni, sarebbero ricompresi tra i soggetti legittimati all’esercizio di un’attività di direzione e coordinamento, finendo per essere sottoposti alla disciplina dettata per quest’ultima³⁰.

§ 15, in *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, a cura di V. Emmerich e M. Habersack, München, Beck, 2010, 31 ss.; J. VETTER, sub § 15, in *Aktiengesetz. Kommentar*, pubblicato da K. Schmidt e M. Lutter, Köln, Wolters Kluwer, 2015, 292-293; W. BAYER, sub § 15, in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, pubblicato da W. Goette e M. Habersack, München, Beck, 2008, 376 ss.; da ultimo, adesive considerazioni sul punto, in lingua inglese, sono reperibili nel recente contributo di S. MOCK, *National Report on Germany*, in *Groups of Companies: A comparative law overview*, a cura di R.M. Manóvil, Cham, Springer, 2020, 317; per una tesi piuttosto risalente, in base alla quale i pubblici poteri non potevano assumere la veste di «impresa», ai sensi del § 311, AktG., nemmeno qualora partecipassero ad una società di diritto privato, in quanto l’attività amministrativa doveva considerarsi sempre rivolta al perseguimento del «bene comune», cfr. H. WÜRDINGER, *Öffentliche Hand und Unternehmen*, apparso in *Der Betrieb*, 1976, 613 ss., e pubblicato, nella versione italiana *Poteri Pubblici e Impresa* in *Rivista delle Società*, 1976, fasc. 6, 1105 ss.; altrettanto datata è l’interpretazione intermedia proposta da W. ZÖLLNER, il quale, in *Zum Unternehmensbegriff der §§ 15 und ff. AktG.*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1976, 23 ss., pubblicato nella versione italiana *Il concetto di impresa nel diritto tedesco dei gruppi*, in *Rivista delle Società*, 1978, fasc. 1, 1 ss., affermava l’applicabilità al soggetto pubblico delle norme sulle imprese collegate, onde garantire adeguata tutela alla minoranza, ma solo in via analogica; per ulteriori interessanti cenni alla giurisprudenza straniera, si veda G.B. PORTALE, *Fondazioni «bancarie» e diritto societario*, in *Rivista delle Società*, 2005, fasc. 1, 34-35 e nt. 34.

²⁹ Non comportando, peraltro, tale criterio d’imputazione nemmeno una differenza di disciplina, in linea di principio, tra l’ente pubblico economico e l’ente territoriale, come segnalato da P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 335.

³⁰ In tal senso, G. ROMAGNOLI, *L’esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici*, cit., 216; A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema*

Inoltre, a suggellare la compatibilità dell'ente non privato in quanto tale con il possibile esercizio di eterodirezione sembrano contribuire anche il T.U.S.P.P. – seppur, per vero, timidamente – e una lettura attenta della normativa in materia di *Terzo Settore*.

Per quanto concerne il d.lgs. 175/2016, infatti, è possibile notare come, pur non essendovi alcun riferimento diretto all'attività di direzione e coordinamento³¹,

di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario, cit., 849; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 335 ss.; E. CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, cit., 243; M.T. CIRENEI, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2005, fasc. 1, 52; G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2005, fasc. 2, 160; G. RACUGNO, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2015, fasc. 2, 484; G.B. PORTALE, *Fondazioni «bancarie» e diritto societario*, cit., 34; M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, I, fasc. 1, 23-24; sul punto si veda F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società «a partecipazione mista» pubblico-privata*, cit., 574, che evidenzia come in linea di principio, tanto in punto di fattispecie quanto in punto di *ratio*, nessuna ragione si opporrebbe all'integrale applicazione della disciplina della direzione e coordinamento agli enti pubblici; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., 6, fa notare come, peraltro, il termine «ente» non sia stato scelto casualmente dal legislatore, ma abbia sostituito la più generica formulazione di una precedente stesura del decreto legislativo, in cui si leggeva «chi, esercitando (...)»; sulla natura non risolutiva del richiamo alla nozione di «ente» ai fini della riconducibilità originaria dello Stato tra i soggetti di cui all'art. 2497, comma 1, c.c., si veda, però, V. CARRIERO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, 1° comma, c.c.*, cit., 177 (nt. 27).

³¹ Gli artt. 17, comma 5, e 11, comma 11, del T.U., infatti, contengono solo riferimenti indiretti alla direzione unitaria che, per quanto suggestivi, non risultano risolutivi rispetto agli scopi dell'indagine di compatibilità svolta nel testo. Infatti, nella prima disposizione si ammette la possibilità che una società mista sia sottoposta a direzione e coordinamento, individuando, però, come soggetto sovraordinato un'altra «società» (ma non un «ente»); nella seconda ci si riferisce ad una situazione di cd. *controllo indiretto verticale* da parte dell'ente pubblico, la cui decisività ai fini dell'applicazione della disciplina ex artt. 2497 ss. c.c. presupporrebbe la previa verifica dell'esercizio, anche in presenza di una simile relazione, di un'attività di direzione e coordinamento ascrivibile all'ente al vertice: non esclude tale eventualità, ritenendo necessario un accertamento in concreto, P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 326, il quale, però, sembra ammettere anche in questo caso un'eterodirezione comunque ad imputazione solitaria; in termini generali, conclude in senso affermativo anche V.

l'art. 1, comma 3, dispone che, per tutto quanto non derogato dal decreto delegato, alle società a partecipazione pubblica si applicheranno «*le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*». È innegabile che, sebbene tale disposizione sia riferita espressamente alla compagine eterodiretta, l'applicazione nei confronti di quest'ultima delle norme codicistiche, nell'ambito delle quali rientra indubitabilmente anche il Capo IX sui gruppi, si rifletterà sulla posizione dell'ente pubblico che rivesta il ruolo di *holding*, assoggettandolo alle prescrizioni ivi sancite³². Come detto, però, riflessioni di più ampio respiro sistematico sono stimulate anche dal regime dettato per la direzione e coordinamento di imprese sociali³³, che, ai sensi dell'art. 4, comma 3, d.lgs. 112/2017³⁴, ferma l'applicabilità – in quanto compatibili – delle norme codicistiche, è espressamente preclusa, insieme a qualsivoglia forma di controllo *ex art.* 2359 c.c., alle Pubbliche Amministrazioni³⁵. Orbene, il richiamo in oggetto, su cui si avrà

CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, cit., 40-41, che, invece, sembra ricondurre tale ipotesi ad un'«attività congiunta di direzione e coordinamento a contitolarità verticale», differente da quella – anch'essa astrattamente ritenuta ammissibile dall'Autore – in cui l'eterodirezione in forma congiunta scaturisca da una situazione di controllo congiunto; sulla non decisività dell'art. 11, comma 11, ai fini di una risposta positiva alla configurabilità di un'attività di eterodirezione pubblicistica, cfr. M. CARLIZZI, *La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, cit., 343.

³² In questo senso, cfr. V. DONATIVI, *Le Società a partecipazione pubblica*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, 1161.

³³ Con riguardo all'espressione «attività di direzione e controllo» contenuta nella disciplina previgente (cfr. art. 4, comma 1, d.lgs. n. 155/2006) e ai suoi rapporti con la nozione codicistica, si rimanda al Capitolo III; tuttavia, in questa sede, sembra opportuno anticipare che, ai sensi dell'attuale formulazione dell'art. 4, comma 1, secondo periodo, *decreto IS*, l'attività di eterodirezione si considera in ogni caso esercitata dal soggetto che, per previsioni statutarie o per qualsiasi altra ragione, abbia la facoltà di nominare la maggioranza dei componenti dell'organo di amministrazione dell'impresa sociale.

³⁴ Norma che, a dire il vero, sembra riaffermare quanto previsto per la generalità degli E.T.S. dall'art. 4, comma 2, d.lgs. 117/2017, il quale esclude dall'alveo applicativo del *Codice del Terzo Settore* tutti i soggetti sottoposti ad attività di direzione e coordinamento o controllo da parte delle PP.AA., riconoscendo implicitamente che al di fuori dell'ambito *non profit* una tale situazione possa senz'altro considerarsi legittima.

³⁵ Come si vedrà più diffusamente nel prosieguo e come ricordato da V. DONATIVI, *Struttura proprietaria e disciplina dei gruppi di «imprese sociali»*, in *Rivista delle Società*, 2009, fasc. 6, 1325, la *ratio* del divieto, già presente nel d.lgs.

modo di soffermarsi nell'ultima parte del lavoro, dimostra come il divieto di esercizio di un'attività di eterodirezione da parte del soggetto pubblico debba essere espressamente introdotto da una disposizione di legge, non potendosi, invece, giungere a tale conclusione sulla base del solo dettato generale codicistico. Conseguentemente, in assenza di ulteriori specificazioni in norme di settore³⁶, non è sostenibile un'incompatibilità in astratto degli enti pubblici con il legittimo esercizio di un potere di ingerenza nei confronti delle società partecipate.

Dimostrata, in termini generali, la compatibilità dell'attività di direzione e coordinamento con la natura pubblica dell'ente *holding* – sia in punto di *ratio* che in punto di *fattispecie* – in linea di principio nulla parrebbe ostare all'applicazione, nei confronti di quest'ultimo, anche dello speciale regime di responsabilità di cui all'art. 2497, comma 1, c.c. Tuttavia, tale conclusione è sembrata vacillare, con riguardo, quantomeno, agli enti territoriali, all'esito dell'introduzione dell'art. 19, comma 6 del d.l. 78/2009³⁷, che, intervenendo in qualità di norma di interpretazione (asseritamente) autentica della disposizione codicistica, in un'ottica di ridimensionamento dei soggetti destinatari della disciplina ivi contenuta, ha espressamente espunto lo Stato dai possibili legittimati passivi dell'azione giudiziale e insinuato il dubbio che anche gli enti assimilabili all'organo politico centrale possano ritenersi esclusi dalla disciplina *de qua*. Soltanto una previa analitica descrizione delle caratteristiche e delle ragioni poste a fondamento della suddetta esenzione potrà, allora, consentire di verificare se oltre agli enti pubblici economici – che, per espressa previsione dell'art. 2201 c.c., esercitano come oggetto «*esclusivo*» o «*principale*» un'attività economica commerciale – anche gli enti territoriali diversi dall'Amministrazione statale, quali un Regione o un Comune, quando risultino detentori di partecipazioni dirette in società, possano

n. 155/2006, andrebbe ricondotta alla volontà del legislatore di scongiurare un «inquinamento» delle finalità dell'impresa sociale, che potrebbe facilmente verificarsi nell'ipotesi in cui l'eterodirezione sia esercitata da soggetti quali le Pubbliche Amministrazioni.

³⁶ E, d'altronde, l'art. 1, comma 4, T.U.S.P.P., testualmente, prevede che rimangano ferme «*le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni*».

³⁷ D.l. 1 luglio 2009 n. 78, cit., anche noto come decreto *Anticrisi* o *Salva Alitalia*.

essere sottoposti, concorrendone i presupposti, alla responsabilità da abuso di direzione e coordinamento.

3. L'esclusione dello Stato dalla responsabilità *ex art. 2497 c.c.*

Attraverso l'art. 19, comma 6 del decreto *Anticrisi*, il legislatore, nel tentativo, quantomeno teorico, di rendere maggiormente intellegibile il significato della disposizione di cui all'art. 2497 c.c., ha provato a chiarire il riferimento agli «enti» contenuto nel primo comma, affermando che come tali devono intendersi «*i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria*». La lettura combinata delle due norme – sebbene taluni studiosi abbiano proposto un'interpretazione *praeter legem* volta a delimitare già in astratto i soggetti legittimati all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento³⁸ – sembra, nel suo dato testuale, introdurre un'esclusione dei

³⁸ Si esprime in questi termini, G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 32, che sottolinea come il legislatore abbia voluto escludere la legittimazione dello Stato a ricoprire il ruolo di capogruppo – e non soltanto l'imputabilità della responsabilità di cui all'art. 2497, comma 1, c.c. – in quanto l'attività di direzione e coordinamento, sostanziandosi nel perseguimento di una politica volta a massimizzare il risultato complessivo del gruppo, anche a fronte di (transitorie) azioni pregiudizievoli nei confronti delle controllate, non sarebbe concepibile con riferimento ad un ente politico a carattere generale, che dovrebbe, dunque, avvalersi di soggetti «intermedi» chiamati a svolgere la funzione di *holding*; peraltro, la stessa G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, cit., 418, ha ribadito, di recente, la medesima conclusione anche alla luce della formulazione originale dell'art. 2, comma 1, lett. h), C.C.I.I., il quale, come si avrà modo di precisare più innanzi, nel definire il «*gruppo di imprese*» aveva escluso il solo Stato dal proprio alveo applicativo (che, peraltro, inspiegabilmente si limitava ad osservare l'aggregazione imprenditoriale dal solo punto di vista del soggetto eterodiretto): tuttavia, considerato che, a seguito del *Decreto Correttivo*, il novero delle esclusioni è stato ampliato anche agli altri enti territoriali, aderire ad una simile conclusione significherebbe, coerentemente, escludere anche questi ultimi dalla possibilità di esercitare un'attività di direzione e coordinamento, ponendosi, però, in palese contrasto con i recenti orientamenti della giurisprudenza di merito; nel medesimo senso, ma partendo da diversi presupposti, si vedano anche M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, cit., 1196, il quale sottolinea come sia difficilmente configurabile un'attività di

soggetti ivi richiamati dalla sola responsabilità per abuso di eterodirezione³⁹. Tale esonero, che sarebbe configurabile *sempre e comunque* in favore dello Stato⁴⁰, può operare anche nei confronti degli altri enti pubblici, purché, però, detengano la partecipazione sociale per finalità differenti da quelle richiamate nel testo di legge.

Allo stato dei fatti, dunque, diverso – e deteriore – è il trattamento destinato agli azionisti «esterni» e ai creditori delle società partecipate dall'Amministrazione statale rispetto a quello riservato a loro omologhi che si rapportino con compagini in cui la partecipazione sia detenuta da altri soggetti pubblici nell'ambito della loro «attività imprenditoriale» ovvero per «finalità di natura economica o finanziaria»⁴¹. Gli appartenenti alla prima categoria, infatti, pur in presenza di danni

direzione e coordinamento svolta dalla pubblica amministrazione «che non fa questo di “mestiere”» e K. MARTUCCI, *Profili di diritto singolare dell'“impresa”*, Milano, Giuffrè, 2013, 184.

³⁹ Precisa, infatti, correttamente E. MARCHISIO, *L'eterodirezione «pubblicistica»*, cit., 438, che l'inapplicabilità di una disposizione non può comportare l'inapplicabilità, a priori, di tutte le norme del Capo IX; d'altronde, tale assunto sembra implicitamente confermato anche da Cass., sez. III, 1 giugno 2021, n. 15276, cit., che, interrogandosi sulla configurabilità in concreto di una condotta del M.E.F. qualificabile come attività di direzione unitaria, pare aver avallato la tesi che, pur non essendosi tale circostanza verificata nel caso di specie, quantomeno in astratto lo Stato possa ingerirsi nella gestione altrui esercitando direzione e coordinamento.

⁴⁰ In questo senso, C. IBBA, *La tutela delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 103; nel senso che si prescinda da qualunque valutazione in concreto per lo Stato, si veda anche C. ANGELICI, *In tema di «socio pubblico»*, cit., 180; conformemente, pur criticando la norma di interpretazione autentica, V. CARRIERO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, 1° comma, c.c.*, cit., 189, il quale ritiene, valorizzandola da un punto di vista teleologico, che questa sancisca un esonero dalla responsabilità per lo Stato anche quando la sua attività di direzione e coordinamento derivi non da partecipazione sociale, ma da fonti contrattuali *ex art. 2497-septies c.c.*; con riguardo, invece, ad un'eventuale applicazione dell'esenzione anche in presenza di partecipazioni detenute da *Cassa Depositi e Prestiti s.p.a.*, si veda V. MINERVINI, *L'improvvisa «accelerazione» (post COVID) dell'azionariato di Stato*, cit., 264-265, nonché ID., *Il “nuovo” azionariato di Stato. Lineamenti delle ricapitalizzazioni emergenziali*, Torino, Giappichelli, 2020, 115 ss.

⁴¹ Secondo C. IBBA, *La tutela delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 103, il riferimento contenuto nell'ultima proposizione dell'art. 19, comma 6, d.l. n. 78/2009 non può essere letto come mera ripetizione della locuzione «nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui» già presente nell'art. 2497, comma 1, c.c., ma deve, piuttosto, considerarsi come volto a restringere il campo applicativo della disposizione codicistica; C. ANGELICI, *In*

potenzialmente riconducibili alla tutela prevista *ex lege*⁴², oltre a non potersi rivalere direttamente nei confronti dell'ente controllante⁴³, presumibilmente, quando soci, sarebbero privati anche del diritto di recesso di cui all'art. 2497-*quater*, lett. b), c.c., in quanto modalità di *exit* imprescindibilmente connessa all'esperimento vittorioso dell'azione risarcitoria *ex art. 2497*, comma 1, c.c.⁴⁴.

tema di «socio pubblico», cit., 180, sulla premessa che la «finalità di natura economica o finanziaria» non deve necessariamente ispirare una partecipazione in società, ritiene che con riguardo agli enti pubblici diversi dallo Stato l'elemento teleologico debba essere accertato in concreto; in senso divergente rispetto alla tesi appena citata paiono esprimersi le parole di F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 87, secondo cui la semplice detenzione di una partecipazione sociale da parte di un ente pubblico diverso dallo Stato sottenderebbe necessariamente una finalità di natura economica o finanziaria; conformemente cfr. I. EBALLI, *Direzione e coordinamento nelle società a partecipazione pubblica alla luce dell'intervento interpretativo fornito dal «Decreto Anticrisi»*, in *Il nuovo diritto societario*, 2010, fasc. 10, 51; F. CUCCU, *Partecipazioni pubbliche e governo societario*, Torino, Giappichelli, 2019, 191, sottolinea come tale inciso costituisca una prescrizione *inutiliter data*, in quanto idonea, data la sua ampiezza, a ricomprendere qualsiasi ambito in cui venga collocata una partecipazione sociale; a conclusione non dissimile giunge C. GARILLI, *Le società in house nel quadro della nozione europea e nazionale di impresa di gruppo*, cit., 916-917, la quale, però, pur affermando la sussistenza di tali finalità anche in presenza di società *in house*, parte dal presupposto che l'inciso si riferisca non agli scopi dell'ente controllante, quanto piuttosto alle modalità di svolgimento dell'attività da parte della compagine controllata; d'altronde, sulla difficoltà di attribuire effettiva capacità selettiva alla condizione ivi enunciata quando si faccia riferimento ad una partecipazione in mano pubblica, si veda V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1150; infine, per una visione del termine «ovvero» non in funzione disgiuntiva, ma esplicativa, cfr. M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, cit., 1195.

⁴² Ci si riferisce, ovviamente, al pregiudizio alla «redditività e al valore della partecipazione» per i soci e alla «lesione dell'integrità patrimoniale» per i creditori.

⁴³ Sempre partendo dal presupposto che l'ente politico centrale sarebbe privo della possibilità stessa di esercitare in via diretta un'attività di direzione e coordinamento, peraltro, G. SCOGNAMIGLIO, «Clausole generali», *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 32, afferma che, in caso di interferenze pregiudizievoli nella propria gestione, sarebbe la stessa società eterodiretta a poter agire nei confronti dello Stato sulla base dei principi generali in materia di illecito; conformemente F. CUCCU, *Partecipazioni pubbliche e governo societario*, cit., 194.

⁴⁴ In tal senso, V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, 1° comma, c.c.*, cit., 190; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., 10; ID., *La tutela*

Una simile incongruenza renderebbe auspicabile, anche considerando che la norma di interpretazione autentica non è mai stata sottoposta a giudizio di legittimità costituzionale⁴⁵ e deve considerarsi ancora vigente anche dopo l'entrata in vigore del T.U.S.P.P.⁴⁶, un intervento giurisprudenziale che ne delinei in maniera più stringente la portata, tanto dal punto di vista dell'estensione oggettiva quanto sotto il profilo dell'operatività temporale. Rispetto a tale ultimo aspetto, infatti, se l'art. 19, comma 6, d.l. 78/2009, è indiscutibilmente applicabile a tutte le controversie relative a condotte tenute dall'Amministrazione statale in un momento successivo alla sua entrata in vigore, ancora non chiarito risulta il dubbio sulla sua eventuale portata retroattiva⁴⁷.

4. (segue) Gli sviluppi interpretativi alla luce del caso «Alitalia».

L'occasione propizia per affrontare risolutivamente la questione sopra delineata si è, in realtà, presentata di recente, nel momento in cui la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi, come anticipato in premessa, su un'azione risarcitoria intentata nei confronti del M.E.F., quale socio di maggioranza

delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica, cit., 103; *contra*, F. CUCCU, *Partecipazioni pubbliche e governo societario*, cit., 194, secondo cui la condanna ex art. 2043 c.c., ai fini del recesso ai sensi dell'art. 2497-*quater*, lett. b) c.c., sarebbe equiparabile e fungibile rispetto alla condanna di cui all'art. 2497 c.c.

⁴⁵ A differenza di quanto auspicava, in particolare, V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, 1° comma, c.c.*, cit., 173.

⁴⁶ In termini, M. CARLIZZI, *La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, cit., 344 (nt. 3).

⁴⁷ Che, in linea di principio dovrebbe essere insita nella sua natura di norma di interpretazione autentica, ma che, in realtà, essendo tale qualificazione discussa, non trova riscontro pacifico in dottrina: infatti, ad esempio, C. IBBA, *La tutela delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 103, la qualifica come una norma speciale di esenzione; sulla natura di norma interpretativa dell'art. 19, comma 6, si veda, invece, V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, 1° comma, c.c.*, cit., 171 ss.; per un'interessante disamina sulla retroattività delle norme di interpretazione autentica e per le relative enunciazioni dottrinali sul punto, si veda il contributo *La legge di interpretazione autentica tra Costituzione e CEDU*, maggio 2015, realizzato dal Servizio Studi della Corte Costituzionale (a cura di Ilaria Rivera) e reperibile in www.cortecostituzionale.it.

di *ALITALIA-Linee aeree s.p.a.*, da alcuni azionisti minoritari della compagnia aerea⁴⁸, che, tra le varie doglianze, lamentavano una perdita di valore dei titoli di partecipazione in loro possesso cagionata dalla presunta eterodirezione abusiva dello Stato⁴⁹. Nonostante la netta presa di posizione della Corte d'Appello in favore della retroattività della norma di esonero⁵⁰ – alla quale erano seguite le ferme deduzioni contrarie formulate dagli investitori ricorrenti, secondo cui una tale conclusione avrebbe condotto ad esiti irragionevoli⁵¹ – la Corte di ultima istanza, trincerandosi dietro un rigoroso (e, presumibilmente, arbitrario) ordine gerarchico delle questioni processuali da affrontare, ha attribuito prevalenza all'accertamento, poi rivelatosi assorbente⁵², dell'eventuale sussistenza di condotte del M.E.F.

⁴⁸ Sulla vicenda *Alitalia* si veda anche il ricco commento di F. FIMMANÒ, *Il caso Alitalia: l'abuso di eterodirezione del Mef*, in *Gazzetta Forense*, 2021, fasc. 4, 616 ss.

⁴⁹ L'analisi sulla reale retroattività della norma di interpretazione autentica risultava giustificata dalla circostanza che l'ultimo acquisto di titoli rilevante ai fini della controversia era avvenuto nel periodo gennaio 2007-marzo 2008, e, quindi, ben prima dell'entrata in vigore del d.l. 78/2009. Tant'è vero che nell'ordinanza interlocutoria con cui Cass. Civ., sez. III, 23 settembre 2020, n. 19996, in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*, ha rimesso a nuovo ruolo per trattazione in pubblica udienza la controversia, si parlava di «*giudizio successivamente introdotto ma concernente rapporto obbligatorio non ancora esaurito*» e, nell'ambito dei quesiti di diritto formulati, si chiedeva espressamente un parere sulla questione.

⁵⁰ La Corte territoriale, infatti, in App. Lecce, 15 ottobre 2018, n. 1018, non prendeva in considerazione in alcun modo la condotta in concreto tenuta dal socio di controllo, escludendone a monte la responsabilità, mediante applicazione retroattiva della disposizione *de qua*. Tale scelta argomentativa veniva giustificata, oltre che dall'esigenza di riferire la locuzione testuale «*altri enti*» anche ad enti pubblici non economici che non perseguono un interesse imprenditoriale proprio o altrui, anche in virtù dei principi dettati da Corte Cost., (ord.), 10 aprile 2014, n. 92, pubblicata in *Foro Italiano*, 2014, I, 2709 ss., secondo cui, fermi i limiti dell'art. 25, Cost., gli interventi legislativi possono essere caratterizzati da retroattività in presenza di «*motivi di interesse generale*», la valutazione sulla cui sussistenza spetta primariamente al legislatore e alla Consulta stessa.

⁵¹ Infatti, gli investitori, considerato che i diritti risarcitori dovevano ritenersi già perfezionati, paventavano il rischio di una violazione tanto dell'art. 47 Cost. in materia di tutela del risparmio quanto dei principi generali sul risarcimento del danno.

⁵² Il relativo motivo di ricorso è stato, infatti, dichiarato inammissibile per carenza di una compiuta esposizione dei fatti di causa ai sensi dell'art. 366, comma 1, n. 3) c.p.c., non avendo i ricorrenti individuato puntualmente eventuali condotte del M.E.F. che potessero qualificarsi come forme di direzione e coordinamento del soggetto pubblico.

concretamente qualificabili come espressione di attività di direzione e coordinamento, non ritenendo opportuno, invece, analizzare previamente la disciplina operante *ratione temporis* nei confronti dello Stato⁵³.

Infatti, i Giudici di legittimità si sono limitati a sottoporre a vaglio unicamente la presunta «abusività» della condotta tenuta dal socio pubblico di maggioranza in occasione dell'approvazione del bilancio 2008 di *Alitalia*⁵⁴. In tale circostanza, a detta dei ricorrenti, il Ministero, avallando illegittimamente con il proprio voto determinante le scelte gestionali dell'organo amministrativo della compagnia, volte alla prosecuzione dell'attività d'impresa pur in assenza di un fattibile piano di risanamento e nonostante una crisi economica e finanziaria irreversibile, avrebbe cagionato un pregiudizio all'integrità del patrimonio sociale e, indirettamente, un danno alla sfera patrimoniale dei titolari di partecipazioni risarcibile ai sensi dell'art. 2497 c.c.

Tuttavia, la Corte di Cassazione ha avuto buon gioco nel respingere la ricostruzione degli investitori sulla scorta dell'ormai tradizionale distinzione tra la situazione di mero controllo *ex art. 2359 c.c.* e l'attività di direzione e coordinamento. Infatti, nella pronuncia si evidenzia come la condotta contestata al M.E.F., utilizzata dai ricorrenti per giustificare le proprie pretese risarcitorie, lungi dall'essere un indice sintomatico di una direzione unitaria – e, quindi, a maggior ragione, di una direzione unitaria *abusiva* – sarebbe stata inquadrabile, tutt'al più, nella fattispecie dell'abuso del diritto da parte del socio «*tiranno*», chiaramente non

⁵³ Testualmente, infatti, in un passaggio della pronuncia si legge che «*tenuto conto della prospettazione della censura interamente incentrata sull'affermazione della responsabilità per abusiva direzione imputata al Ministero, ritiene il Collegio che non possa prescindere dalla identificazione dei fatti che ne costituiscono il presupposto (...) essendo condizionato al predetto accertamento il successivo esame della rilevanza della questione di legittimità costituzionale della norma di legge interpretativa applicata dalla Corte d'appello*».

⁵⁴ Non sono state sottoposte, invece, ad alcun controllo di legittimità le condotte – anch'esse contestate – relative alle ingiuste concessioni di prestiti e garanzie statali, in quanto non imputabili al M.E.F., ma esito di determinazioni politiche, e quelle inerenti all'induzione all'inadempimento degli amministratori di *Alitalia* rispetto ai loro doveri di conservazione dell'integrità patrimoniale, in quanto non accertabili sulla base degli atti prodotti in giudizio.

riconducibile all'alveo applicativo dell'art. 2497 c.c.⁵⁵. A tale concetto, infatti, secondo consolidata giurisprudenza, ci si appella, in particolare, quando il socio di maggioranza eserciti il proprio diritto di voto – altrimenti legittimamente «strumentalizzabile» al perseguimento del proprio interesse⁵⁶ – in violazione del principio di buona fede contrattuale *ex artt.* 1175 e 1375 c.c.⁵⁷, concorrendo in modo decisivo all'adozione di una delibera assembleare che sia «*intenzionalmente rivolta in pregiudizio dei diritti facenti capo singolarmente ai soci di minoranza*» ovvero «*assunta fraudolentemente in danno di specifici interessi personali di uno di essi*»⁵⁸.

⁵⁵ Peraltro, incidentalmente, è forse opportuno evidenziare che la possibilità di configurare un eventuale ruolo di *holding* in capo al M.E.F. verrebbe a mancare, già *a monte*, qualora l'atto di approvazione del bilancio da parte dell'assemblea non sia qualificato come atto a contenuto gestorio: in proposito, sulla natura di «dichiarazione di scienza» rispetto alla correttezza dei valori, così come risultanti dal documento, attribuibili alle singole componenti patrimoniali si veda, nell'interpretazione classica, G.E. COLOMBO, *Bilancio d'esercizio e consolidato*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. VII, Torino, Utet, 1994, 423-424 (testo e nt. 135, ove ulteriori citazioni dottrinali).

⁵⁶ Come confermato da Cass. Civ., sez. I, 22 aprile 2013, n. 9680, citata dalla sentenza in commento e reperibile in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it, secondo cui «*il voto espresso dal socio in assemblea è di per sé funzionale al suo interesse individuale, e non direttamente e immediatamente a quello della società, che di regola si definisce solo attraverso la formazione delle maggioranze assembleari*»; in dottrina, sottolineando come sia precluso, in linea generale, ogni sindacato sul merito della delibera da parte dell'autorità giudiziaria, si veda G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, cit., 335.

⁵⁷ In questo senso, Trib. Roma, sez. Impr., 31 marzo 2017, n. 6452, in www.dirittobancario.it; conformemente, si veda anche Trib. Milano, sez. Impr., 30 gennaio 2017, n. 1157, *ivi*, dove si evidenzia come le delibere assembleari siano da considerarsi quali momenti esecutivi del contratto di società; sul punto, però, si vedano le interessanti notazioni di A. GAMBINO, *L'interesse sociale e il voto in assemblea*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger. Atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009*, Milano, Giuffrè, 2010, 69, secondo cui, in realtà, la nozione di abuso avrebbe una portata minore rispetto a quella derivante dall'applicazione della buona fede esecutiva, dal momento che solo quest'ultima richiederebbe una cooperazione del socio al conseguimento dell'interesse sociale.

⁵⁸ Sulla natura alternativa, e non cumulativa, dei requisiti indicati nel testo, cfr. Cass. Civ., sez. I, 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Foro Italiano*, 2006, I, 3455; in senso sostanzialmente analogo si veda, nell'ambito della giurisprudenza di merito, Trib. Roma, sez. Impr., 31 marzo 2017, n. 6452, cit.; sul punto cfr. anche Trib. Milano, sez. Impr., 30 gennaio 2017, n. 1157, cit., che propone una minuziosa

Svolte tali osservazioni, dunque, la Corte di legittimità ha coerentemente ritenuto che il singolo atto di approvazione del bilancio, benché il voto del M.E.F., quale socio di controllo di *Alitalia*, sia risultato all'uopo determinante, manchi delle caratteristiche tipiche dell'attività di direzione e coordinamento – quali l'esercizio continuativo ed effettivo di un'ingerenza nella gestione altrui – e si debba, pertanto, nel caso in esame, negare l'applicabilità nei confronti del socio pubblico dello speciale statuto di responsabilità *ex art.* 2497 c.c.

È evidente che, limitandosi a negare la sussistenza in concreto di una condotta riconducibile al «*fatto-eterodirezione*», la Corte di Cassazione non abbia dovuto, quindi, affrontare la tematica – di ben più ampio respiro sistematico – della retroattività del decreto *Anticrisi*. Al di là dell'indubbia rilevanza che un'espressa articolazione argomentativa in sentenza avrebbe potuto assumere ai fini della risoluzione della controversia oggetto di esame e di quelle ad essa assimilabili⁵⁹, tale lacuna, se esaminata in un'ottica più generale, sembra fornire indicazioni implicite rispetto alla portata – non solo temporale, ma anche soggettiva – della norma di (asserita) interpretazione autentica.

Infatti, assodato che dal 2009 in poi, come si è detto, in assenza di un *revirement* a livello normativo, lo Stato è astrattamente esentato dall'applicazione dell'art. 2497, comma 1, c.c., lo stesso non può dirsi, quantomeno attenendosi al

analisi dei requisiti della «*fraudolenza*» e dell'«*arbitrarietà*», in base alla quale quest'ultimo presupposto non può ritenersi sussistente quando la delibera, seppur dannosa per il socio di minoranza, sia giustificata, anche nella concorrenza dell'interesse personale del socio di maggioranza, dal perseguimento dell'interesse sociale. Da ultimo, in relazione ad una delibera di aumento del capitale sociale, si veda Trib. Trento, sez. Impr., 14 agosto 2020, reperibile in www.diritto bancario.it; in dottrina, sottolinea la necessità di conferire concretezza al criterio di correttezza, vista l'eterogenea congerie di casi e fattispecie in cui viene invocato, F. DENOZZA, *L'interesse sociale tra «coordinamento» e «cooperazione»*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger. Atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009*, Milano, Giuffrè, 2010, 36-37.

⁵⁹ Negare la retroattività dell'art. 19, comma 6 – e, dunque, anche la sua natura di norma (realmente) interpretativa – avrebbe, infatti, aperto spiragli di accoglimento ad eventuali, ulteriori, azioni giudiziarie intentate nei confronti dell'Amministrazione statale per condotte antecedenti all'entrata in vigore del d.l. 78/2009, il cui esito, dipendendo, a quel punto, unicamente dall'accertamento in fatto di condotte abusive da parte del socio di controllo pubblico, sarebbe potuto essere deleterio per le casse dello Stato.

mero tenore testuale dell'art. 19, comma 6, con riguardo agli altri enti territoriali. Orbene, l'eventuale ricomprensione *ex ante* di questi ultimi nell'alveo applicativo della norma di favore sarebbe giustificabile, in via esegetica, solo qualora si aderisse alla tesi che ritiene che l'esclusione in esame – sancita, è bene precisarlo, nell'esercizio legittimo della discrezionalità legislativa – sia fondata su solide ragioni sistematiche, legate all'ontologica impossibilità per l'ente politico centrale, e, conseguentemente, per tutti i soggetti a quest'ultimo assimilabili in punto di fini, di integrare i requisiti richiesti dalla disposizione codicistica⁶⁰. Un simile assunto avrebbe chiaramente acquisito ulteriore credito qualora la Corte di legittimità avesse scelto di ribadire espressamente la natura retroattiva della disposizione, considerandola, dunque, (realmente) interpretativa, in quanto (evidentemente) priva di innovatività e semplice epifania di un'essenzione già arguibile dai principi generali dell'ordinamento e dal corpo dell'art. 2497 c.c. ben prima dell'entrata in vigore del d.l. 78/2009. Ed ecco che, invece, in senso diametralmente opposto, il «rumoroso» silenzio serbato dalla Cassazione sul punto parrebbe suffragare l'opposta tesi restrittiva – preferibile, come si avrà modo di argomentare nei paragrafi successivi – in ossequio alla quale l'art. 19, comma 6, avrebbe introdotto un ingiustificato «*privilegio*» a vantaggio dell'Amministrazione statale⁶¹ che, non

⁶⁰ In particolare, come si avrà modo di approfondire anche nel paragrafo successivo, l'elemento ostativo che impedirebbe allo Stato di integrare la fattispecie di cui all'art. 2497, comma 1, c.c. è identificato nell'impossibilità di perseguire il necessario «*interesse imprenditoriale*»: in tal senso deporrebbe, peraltro, la risposta del Governo a seguito di un'interrogazione parlamentare presentata il 13 ottobre 2009 in Commissione 5-01918 da Alberto Fluvi e altri, riportata da M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, cit., 1195, nt. 56. Infatti, in tale atto si afferma che il M.E.F. «*non può considerarsi imprenditore*» e, dovendo perseguire finalità di «*interesse pubblico generale*» non ha mai adottato «*atti di indirizzo incidenti in maniera diretta sulle scelte imprenditoriali delle società*»; conformemente, sottolineando come lo Stato sia portatore di un interesse politico, e mai imprenditoriale, anche F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 70; nel medesimo senso anche K. MARTUCCI, *Profili di diritto singolare dell'“impresa”*, cit., 187 ss., secondo la quale la partecipazione dell'ente-Stato ad una società non potrebbe mai ritenersi motivata dal perseguimento di un interesse imprenditoriale *tout court* e, addirittura, nemmeno considerarsi tale da configurare un'«attività».

⁶¹ In termini, *ex multis*, C. IBBA, *La tutela delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 103; nello stesso senso, anche con cenni comparatistici, V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello*

essendo basato su valide ragioni sistematiche, ma, piuttosto, su (legittime, quanto discutibili) scelte di opportunità politica, non solo dovrà ritenersi vigente soltanto *pro futuro*, ma non potrà comunque operare nei confronti di soggetti diversi da quelli espressamente richiamati nel decreto.

Dopo aver qui enunciato le differenti e contrapposte prospettive interpretative, onde evitare di aderire agli esiti di queste ultime fondandosi solo su affermazioni meramente apodittiche o ipotetiche, è, a questo punto, ineludibile lo svolgimento di una verifica dell'effettiva compatibilità degli enti territoriali con i requisiti dell'art. 2497, comma 1, c.c. All'uopo, dunque, sarà necessario porre a confronto i profili tipologici di soggetti pubblici quali Regioni o Comuni con ciascuno degli elementi indefettibilmente richiesti dal legislatore ai fini della configurabilità della speciale fattispecie di responsabilità, onde individuare – se presenti – eventuali insanabili profili di «frattura» strutturali che giustificerebbero, pertanto, l'adesione alla tesi volta ad estendere già in astratto la portata soggettiva del decreto *Anticrisi*. Affinché la ricostruzione risulti quanto più lineare possibile, da un punto di vista metodologico, si principierà da un'analisi dei presupposti meno controversi sotto il profilo ermeneutico, per poi soffermarsi, più nel dettaglio, sulla nozione, maggiormente problematica, di «*interesse imprenditoriale*».

Stato dall'applicazione dell'art. 2497, 1° comma, c.c., cit., 169 ss., che la definisce deroga «non necessaria e non proporzionale» (spec. 172); E. MARCHISIO, L'eterodirezione «pubblicistica», cit., 440; V. DONATIVI, Le società a partecipazione pubblica, cit., 1148; G.M. CARUSO, Il socio pubblico fra dinamiche proprietarie e organizzative, in AA.VV., Le «nuove» società partecipate e in house providing, a cura di S. Fortunato e F. Vessia, Milano, Giuffrè, 2017, 184; nella giurisprudenza di merito sembra sostanzialmente aver aderito a tale visione Trib. Roma, sez. Impr., 18 febbraio 2021, cit., secondo cui la norma, benché qualificata espressamente come interpretativa, appare volta a introdurre «in favore dello Stato, un'esenzione dalla soggezione alla disciplina in tema di responsabilità per abuso dei poteri di direzione e coordinamento che, altrimenti, sarebbe stata allo stesso applicabile». In senso contrario, cfr. M. CARLIZZI, La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica, cit., 344 (nt. 3), che ritiene si tratti non di un privilegio, bensì di una limitazione al potere dello Stato di emanare direttive lesive, seppur in via transitoria, dei diritti dei soci e terzi creditori.

5. La compatibilità tra l'ente pubblico e i requisiti della responsabilità da abuso di eterodirezione.

Come si è avuto modo di vedere nel Capitolo introduttivo, ferma l'imprescindibile rilevazione del danno, affinché possa essere integrata una responsabilità ai sensi dell'art. 2497 c.c. è necessario, *in primis*, che la capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, abbia violato i principi di «*corretta gestione societaria e imprenditoriale*» della società eterodiretta. In termini generali, in sostanza, la *holding*, seppur l'ingerenza nella gestione altrui sia considerata un fenomeno fisiologico nell'ambito dei gruppi di società, non potrà impartire delle direttive che ledano aprioristicamente l'integrità patrimoniale o la potenziale redditività delle partecipazioni sociali della controllata⁶². Non vi è alcuna ragione per la quale tale enunciazione, formulata indubbiamente per regolare i rapporti tra compagini societarie dotate di soli capitali privati, non possa valere anche qualora l'entità capogruppo sia un soggetto che persegue un interesse diverso da quello lucrativo e, segnatamente, un interesse pubblico, anche considerando che la legge di delega al Governo per il T.U.S.P.P.⁶³ prevedeva, tra i criteri direttivi di riordino delle partecipazioni societarie detenute dalle Pubbliche Amministrazioni, quello della «*parità di trattamento tra imprese pubbliche e private*». In senso conforme a quanto appena evidenziato, d'altronde, si è espressa anche la Corte di Cassazione nell'arresto testé citato⁶⁴, ribadendo che quando il soggetto pubblico decide di adoperare gli strumenti e le modalità di azione tipiche del diritto privato

⁶² Cfr., sul punto, la dottrina citata in Cap. I, nt. 107.

⁶³ Cfr. art. 18, comma 1, lett. I), l. 7 agosto 2015, n. 124, attributiva di *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*.

⁶⁴ In effetti, Cass. Civ., sez. III, 1 giugno 2021, n. 15276, cit., è stata chiamata dall'ordinanza interlocutoria anche a delineare le modalità di esercizio dell'attività di direzione unitaria da parte del soggetto pubblico nei confronti di *Alitalia*, approfondendo, all'uopo, l'esatto significato della locuzione di «*violazione dei corretti criteri gestionali*» ad opera della *holding* e le eventuali modulazioni che tali criteri potrebbero subire in relazione all'interesse pubblico generale, istituzionalmente affidato alla cura dell'Amministrazione statale competente alla gestione della partecipazione al capitale sociale ovvero insorto *ab externo* per eventi sopravvenuti alla crisi aziendale.

(qual è, appunto, la partecipazione in una società di capitali⁶⁵) si priva della propria potestà autoritativa – rinunciando, contestualmente, all'applicazione del diritto amministrativo⁶⁶ – per sottoporsi integralmente alla disciplina *iure privatorum*⁶⁷. L'interesse perseguito dallo Stato-*shareholder*, quindi, non potrà che atteggiarsi in termini di equipollenza rispetto all'interesse del socio privato alla massimizzazione degli utili (o a ulteriori interessi «altri»⁶⁸), prevalendo su questi ultimi soltanto qualora ciò sia consentito nell'ambito della normale dialettica che si sviluppa tra maggioranza e minoranza all'interno dell'assemblea dell'ente.

Ne discende, coerentemente, che, ai fini dell'imputazione della responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. nei confronti dell'ente pubblico che eserciti effettivamente un'attività di direzione e coordinamento tramite forme di controllo

⁶⁵ Partecipazione che, come richiesto dall'art. 4, comma 1, T.U.S.P.P., può essere acquisita o mantenuta da un soggetto pubblico unicamente in una società avente ad oggetto attività «*strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*».

⁶⁶ In termini più generali, d'altronde, è lo stesso art. 1, comma 1-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, sul procedimento amministrativo, ad affermare che «*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*».

⁶⁷ Per esempio, con specifico riguardo al principio di adeguatezza organizzativa di cui al novellato art. 2086 c.c., si veda M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa*, cit., 9, il quale sottolinea come tale regola sia vincolante anche per le società in mano pubblica, dal momento che, avvalendosi dello strumento societario, il soggetto pubblico – in mancanza di deroghe espresse *ex lege* – accetta i principi privatistici di organizzazione e gestione della società; per una completa disamina su tale principio, anche alla luce delle prescrizioni del T.U.S.P.P., si veda S. SERAFINI *L'adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi*, cit., 63 ss.

⁶⁸ Sulla rilevanza degli interessi degli *stakeholders* nella gestione di una s.p.a. cfr. i contributi già citati in Cap. I, nt. 120; con specifico riguardo alle società a partecipazione pubblica, cfr. G.M. CARUSO, *Il socio pubblico fra dinamiche proprietarie e organizzative*, cit., 169 ss., nonché G. GUIZZI, *Interesse sociale e governance delle società pubbliche*, in AA.VV., *La governance delle società a partecipazione pubblica nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Milano, Giuffrè, 2017, 11 ss., il quale segnala come nelle compagini strumentali *anche* alla realizzazione di un interesse pubblico, non diversamente da quanto accade secondo il diritto comune, gli amministratori, per poter dare rilievo ad interessi «altri», devono esercitare i propri poteri garantendo la conservazione delle risorse impiegate e, dunque, assicurarne la solvibilità; sul punto si veda anche il recentissimo contributo di M. BIANCHINI, *Profili di ibridazione tra interessi pubblici e privati nei “micro-sistemi normativi” delle società pubbliche e dei contratti pubblici*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, I, fasc. 5, 838 ss.

assembleare, sarà, in primo luogo, necessario verificare se il perseguimento dell'interesse pubblico abbia generato uno «*scostamento dalle scelte di gestione strategica che apparivano corrette alla luce dei criteri economico-aziendali*» e, in seconda istanza, se ciò «*abbia o meno determinato diseconomie tali da incidere sul patrimonio societario e, di riflesso, sul valore o sulla redditività delle partecipazioni intestate agli altri soci privati*»⁶⁹, tenendo in debito conto eventuali interventi (anche esterni) di natura compensativa. Peraltro, benché sia innegabile che con tale ultima affermazione sia stata sostanzialmente accolta l'idea che le esimenti di cui all'art. 2497, comma 1, ultimo periodo, c.c., possano operare anche in favore di una capogruppo pubblica, non essendovi alcuna incompatibilità teorica e strutturale, non può essere sottaciuto che, da un punto di vista pratico, soprattutto quando ci si riferisca a procedure volte all' «*integrale eliminazione del danno*», sarà necessario confrontarsi, in simili circostanze, con la mancata coincidenza tra il soggetto che assume le decisioni di indirizzo e quello che gestisce il potere di spesa degli enti territoriali⁷⁰.

Chiarite, dunque, le questioni – per vero, ormai abbastanza pacifiche – relative all'«*ubi consistam*» dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale in presenza di un interesse pubblico e all'applicabilità, nei medesimi casi, dei «vantaggi compensativi», appare ora opportuno soffermarsi sul dibattuto tema attinente alla facoltà dell'ente locale di perseguire quell'«interesse imprenditoriale proprio o altrui» richiesto dall'art. 2497, comma 1, c.c.

Come anticipato, argomentano in senso negativo coloro i quali, partendo dal presupposto che la norma di esenzione trovi la sua ragion d'essere nell'impossibilità dello Stato di finalizzare le proprie condotte allo scopo

⁶⁹ Le affermazioni in corsivo sono ancora tratte da Cass. Civ., sez. III, 1 giugno 2021, n. 15276, cit.

⁷⁰ In questo senso, cfr. G. ROMAGNOLI, *L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici*, cit., 219, il quale sottolinea come tale modalità sussidiaria di compensazione potrebbe risultare problematica negli enti locali in quanto, mentre la rappresentanza esterna e l'individuazione degli indirizzi politici – con la possibilità di arrecare un danno alla partecipata – è affidata al Governatore o al Sindaco (artt. 48-50, T.U.E.L.), il potere di spesa – e, dunque, l'eventuale erogazione delle risorse necessarie alla riparazione – è affidato ai dirigenti (art. 107, T.U.E.L.).

imprenditoriale⁷¹, tendono, per la stessa ragione, ad estenderne l'ambito applicativo di favore anche a Regioni e Comuni: tali enti, infatti, svolgendo di norma attività d'impresa a carattere marginale e accessorio, sarebbero ontologicamente inidonei a integrare i requisiti di cui all'art. 2497 c.c. e, quindi, risulterebbero assimilabili all'ente politico centrale in punto di regime applicabile⁷². La tesi positiva è, invece, prospettata dagli interpreti che considerano il regime di esonero un privilegio eccezionale da interpretarsi in senso restrittivo⁷³, e, in quanto tale, operante nei confronti degli enti territoriali solo qualora si dimostri in concreto – non essendovi alcuna preclusione *ex ante* – che questi detengano la partecipazione in società per motivi diversi dalla «*propria attività imprenditoriale*» ovvero da «*finalità di natura economica o finanziaria*».

⁷¹ Cfr., in merito, gli Autori citati in nt. 60.

⁷² D'altronde, già prima dell'entrata in vigore del d.l. 78/2009, escludeva l'applicabilità dell'art. 2497 c.c. nei confronti degli enti locali, in quanto non portatori di un interesse imprenditoriale, R. WEIGMANN, *Le imprese di servizi pubblici locali dopo la riforma societaria*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2005, 4091; per l'attribuzione all'art. 19, comma 6, di una portata interpretativa più ampia rispetto alla mera esclusione dello Stato, si vedano M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, cit., 1193; M. PASSALACQUA, *Il gruppo economico nelle nuove direttive appalti e concessioni. Prolegomeni ai processi nazionali di aggregazione di società partecipate*, in AA.VV., *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, a cura di A. Fioritto, Torino, Giappichelli, 2017, 263; K. MARTUCCI, *Profili di diritto singolare dell'“impresa”*, cit., 190; preferisce lasciare l'interrogativo aperto, G. SCOGNAMIGLIO, «*Clausole generali*», *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 33; per una critica alla tesi estensiva cfr., invece, F. FIMMANÒ, *Il caso Alitalia: l'abuso di eterodirezione del Mef*, cit., 618.

⁷³ In tal senso, E. CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, cit., 248; ID., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento dell'ente pubblico holding*, cit., 834; V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, 1° comma, c.c.*, cit., 189 ss.; P. PETTITI, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, Milano, Giuffrè, 2016, 71; ID., *Direzione e coordinamento, interesse e controllo analogo*, cit., 1093-1094; F. CUCCU, *Partecipazioni pubbliche e governo societario*, cit., 193; F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 87; E. MARCHISIO, *L'eterodirezione «pubblicistica»*, cit., 440; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi d'impresa*, cit., 45; V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1149; da ultimo, si veda M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, cit., 24.

Ebbene, quest'ultimo ragionamento – implicitamente suffragato dalla pronuncia sul caso *Alitalia* – oltre a risultare maggiormente compatibile, come si cercherà di dimostrare nelle pagine successive, con il dettato dell'art. 2082 c.c., sembrerebbe trovare conforto anche in una lettura *a contrario* dell'art. 2, lett. h) del C.C.I.I., così come modificato dal *Decreto Correttivo*⁷⁴. Infatti, a seguito della novella, la disposizione testé richiamata, nell'individuare i soggetti inadatti all'inclusione all'interno della definizione di «gruppo di imprese» ai fini della sottoposizione a procedure concorsuali, non fa più riferimento – come accadeva nel testo previgente – soltanto allo Stato, ma richiama anche, espressamente, gli «enti territoriali»⁷⁵. Ciò varrebbe a dimostrare che il legislatore, quando ha voluto includere enti siffatti nell'ambito di norme di esenzione (com'è, per l'appunto, quella in materia di crisi), lo ha fatto in maniera esplicita, in ossequio al principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*⁷⁶. Non avendo, invece, effettuato la medesima precisazione nell'art. 19, comma 6, con riguardo all'alveo applicativo dell'esenzione da responsabilità, appare difficile già solo testualmente sostenere la riconducibilità dell'esclusione ivi sancita anche agli enti locali⁷⁷.

6. Enti locali imprenditori.

Rilevandosi la non decisività, a sostegno della tesi quanto più restrittiva possibile in merito all'ampiezza da attribuire alla norma di interpretazione

⁷⁴ Cfr. d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, cit.

⁷⁵ Peraltro, per una (giusta) critica all'approssimazione del dettato legislativo originale, ora emendato dal suddetto *Decreto Correttivo*, si veda G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, cit., 418.

⁷⁶ Anche perché, come sostenuto da F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 88, non è pensabile che nella formulazione dell'art. 19, comma 6, il legislatore non abbia considerato l'esistenza di enti territoriali diversi dallo Stato che, istituzionalmente, non svolgono un'attività imprenditoriale.

⁷⁷ Infatti, E. CODAZZI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento dell'ente pubblico holding*, cit., 834, segnala correttamente come l'aggiunta della categoria degli enti territoriali nell'esclusione testualmente prevista dall'art. 2, comma 1, lett. h), C.C.I.I., rilevi solo rispetto allo specifico ambito di applicazione della normativa di settore, anche perché, altrimenti, non sarebbe peregrino immaginare un'illegittimità per eccesso di delega.

autentica, dell'argomento testuale *ex art. 2, lett. h)*, C.C.I.I., isolatamente considerato, né, men che meno, di una lacuna – non si sa neanche quanto consapevole – di matrice giurisprudenziale, per verificare se gli enti territoriali siano ontologicamente compatibili con l'interesse imprenditoriale richiesto quale connotato finalistico dall'art. 2497, comma 1, c.c., è opportuno approfondire, tanto sulla base di riflessioni tradizionali quanto alla luce di profili giuridici di più recente emersione, il significato della nozione di «impresa», che ne costituisce, chiaramente, il fondamento logico.

Tra i vari predicati necessari affinché un'attività possa essere definita come imprenditoriale ai sensi dell'art. 2082 c.c., l'aspetto su cui è necessario soffermarsi con maggior attenzione, per quanto qui d'interesse, è senza dubbio quello dell'«economicità»⁷⁸, il cui reale significato – non potendosi considerare tale qualificazione implicitamente assorbita all'interno del concetto di «attività produttiva»⁷⁹ – è ancora oggetto di discussione. Benché l'art. 2082 c.c. non ne faccia menzione, una parte della dottrina tradizionale, concentrando l'analisi sul piano delle intenzioni dell'agente, sosteneva che potesse qualificarsi come imprenditore solo colui che finalizzasse l'esercizio della propria attività

⁷⁸ Sul punto cfr. P. SPADA, voce «*Impresa*», in *Digesto, Disc. priv. Sez. comm.*, vol. VII, Torino, Utet, 1992, 40.

⁷⁹ Sulla non corrispondenza tra attività «economica» e attività «produttiva», si vedano, tra molti, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. Diritto dell'impresa*, a cura di M. Campobasso, 6^a ed., Torino, Utet, 2012, 31; C. ANGELICI, *Diritto Commerciale*, vol. I, Roma-Bari, Laterza, 2002, 33; V. BUONOCORE, voce «*Impresa (dir. priv.)*», in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, 784; E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, Torino, Giappichelli, 1999, 38, secondo cui la tesi che ritiene ridondante il linguaggio legislativo sconfiggerebbe un difetto di tecnicismo, non percependo l'avvenuta attribuzione di una rilevanza giuridica ad un termine di uso comune; ancora oggi, tuttavia, in A. GRAZIANI – G. MINERVINI – U. BELVISO – V. SANTORO, *Manuale di diritto commerciale*, 17^a ed., Milano, Cedam, 2017, 36, si sostiene che la qualificazione in termini di economicità dell'attività *ex art. 2082 c.c.* sia da considerarsi pleonastica, in quanto tale attributo sarebbe già ricompreso nella nozione di «attività produttiva»; in senso conforme cfr. anche G. AULETTA – N. SALANITRO, *Diritto Commerciale*, 18^a ed., Milano, Giuffrè, 2010, 5, nonché la tradizionale impostazione di W. BIGIARI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, Cedam, 1948, 50.

all'ottenimento di un profitto personale⁸⁰. L'imprescindibilità di tale movente, definibile in termini di lucro «soggettivo», risulta ad oggi anacronistica essenzialmente perché la *ratio* della disciplina – sia generale che settoriale – dell'impresa è volta anche, se non essenzialmente, a tutelare i terzi che entrano in contatto con essa, conseguendo l'applicazione delle relative disposizioni al solo verificarsi di dati esteriori e oggettivi⁸¹. D'altronde, se così non fosse, sarebbe difficilmente comprensibile la scelta del legislatore che, nell'ambito della già citata recente riforma degli E.T.S., rivisitando, seppur non nei suoi elementi essenziali, la nozione di impresa sociale, abilita al conseguimento di tale qualifica tutti gli enti privati, anche costituiti in forma societaria, che esercitino un'attività d'impresa di interesse generale «*per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale*», purché «*senza scopo di lucro*»⁸². Limitandosi in questa sede ad alcune osservazioni di ampio respiro utili all'analisi sistematica della questione e con la riserva di soffermarsi sulle specificità degli enti *non profit* all'interno dell'ultimo Capitolo, è sufficiente porre in evidenza che, sebbene all'impresa sociale sia precluso

⁸⁰ In argomento, cfr. G. AULETTA – N. SALANITRO, *Diritto Commerciale*, cit., 6, in cui sembrerebbe prevalere la tesi che ritiene imprescindibile l'intento di ottenere dei ricavi (a prescindere dalla loro obiettiva realizzazione) che superino i costi, consentendo di realizzare un guadagno; in senso analogo pareva porsi anche A. ARENA, *Contributo alla sistemazione giuridica degli enti pubblici che esercitano un'attività economica*, in AA.VV., *Impresa e Società. Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, vol. I, Napoli, Morano, 1968, 39 ss., il quale distingue tra «lucro», concetto estraneo all'imprenditore in senso giuridico, e «intento di lucro», da ritenersi, invece, imprescindibile ai fini dell'esercizio di un'impresa; nel senso della necessaria presenza di un lucro «soggettivo» sembrano anche G. BONFANTE – G. COTTINO, *Trattato di Diritto commerciale*, vol. I, Padova, Cedam, 2001, 435 ss.; per una chiara e incisiva indicazione delle argomentazioni giuridiche poste a sostegno della tesi appena citata, G. MARASÀ, *Impresa, scopo di lucro ed economicità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2014, fasc. 1, 34-35.

⁸¹ In tal senso, *ex multis*, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. Diritto dell'Impresa*, cit., 35; G. MARASÀ, *Impresa, scopo di lucro ed economicità*, cit., 33; E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, cit., 76 ss.; in giurisprudenza, emblematica in questo senso è Cass. Civ., sez. I, 6 agosto 1979, n. 4558, in *Giustizia Civile*, 1980, I, fasc. 10, 2267 (con nota di P. SPADA, *Note sull'argomentazione giuridica in tema d'impresa*), secondo cui ai fini della sussistenza dell'attività d'impresa «*gli elementi teleologici possono assumere rilievo giuridico solo sul piano oggettivo, in quanto si obiettivizzano nel modo di svolgimento della medesima attività*».

⁸² Cfr. art. 1, comma 1, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112.

l'esercizio in forma lucrativa dell'attività – da intendersi, in termini soggettivi, come divieto di distribuzione di utili ai soci⁸³ – essa rientri per espressa previsione legislativa nella fattispecie di cui all'art. 2082 c.c.: di conseguenza, non potrà che confermarsi l'inessenzialità dello scopo di profitto personale ai fini della configurazione dell'impresa⁸⁴.

È, quindi, chiaro che, non potendo dipendere la qualificazione di una fattispecie e l'applicazione delle relative disposizioni dai fini o moventi psicologici dell'agente, l'indagine debba soffermarsi su quelle modalità dell'attività che siano oggettivamente verificabili. In particolare, è discusso se quest'ultima debba essere astrattamente idonea a realizzare un *surplus*, un avanzo di gestione (lucro cd. «oggettivo»), a prescindere dalla destinazione successiva dello stesso⁸⁵.

⁸³ È bene precisare, sul punto, che mentre l'art. 8, comma 2, C.T.S., per gli E.T.S. intesi come *genus*, vieta categoricamente la distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, la disciplina introdotta dall'art. 3, comma 3, *decreto IS*, con riguardo all'impresa sociale, seppur sia formalmente richiamata la regola generale, risulta, ad un'attenta lettura, molto più permissiva. In senso critico rispetto alla legge delega, dai cui criteri già emergeva l'adozione di tale soluzione, che permette alle sole imprese sociali di superare, almeno in parte, il divieto di lucro «soggettivo», si veda G.D. MOSCO, *L'impresa non speculativa*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2017, I, fasc. 2, 226-227.

⁸⁴ Valorizza il riferimento all'impresa sociale in questo senso anche A. NIGRO, *Gli imprenditori collettivi non societari nel diritto della crisi*, in *Rivista delle Società*, 2020, fasc. 5-6, 1599.

⁸⁵ Parla di scopo *lato sensu* lucrativo, M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, cit., 1194; ritengono necessario lo scopo di lucro, benché soltanto in senso oggettivo, F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società «a partecipazione mista» pubblico-privata*, cit., 574; V. OTTAVIANO, voce «*Impresa Pubblica*», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1965, 670; G. FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, 15^a ed., Milano, Utet, 2016, 30-31; F. FERRARA jr. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 15^a ed., Milano, Giuffrè, 2011, 26 s.; in senso analogo pare porsi anche V. BUONOCORE, voce «*Impresa (dir. priv.)*», cit., 784, il quale critica la tesi più restrittiva, enunciata di seguito nel testo, ritenendola fondata su un'inversione argomentativa; W. BIGIARI, *La professionalità dell'imprenditore*, cit., 77, pur negando l'imprescindibilità dello scopo di lucro – seppur correlato al predicato della professionalità, piuttosto che dell'economicità – sosteneva comunque la necessità di un generico scopo egoistico per la qualifica di imprenditore; in senso sostanzialmente analogo a tale ultima affermazione A. GRAZIANI – G. MINERVINI – U. BELVISO – V. SANTORO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 38-39.

L'accoglimento di una simile ipotesi, che finirebbe, se declinata in modo rigoroso⁸⁶, per negare l'applicabilità della disciplina dell'imprenditore – tra gli altri – anche agli enti pubblici, sembra, però, non tener conto della volontà del legislatore di ricondurre tutte le forme di impresa sotto una nozione unitaria⁸⁷.

Pertanto, la dottrina ha opportunamente ritenuto che l'elemento necessario e, allo stesso tempo, sufficiente ai fini dell'applicabilità della disciplina di cui all'art. 2082 c.c. sia rappresentato dallo svolgimento dell'attività secondo il metodo economico⁸⁸, che consenta di ottenere entrate sufficienti a coprire i costi di produzione⁸⁹. L'obbligo o meno di rispettare questo vincolo gestionale

⁸⁶ Definendo il lucro «oggettivo» come mera attitudine dell'attività alla produzione di un reddito, invece, G. FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, cit., 30-31, riesce a ricomprendere all'interno della nozione anche l'attività svolta da enti pubblici e cooperative; in senso analogo, F. FERRARA jr. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., 27, secondo cui il fatto che l'impresa pubblica non produca utili costituisce una scelta gestionale e politica non legata al carattere dell'attività; addirittura A. ARENA, *Contributo alla sistemazione giuridica degli enti pubblici che esercitano un'attività economica*, cit., 41, partiva dal presupposto che l'ente pubblico economico difficilmente, in concreto, potesse non avere intento lucrativo, inteso come volontà di incrementare il patrimonio; anche W. BIGIARI, *La professionalità dell'imprenditore*, cit., 84, nel sostenere la necessità di un mero scopo egoistico ai fini della configurazione di un'impresa, affermava che quest'ultimo potesse ravvisarsi anche nell'attività svolta da un soggetto pubblico.

⁸⁷ In tal senso, F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 66; conformemente anche V. OTTAVIANO, voce «Impresa Pubblica», cit., 674 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. Diritto dell'Impresa*, cit., 35; l'unitarietà della nozione, secondo E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, cit., 54 ss., non subirebbe alcuna compromissione quand'anche si riconoscesse la possibilità che l'economico trovi diversa declinazione a seconda della forma organizzativa dell'impresa.

⁸⁸ Secondo E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, cit., 50, la considerazione che l'economico rilevante ex art. 2082 c.c. rappresenti un canone di governo dell'impresa consente di individuare un unico paradigma dell'azione imprenditoriale a fronte di una pluralità di modalità devolutive del risultato; A. GENOVESE, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Padova, Cedam, 1990, 27 ss., ritiene, invece, che il criterio del pareggio di bilancio, pur essendo conforme all'attività degli enti pubblici, non soddisferebbe le esigenze dell'imprenditore privato, la cui azione dovrebbe incentrarsi sul metodo del cd. «*tornaconto*», inteso come regola di gestione volta a realizzare il massimo risultato utile col minimo sforzo.

⁸⁹ In tal senso, P. SPADA, voce «Impresa», cit., 51, il quale condivide l'idea che l'economicità, richiesta come presupposto dall'art. 2082 c.c. ai fini della configurabilità di un'impresa, prescinda dallo scopo di lucro e si risolva «*nella stimata remunerazione dei fattori della produzione, nella determinazione dei prezzi*

rappresenterà, quindi, il *discrimen* tra un ente pubblico qualificabile come imprenditore⁹⁰ e un ente che imprenditore non è, quantunque produca beni o servizi⁹¹. Dunque, il Comune o la Regione che detengano partecipazioni in società e le gestiscano adoperandosi per il pareggio di bilancio, pur non potendosi qualificare come enti pubblici economici – con la conseguenza di non essere sottoposti al relativo regime – dovranno comunque sottostare, quantomeno, al cd.

dei beni ceduti e dei servizi prestati in misura sufficiente a «bilanciare» spese generali, interessi passivi e ammortamenti»; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. Diritto dell'Impresa*, cit., 35 ss.; C. ANGELICI, *Diritto Commerciale*, cit., 33; F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 67; P.G. JAEGER – F. DENOZZA – A. TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e Società*, 7^a ed., Milano, Giuffrè, 2010, 15; sottolinea come l'economicità vada valutata *ex ante* e non *ex post*, G. MARASÀ, *Impresa, scopo di lucro ed economicità*, cit., 41; conformemente, E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, cit., 86, la quale afferma che «l'oggettivo orientamento dell'agire verso un risultato economico è fondato sulla previsione di un risultato rigenerativo, al cui perseguimento è programmata l'azione», ma che tale risultato non necessariamente dovrà essere conseguito perché si possa discorrere di opera imprenditoriale.

⁹⁰ D'altronde, l'applicazione del criterio di economicità all'azione degli enti di gestione era già sancita dall'art. 3, l. n. 1589/1956 (istitutiva del Ministero delle partecipazioni statali); sul punto cfr. G. ROSSI, *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1970, fasc. 1, 237 ss.; G. COTTINO, *Partecipazione pubblica all'impresa privata e interesse sociale*, in AA.VV., *Impresa e Società. Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, vol. I, Napoli, Morano, 1968, 376 ss.; peraltro, sottolinea correttamente E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, cit., 222 ss., che l'abrogazione della norma qui citata, conseguente alla soppressione del Ministero delle partecipazioni statali e alle privatizzazioni, ha determinato la scomparsa di un argomento meramente formale posto a sostegno dell'inessenzialità dello scopo di lucro, senza incidere sulla sostanza del discorso.

⁹¹ Tra questi ultimi, in particolare, in F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 68, si individuano gli enti cd. «di protezione sociale», che non alimentano il capitale di gestione mediante il corrispettivo derivante dai propri beni e servizi (che vengono, invece, offerti gratuitamente o a prezzo politico, insufficiente, in quanto tale, a coprire i costi di produzione), ma attraverso erogazioni provenienti da altre fonti, come lo Stato o l'esazione di contributi obbligatori; in termini, V. OTTAVIANO, voce «*Impresa Pubblica*», cit., 670 s.; sottolinea ancora G. MARASÀ, *Impresa, scopo di lucro ed economicità*, cit., 42 s., come, al fine di distinguere un'attività d'impresa da quella di mera erogazione, l'equilibrio necessario per integrare il requisito dell'economicità possa essere raggiunto non solo mediante i corrispettivi richiesti ai fruitori dei beni o servizi, ma anche attraverso contributi integrativi o sostitutivi, qualora questi siano valutabili preventivamente nell'*an* e nel *quantum*.

Statuto generale dell'imprenditore⁹². E allora, se gli enti locali possono assumere la qualifica di cui all'art. 2082 c.c.⁹³, *ça va sans dire* che gli stessi potranno operare secondo una logica «imprenditoriale», soddisfacendo astrattamente anche tutti i requisiti richiesti dalla fattispecie *ex art.* 2497, comma 1, c.c.

Stando così le cose, l'eventuale imputabilità della responsabilità da eterodirezione abusiva nei confronti di Regioni o Comuni che s'ingeriscano nella gestione delle partecipate sarebbe unicamente condizionata alla verifica delle finalità che tali soggetti effettivamente si propongano di realizzare per mezzo della

⁹² Come segnalato in F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub *art.* 2497, cit., 85, dunque, gli si applicheranno le norme relative all'impresa in genere, come quelle sull'azienda, sui segni distintivi e sulla concorrenza; *contra* A. ARENA, *Contributo alla sistemazione giuridica degli enti pubblici che esercitano un'attività economica*, cit., 31, il quale sosteneva che gli enti pubblici cd. necessari non potessero mai diventare imprenditori, in quanto impossibilitati per natura allo svolgimento di un'attività economica di natura professionale; in senso conforme alla tesi appena richiamata anche M. CASANOVA, *Svolgimento delle imprese pubbliche in Italia*, in AA.VV., *Impresa e Società. Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, vol. I, Napoli, Morano, 1968, 353, il cui contributo, scritto – è bene ricordarlo – in un'epoca in cui la partecipazione pubblica in società era affidata prevalentemente ad enti di gestione appositamente costituiti e non al controllo diretto di enti territoriali, si dimostra fortemente influenzato da retaggi esegetici derivanti dall'analisi del previgente codice di commercio. La soluzione teorica enunciata nel testo, in realtà, è criticata anche da chi, come P. SPADA, voce «*Impresa*», cit., 71, ritiene non ammissibile, in quanto fondata su una nozione «*totalizzante e reificata*» dell'imprenditore, la disapplicazione dell'intero regime dedicato all'imprenditore commerciale – e non delle sole norme espressamente richiamate nel Codice Civile – nei confronti di quegli enti che non abbiano come oggetto *esclusivo o principale* un'attività commerciale; nel medesimo senso anche G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. Diritto dell'Impresa*, cit., 78, il quale, mancando la relativa norma di esonero, propende per un obbligo di tenuta delle scritture contabili anche da parte degli enti pubblici esercenti attività commerciale in via accessoria. Peraltro, come si avrà modo di vedere nel Capitolo successivo, la questione relativa all'ampiezza da attribuirsi alla disposizione di cui all'art. 2201 c.c. assume notevole rilevanza anche con riguardo ai fini della disciplina applicabile ad associazioni e fondazioni esercenti un'attività imprenditoriale.

⁹³ Il che, peraltro, risolverebbe il problema di poterli considerare come soggetti legittimati all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, quand'anche quest'ultima, come sostenuto dalla maggior parte degli interpreti, fosse considerata come attività necessariamente d'impresa. Sulla dottrina che propende per tale interpretazione cfr. Cap. I, nt. 36.

partecipazione sociale⁹⁴. Infatti, soltanto nel caso in cui, sul piano concreto, si riesca a dimostrare che lo scopo perseguito non rientri nelle ipotesi tipizzate nell'ultima parte dell'art. 19, comma 6, l'esonero ivi sancito opererà anche nei confronti degli enti *de quibus*, i quali, in caso contrario, saranno, invece, assoggettabili allo speciale statuto di responsabilità *ex art.* 2497, comma 1, c.c.⁹⁵, quand'anche utilizzassero il modello *in house*⁹⁶.

⁹⁴ A meno di non voler considerare la detenzione di partecipazioni già di per sé astrattamente idonea ad integrare la finalità imprenditoriale o di natura economico-finanziaria, come si è visto *supra* (cfr., in particolare, nt. 41).

⁹⁵ D'altronde, che gli enti locali siano astrattamente sottoponibili allo speciale regime di responsabilità sembra ormai pacifico nelle pronunce della giurisprudenza di merito: sul punto è assolutamente da richiamare Trib. Napoli, sez. Impr., 7 novembre 2019, in *Società*, 2020, fasc. 3, 344 ss., con nota di F. FIMMANÒ, *Ente Pubblico-Holder e responsabilità per abuso di eterodirezione*, che, alla luce dell'idoneità della generica espressione «finalità di natura economica e finanziaria» a ricomprendere gli obiettivi che il soggetto pubblico territoriale può perseguire mediante l'utilizzo di società partecipate, ha dichiarato, sul piano astratto, l'ammissibilità della responsabilità dell'abuso di eterodirezione in capo ad un ente locale. Nel caso di specie, il Tribunale è, peraltro, giunto anche ad una condanna in concreto nei confronti della Provincia di Caserta, cui veniva imputata una condotta svolta in violazione dei principi di corretta gestione, avendo l'ente agito nell'interesse proprio da «*individuarsi nell'interesse economicamente rilevante ad assicurare la continuazione della gestione del servizio di trasporto pubblico, riversando esclusivamente sulla società partecipata i risultati negativi della gestione in perdita, così traendone vantaggio in pregiudizio della stessa*»; l'astratta applicabilità dell'art. 2497 c.c. nei confronti dell'ente locale diverso dallo Stato, peraltro, è stata recentemente riconfermata in modo espresso anche da Trib. Roma, sez. Impr., 18 febbraio 2021, cit., che, tuttavia, in concreto non ha ritenuto assolto il relativo onere probatorio della società attrice nei confronti del Comune di Colleferro.

⁹⁶ È evidente che, date le caratteristiche delle società in questione, l'azione di responsabilità sarebbe sostanzialmente appannaggio dei soli creditori. In termini di ammissibilità, cfr., in giurisprudenza, Trib. Palermo, sez. Impr., 28 aprile 2021, cit., chiamato a pronunciarsi sull'esperibilità dell'azione risarcitoria nei confronti di una società *in house* il cui socio unico era il Comune di Palermo, dopo che Cass. Civ., SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22406, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2019, II, fasc. 6, 1382 ss. (con nota di M. COSSU, *Le Sezioni Unite affermano la giurisdizione ordinaria su tutte le società a partecipazione pubblica*), aveva affermato la giurisdizione del G.O.; in dottrina si vedano E. CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, cit., 261 ss., ove trovano anche spazio cenni sulla direzione e coordinamento congiunta su società *in house* pluri-partecipata; in termini possibilisti cfr. anche C. PECORARO, *Sul controllo analogo nelle società in house providing*, cit., 350 ss.; E. MARCHISIO, *L'eterodirezione «pubblicistica»*, cit., 448-449, condivisibilmente,

7. Considerazioni a margine di una soluzione ancora poco appagante.

L'affermata compatibilità degli enti territoriali con lo speciale regime di responsabilità da eterodirezione abusiva consente di concludere nel senso della natura eccezionale da attribuirsi alla norma di cui all'art. 19, comma 6, d.l. n. 78/2009, la cui formula di esenzione – non essendo, come dimostrato attraverso l'analisi della nozione di economicità *ex art. 2082 c.c.*, espressione di un ragionamento di carattere sistematico, ma esito di motivi di stretta contingenza politica – potrà essere applicata nei soli confronti dello Stato. Da una siffatta interpretazione restrittiva del decreto *Anticrisi*, conseguirebbe, peraltro, che l'esclusione stabilita dal legislatore debba essere limitata unicamente alla norma sulla responsabilità (e a quelle, come l'art. 2497-*quater*, lett. b), c.c. concettualmente inscindibili da quest'ultima) lasciando impregiudicata, viceversa, la sottoposizione dell'ente politico centrale alle altre disposizioni contenute nel Capo IX⁹⁷.

Per quanto possa apparire *prima facie* appagante, una soluzione così congegnata continuerebbe comunque a mostrarsi poco incline a soddisfare le esigenze di salvaguardia degli interessi considerati rilevanti da una disciplina dei gruppi che, seppur soggetta a revisione critica, deve continuare a interpretarsi anche

ritiene che, mentre avrebbe un senso disapplicare le norme di diritto societario comune quando poste a presidio dell'autonomia decisionale della stessa società *in house*, in virtù del potere di ingerenza ben più penetrante di quello codicistico esercitato dell'ente pubblico controllante, non troverebbe alcuna logica spiegazione la disapplicazione delle disposizioni a tutela dei terzi, quali ad esempio l'art. 2497-*bis* c.c. e l'art. 2497-*quinquies* c.c.; in realtà, in dottrina, l'impostazione interpretativa secondo cui si applicherebbe, nei confronti del socio pubblico, il regime di responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. anche in presenza di un pregiudizio ai creditori della società *in house* è osteggiata da A. VALZER, *Controllo analogo, governance e responsabilità nelle società in house*, cit., 1066 ss., il quale, di contro, ritiene non vi siano ragioni per escludere l'applicazione degli artt. 2394 e 2395 c.c. qualora eventuali disposizioni del socio dominante abbiano comportato lesioni al patrimonio sociale o diretto pregiudizio ai terzi.

⁹⁷ In questo senso cfr. anche V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, 1° comma, c.c.*, cit., 190.

– se non soprattutto – in termini di *Schutzrecht*. Infatti, ad esclusione dell'azione di cui al secondo comma dell'art. 2497 c.c., continuerebbero ad essere pressoché inapplicabili le tutele approntate da quest'ultima disposizione nei confronti di soci esterni e creditori di società controllate dallo Stato (*rectius*, dal M.E.F.). Pertanto, onde evitare di pretermettere le *rationes* poste a fondamento dell'azione di responsabilità, che, come visto, rimangono invariate a prescindere dalla natura del soggetto esercente attività di direzione e coordinamento⁹⁸, parrebbe auspicabile un *revirement* normativo in merito alla posizione dell'ente politico centrale. In altri termini, sarebbe opportuno che anche con riguardo allo Stato, invece di procedersi ad un'esclusione *ex ante* dalla responsabilità, si prevedesse una valutazione in concreto dell'interesse perseguito con la partecipazione in società, onde poi farne conseguire, solo nel caso in cui venisse riscontrato che quest'ultimo non abbia natura imprenditoriale o economica e finanziaria, l'esenzione dal peculiare regime previsto in caso di abuso di eterodirezione. Come si è avuto modo di verificare, nessun contributo a tale dibattito è stato fornito dalla recente pronuncia della Cassazione, che si è limitata ad affermare l'insussistenza – in concreto – di condotte del M.E.F. qualificabili come attività di direzione e coordinamento, senza, però, affrontare tematiche di maggior rilevanza sotto il profilo sistematico. La lettura qui proposta – che renderebbe ammissibile anche un'evoluzione giurisprudenziale sul punto, ad oggi impensabile in quanto *contra legem* – oltre a consentire una tutela più pregnante a favore di soci esterni e creditori, che non sarebbero egualmente garantiti anche qualora si aderisse all'idea che l'Amministrazione statale possa essere sottoposta all'ordinaria azione di responsabilità civile⁹⁹, potrebbe peraltro svolgere una funzione deterrente e sanzionatoria nei confronti delle PP.AA. che si rifiutino di alienare le proprie partecipazioni non rispettose dei requisiti del

⁹⁸ E il discorso dovrebbe valere, a maggior ragione, quando i due termini di paragone siano entrambi rappresentati da soggetti pubblici, l'uno di natura statale e l'altro a carattere locale.

⁹⁹ Si tratterebbe, come detto, di uno strumento affidato comunque alla discrezionalità della società controllata.

T.U.S.P.P.¹⁰⁰, incentivandole a procedere alle misure di razionalizzazione previste dalla legge.

¹⁰⁰ Secondo la Revisione straordinaria di cui alla nt. 9, infatti, le Amministrazioni avrebbero espresso la volontà di non regolarizzare circa il 56% delle partecipazioni non conformi al T.U.S.P.P.

CAPITOLO III

SOMMARIO: 1. Il cd. *Terzo Settore*. – 2. L'esercizio di un'impresa (anche commerciale) da parte di fondazioni e associazioni. – 3. Impresa e C.T.S. – 4. La *holding non profit* e la disciplina applicabile. – 5. (*segue*) L'ente eterodiretto e il rischio di «inquinamento» dei fini. – 6. Il particolare statuto dell'impresa sociale. – 7. (*segue*) Da «direzione e controllo» a «direzione e coordinamento». – 8. Conclusioni.

1. Il cd. *Terzo Settore*.

Come si è avuto modo di vedere nella parte conclusiva del Capitolo precedente, l'esercizio di un'attività d'impresa non presuppone necessariamente il perseguimento di uno scopo di lucro, potendo, dunque, immaginarsi, senza il rischio di cadere in contraddizione, che essa sia svolta da enti collettivi non societari e non lucrativi¹. Partendo da questa basilare considerazione, l'ultima parte della trattazione sarà focalizzata sulla verifica della possibilità che tali soggetti *non profit*, in special modo associazioni e fondazioni, possano svolgere il ruolo di *holding* in un gruppo d'imprese o, in alcuni specifici casi, addirittura essere sottoposti all'altrui direzione unitaria, ricercandone, in caso di risposta positiva, lo statuto applicabile.

In sostanza, volendo inquadrare la questione in una più ampia cornice sistematica, si andrà ad esaminare una possibile ipotesi di interferenza tra le disposizioni di diritto societario e la disciplina di alcuni di quegli enti che, utilizzando la tradizionale nozione nordamericana, appartengono al cd. *Terzo Settore*².

¹ G.D. MOSCO, *L'impresa non speculativa*, cit., 217 (nt. 5), invece della locuzione richiamata nel testo, preferisce utilizzare quella di «impresa non speculativa», che, pur se tendenzialmente sinonimica, consente, *in primis*, di evitare confusione tra lucro soggettivo ed oggettivo e, in seconda istanza, ricomprende in sé anche attività che, sebbene siano lucrative, non sono caratterizzate dall'exasperata ricerca del profitto personale.

² L'espressione è stata coniata nel dibattito nordamericano di inizio anni '70 per individuare tutto ciò che si pone tra *Stato* e *Mercato* e, come segnalato da M. GORGONI, *Il Codice del Terzo Settore tra luci ed ombre*, in AA.VV., *Il Codice del Terzo Settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, a cura di M. Gorgoni, Pisa, Pacini, 2018, 16, si è diffusa essenzialmente per la sua idoneità all'applicazione anche a sistemi giuridici diversi da quello in cui è stata utilizzata

A quest'ultimo sono generalmente riconducibili tutti quegli enti che cercano di sopperire alle carenze di efficienza dell'azione privata *for profit* o di quella di matrice pubblica nell'ambito di aree ad alta rilevanza sociale: in tali settori, infatti, il «*fallimento del contratto*» (o «*del mercato*»), dovuto ad un'incommensurabile differenza informativa tra venditore e acquirente in ordine alle caratteristiche e alle peculiarità dei beni o servizi prodotti o scambiati³, e il «*government failure*», derivante dall'inadeguatezza dell'offerta produttiva pubblica, parametrata unicamente al consumatore-medio⁴, rendono più conveniente affidare l'attività economica ad enti cd. «intermedi» tra *Stato* e *Mercato*⁵, privi di scopo di lucro⁶. Peraltro, la circostanza che il *Terzo Settore* sia stato recentemente oggetto, nel nostro ordinamento, di una riforma organica ad opera dei già citati d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (C.T.S.) e n. 112 (*decreto IS*), introduce un'ulteriore questione di natura interpretativa: difatti, una volta ammesso che le associazioni e le fondazioni,

per la prima volta; da un punto di vista etimologico, l'uso del termine «*third sector*» si fa tradizionalmente risalire al noto contributo di A. ETZIONI, *The Third Sector and Domestic Missions*, in *Public Administration Review*, 1973 (33), fasc. 4, 314 ss.

³ L'idea che, in alcune aree economiche, il «*fallimento del contratto*», come peculiare forma di «*market failure*», rende maggiormente efficiente il paradigma *non profit* fu teorizzata, nella dottrina statunitense, da H.B. HANSMANN, di cui si veda, in particolare, *The Role of Nonprofit Enterprise*, in *The Yale Law Journal*, 1980 (89), fasc. 5, 835 ss. (e, spec., pp. 843-844). L'Autore osserva, infatti, che, mentre l'ente lucrativo (venditore) avrebbe tutto l'interesse a sfruttare l'impossibilità del compratore di valutare compiutamente la qualità del prodotto per aumentare il proprio profitto, lo stesso incentivo non opererebbe qualora il soggetto non agisse istituzionalmente *for profit*.

⁴ Sul punto, si veda il filone interpretativo inaugurato da B.A. WEISBROD, e, in particolare, il suo saggio intitolato *The Nonprofit Economy*, Cambridge, Harvard University Press, 1988.

⁵ In proposito, anche con richiami alle tesi citate nelle note precedenti, si vedano, *ex multis*, le sintesi effettuate da A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, Giappichelli, 2003, 6-7; G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, Giappichelli, 1996, 1 ss.; E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, cit., 197 ss.

⁶ Per una definizione cfr. G.D. MOSCO, *L'impresa non speculativa*, cit., 217, il quale riconduce alla nozione di «impresa non speculativa» tutti quei soggetti che non abbiano come obiettivo quello di perseguire fini di speculazione privata, ma di produrre beni e servizi «alle condizioni più favorevoli, in termini di responsabilità sociale, di qualità, di costo, per chi ne fruisce, compatibilmente con l'economicità e l'efficienza della gestione imprenditoriale».

originariamente disciplinate dal solo Libro I del Codice Civile, possano integrare i requisiti di cui all'art. 2082 c.c. (e, spesso, anche quelli dell'imprenditore commerciale), sorgerà spontaneo chiedersi se vi siano differenze – ed, eventualmente, in cosa queste ultime consistano – qualora gli enti *de quibus* siano qualificabili anche come E.T.S. e siano, dunque, regolati dalla novella legislativa. Soltanto dopo aver risposto a questo interrogativo di vertice sarà, poi, possibile soffermarsi sull'attività di direzione e coordinamento degli enti *non profit* tanto con riguardo alla sua ammissibilità in senso stretto, quanto, in un secondo momento, in relazione al regime utilizzabile, soprattutto sotto il profilo della responsabilità.

Da un punto di vista metodologico, è bene sottolineare preventivamente come, pur essendo l'indagine finalizzata al medesimo scopo, si invertirà l'ordine di analisi rispetto al Capitolo precedente. Infatti, mentre nella ricerca dello statuto di responsabilità dell'ente pubblico capogruppo si è proceduto prendendo le mosse da argomenti particolari per poi verificare se vi fosse un'effettiva compatibilità, da un punto di vista ontologico, con la disciplina di cui all'art. 2497 del c.c. anche alla luce dei predicati di cui all'art. 2082 c.c., con riguardo ai soggetti *non profit*, facendo tesoro della disamina effettuata nelle pagine immediatamente precedenti, si principierà da temi generali per poi soffermarsi sui profili dotati di maggiore specificità. Peraltro, non trattandosi di Pubbliche Amministrazioni – per le quali sarebbe inimmaginabile già da un punto di vista logico l'assoggettamento ad eterodirezione – sarà da valutare non soltanto l'attitudine degli enti associativi o fondazionali a rivestire la funzione di *holding*, ma anche l'eventualità che essi possano assumere una posizione subordinata, divenendo, in particolari circostanze di cui si darà conto, oggetto di altrui ingerenze gestorie.

Orbene, svolta questa precisazione iniziale, considerata la centralità – più volte ribadita – dell'interesse imprenditoriale di cui all'art. 2497 c.c., è opportuno affrontare immediatamente, ai fini dell'ormai consueta verifica di compatibilità strutturale, il tema dei rapporti tra enti *non profit* e impresa, non soltanto alla luce del diritto positivo, ma anche grazie al copioso apporto della dottrina e giurisprudenza tradizionali.

2. L'esercizio di un'impresa (anche commerciale) da parte di fondazioni e associazioni.

Prima di potersi concentrare in maniera analitica sui rapporti tra gli E.T.S. e l'attività d'impresa è doveroso dar conto degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sviluppatisi sulla compatibilità della fattispecie di cui all'art. 2082 c.c. (e 2195 c.c.) con il modello associazionistico e fondazionale regolamentato dal Libro I del Codice Civile⁷, anche per poterne verificare l'attualità e riproducibilità con riguardo alla categoria di più recente emersione. Benché la questione sia stata oggi pacificamente risolta in senso positivo⁸, per pressoché unanime affermazione degli interpreti l'idea originale del legislatore del 1942 era quella di ritenere precluso – o, quantomeno, assolutamente marginale – l'esercizio di un'impresa da parte di enti il cui scopo altruistico-ideale non sarebbe stato realizzabile se non attraverso un'attività di mera erogazione⁹. Nel momento in cui, però, anche nella

⁷ Sul tema, cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Associazioni e attività di impresa*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1994, II, 582, il quale manifesta perplessità sulla mancata attenzione prestata sul punto all'interno del dettato codicistico benché il tema fosse ben noto alla dottrina e alla giurisprudenza formatasi nella vigenza del codice di commercio.

⁸ Lo affermano, tra i molti, ad esempio, A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2005, fasc. 3, 371, nonché G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., 163 ss.; di recente cfr. anche A. NIGRO, *Gli imprenditori collettivi non societari nel diritto della crisi*, cit., 1597 ss.

⁹ D'altronde, in modo conforme a quanto sostenuto nel testo si esprimeva, negli anni '60 del secolo scorso, anche P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in *Rivista delle Società*, 1967, 835-836, il quale, mediante l'utilizzo di una terminologia di matrice economica, definiva tale figura come «azienda di erogazione», assimilabile ai cd. enti sociali, in quanto incapace di destinare la propria attività (eventualmente anche economica ed organizzata) alla produzione o allo scambio di beni o servizi di cui all'art. 2082 c.c. In sostanza, nell'ambito di un simile modello cd. *grant making*, l'esercizio di un'attività imprenditoriale era tollerato unicamente quando secondario e finalizzato a produrre ricchezza utile al perseguimento del fine statutario, ponendosi, come sottolineato da A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, cit., 4, in termini di strumentalità *indiretta e mediata* rispetto al fine dell'ente; secondo l'insegnamento di F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, sub art. 36-38, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna, Zanichelli, 1967, 106, tale circostanza si verifica nell'ipotesi in cui l'impresa sia funzionale allo svolgimento di un'attività (non economica) principale dell'associazione, che, da sola, sia idonea alla

prassi, risultò essere venuto meno l'inscindibile rapporto tra tale finalità istituzionale e l'etero-destinazione dei risultati¹⁰, apparve evidente che, per far fronte al fallimento di *Stato e Mercato* di cui si è detto in premessa, le associazioni e le fondazioni potessero operare anche seguendo logiche di natura imprenditoriale (cd. modello *operating*)¹¹.

L'impresa, pur potendo costituire oggetto principale od esclusivo dell'attività¹², più frequentemente assumeva un ruolo secondario rispetto all'agire

realizzazione dei fini istituzionali dell'ente; sul modello fondato sull'erogazione, cfr., di recente, anche G.D. MOSCO, *L'impresa non speculativa*, cit., 218-219.

¹⁰ Infatti, dal punto di vista teleologico, sebbene la dottrina tradizionale tendesse a distinguere gli enti collettivi sulla base della auto-destinazione o etero-destinazione dei risultati dell'attività, oggi, come evidenziato da G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., 100, anche alla luce delle evoluzioni empiriche del fenomeno, è indubbio che esistano associazioni e fondazioni le quali, pur conservando la loro natura *non profit*, perseguono un obiettivo statutario diretto a procurare un vantaggio immediato ai propri membri; d'altronde, con riferimento alle fondazioni, già R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1968, I, 13 ss., sottolineava come, benché il legislatore avesse immaginato tale ente come finalizzato a scopi essenzialmente altruistici, nessun dato normativo era preclusivo rispetto alla possibilità che i fondatori potessero riservare a sé (o ai propri aventi causa) il diritto ai vantaggi derivanti dall'attività dell'ente, con ciò contribuendosi a dimostrare la sostanziale «neutralità» dello strumento organizzativo *de quo* rispetto agli scopi perseguiti; sulla circostanza che le associazioni possano realizzare (anche) scopi economici degli associati, diversi da quello lucrativo, cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Associazioni e attività di impresa*, cit., 583.

¹¹ Per una disamina su tale evoluzione si veda, in special modo, A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, cit., 4 ss.; nonché, per brevi cenni, G.D. MOSCO, *L'impresa non speculativa*, cit., 219, e U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi d'impresa*, cit., 158.

¹² Il che accade nel momento in cui sia la stessa attività di produzione di beni o servizi ad alto rilievo sociale a configurarsi come imprenditoriale: ciò pare integrare l'ipotesi definita da E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, cit., 181-182, come relazione funzionale, in forma *diretta*, tra attività economica e scopo dell'ente non lucrativo, finendo la prima per sovrapporsi con il secondo; sembra utilizzare una qualificazione differente, seppur invariata nella sostanza, A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, cit., 14, il quale, anche in casi simili, parla di strumentalità, seppur *diretta e immediata*, dell'impresa rispetto al fine istituzionale; d'altronde, dal punto di vista dogmatico, a prescindere dalla definizione che si preferisca, che non esistessero aprioristici limiti alla possibilità di una fondazione di gestire in via esclusiva un'impresa era affermato in Italia, già cinquant'anni fa, da R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 19-20 e da P. RESCIGNO, voce «*Fondazione (dir. civ.)*», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 811, nonché ID., *Fondazione e impresa*, cit., 837, il quale, però, considerava

prevalente dell'ente, risultando, però, quand'anche si fosse atteggiata in quest'ultima forma, non più come variante meramente tollerata, ma anzi, spesso, come utile completamento per la realizzazione dei fini istituzionali¹³.

Chiaramente, per poter addivenire a tale conclusione, dal punto di vista giuridico si rendeva necessario il superamento delle due principali argomentazioni su cui la dottrina e la giurisprudenza più risalenti avevano fondato la tesi dell'incompatibilità. Ci si riferisce, in primo luogo, alla tradizionale opinione secondo cui sarebbe stata proprio la natura – economica o meno – dell'attività esercitata a fungere da spartiacque tra il fenomeno societario e quello associativo, potendosi soltanto nel primo caso ritenere integrata la fattispecie oggettiva di cui all'art. 2082 c.c.¹⁴. In realtà, tale ipotesi ricostruttiva, come sottolineato nelle interpretazioni più recenti, è facilmente superabile se si considera che l'attività, a prescindere dalla sua qualificazione, è un semplice «mezzo» per conseguire lo scopo istituzionale di ciascun ente¹⁵, che rappresenta l'elemento effettivamente

tale forma organizzativa, denominata «*fondazione d'impresa*», come un caso di scuola nel nostro ordinamento, a differenza di quanto accadeva, invece, nella realtà tedesca.

¹³ In termini cfr. lo stesso A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, cit., 17, che, anche in questo caso, ritiene spesso sussistente un nesso di strumentalità *diretto e immediato* nonché, più genericamente, E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, cit., 182 ss.

¹⁴ In questo senso, con riguardo alle associazioni, si veda, per tutti, la classica ricostruzione di E. ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, Giuffrè, 1962, 53 ss.; in relazione alle fondazioni, cfr., invece, A. PREDIERI, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1969, 1134.

¹⁵ Si tratta, come definito brillantemente da G.F. CAMPOBASSO, *Associazioni e attività di impresa*, cit., 583, del cd. «*scopo-mezzo*»; ID., *Diritto Commerciale. Diritto dell'Impresa*, cit., 79; concorda con tale ricostruzione anche E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, cit., 179, sottolineando come l'economico nella fattispecie impresa riguardi il «*come*» dell'attività e non il suo «*perché*»; sul punto cfr. anche A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, cit., 43, il quale evidenzia come l'ente collettivo non societario non sia astrattamente incompatibile con l'esercizio di un'attività d'impresa, dovendosi, però, chiaramente, valutare in concreto l'attitudine di quest'ultima a realizzare lo scopo istituzionale del soggetto che la pone in essere, nonché G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., 164-165 e A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, cit., 371 (nonché ID., *Un raffronto tra società benefit ed enti non profit; implicazioni sistematiche e profili critici*, in *Rivista ODC*, 2017, fasc. 2, 2), il quale, prendendo spunto dalle illuminanti parole

caratterizzante¹⁶. Se così è, appare evidente che, dovendosi ormai ritenere anacronistica la valutazione basata sull'auto- o etero-destinazione del risultato produttivo, rilievo assorbente per individuare la categoria di appartenenza dell'ente collettivo fosse assunto dal perseguimento o meno del cd. lucro «soggettivo». Ebbene, i sostenitori della tesi negativa, partendo dal presupposto che il fine speculativo fosse indefettibile elemento della fattispecie di cui all'art. 2082 c.c., assumevano che gli enti del Libro I, vista l'insanabile divergenza tra la loro finalità ideale e lo scopo lucrativo¹⁷, fossero ontologicamente incompatibili con l'esercizio

di P. SPADA, voce «*Impresa*», cit., 69, rileva la *de-specializzazione* delle figure associative rispetto alla fattispecie-impresa; anche in F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 71 ss., emerge la compatibilità dell'attività economica tanto con le associazioni (spec. 71) quanto con le fondazioni (spec. 76); con specifico riguardo agli enti di fatto, si veda, invece, in dottrina, il contributo di A. GIAMPIERI, *Partecipazione di enti di fatto in società di capitali*, in *Rivista del diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, 1990, I, fasc. 3-4, 210-211; d'altronde, anche la giurisprudenza di legittimità, benché con alcuni distinguo che verranno evidenziati appena *infra*, aveva già accolto la tesi della compatibilità in Cass. Civ., sez. I, 9 novembre 1979, n. 5770, in *Giustizia Civile*, 1980, fasc. 10, 2255 ss., con nota di P. SPADA, *Note sull'argomentazione giuridica in tema di impresa*, cit.

¹⁶ In merito, cfr. G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., 101, che, nel delineare la differenza tra «attività» e «scopo» degli enti del Libro I, definisce quest'ultimo come «*il fine unitario e sovraindividuale che gli associati o il fondatore desiderano perseguire attraverso enti non lucrativi e per il tramite di attività da essi concretamente svolte nella realtà socio-giuridica, finalizzate alla realizzazione dell'interesse*».

¹⁷ Sul punto, si veda ancora la ricostruzione di G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., 101 ss., il quale, anche sulla scorta delle interpretazioni nordamericane che individuano il *non distribution constraint* come carattere fondamentale delle organizzazioni *non profit*, sostiene che l'elemento che realmente connota, da un punto di vista finalistico, enti quali associazioni o fondazioni sia proprio il divieto assoluto di distribuzione degli utili. Quest'ultimo, infatti, sotto il profilo interpretativo, sarebbe concetto da ritenersi preferibile rispetto alla nozione di scopo «non economico», non avente idonea capacità distintiva rispetto agli enti societari di cui al Libro V; peraltro, valorizzando la differenza tra lucro «soggettivo» e «oggettivo», si ritiene che quest'ultimo possa essere presente qualora l'associazione gestisca un'impresa in F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 71; in senso analogo, cfr. A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, cit., 371, il quale sottolinea come gli utili eventualmente realizzati vadano destinati in conformità allo scopo istituzionale.

dell'impresa¹⁸. Tuttavia, la raggiunta consapevolezza (oggi pressoché pacifica, come si è visto) che il predicato dell'economicità di cui all'art. 2082 c.c. sia sufficientemente integrato dalla semplice copertura delle perdite con i ricavi¹⁹ ha consentito di confutare anche questo secondo argomento, sciogliendo ogni dubbio rispetto alla compatibilità tra il modello dell'associazione o della fondazione e lo svolgimento di un'attività imprenditoriale²⁰.

Una volta raggiunta questa conclusione in termini generali²¹, non ci si può non interrogare, in mancanza di un'espressa disciplina, sulle norme concretamente

¹⁸ L'argomentazione è, come si noterà, assolutamente sovrapponibile a quella formulata per escludere l'imprenditorialità degli enti pubblici, di cui si è ampiamente dato conto nel Capitolo precedente, cui, quindi, si rimanda: cfr., in particolare, Cap. II, nt. 80.

¹⁹ E, in tal senso, è sufficiente richiamare gli Autori citati in Cap. II, note 88 e 89.

²⁰ Così, G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., 164, ed E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, cit., 161 ss.; pur riconducendo, in senso conforme ad alcune teorie dell'epoca, la nozione di «obiettiva economicità» a quella di «professionalità», giungeva, sostanzialmente, alla medesima conclusione, con riferimento alle associazioni, già F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, sub art. 36-38, cit., 99; peraltro, sul punto, evidenzia A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, cit., 46 (nt. 22), come, benché non si tratti di idea pacifica in dottrina, sarebbe da considerarsi rispettosa del principio di economicità anche un'attività produttiva organizzata svolta, come di frequente accade per gli enti qui in esame, in «perdita programmata», in quanto pur essendovi un'erogazione iniziale in perdita, sussiste la realistica prospettiva di risanare quest'ultima attraverso fonti di finanziamento sicure *ex ante* sia nell'*an* che nel *quantum*. D'altronde, una simile conclusione sembra coerente con la tesi – già richiamata in Cap. II, nt. 89, cui si rinvia – in base alla quale il criterio dell'economicità vada valutato a priori e non *ex post*. In giurisprudenza, con riguardo al possibile esercizio di un'impresa – peraltro di matrice commerciale – da parte di una fondazione, si veda App. Venezia, 20 luglio 2015, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2017, II, fasc. 1, 135 ss. (con nota di G. CAVALLARO, *La fondazione come imprenditore commerciale e il fallimento*), secondo cui, correttamente, non vi sarebbe alcuna incompatibilità di tale attività con lo scopo non lucrativo dell'ente, in quanto «l'impresa non consiste nello svolgimento di un'attività necessariamente lucrativa, ben potendo caratterizzarsi per il compimento di un'attività produttiva oggettivamente economica, tesa al conseguimento di entrate remunerative dei fattori utilizzati, sì da consentire nel lungo periodo la copertura dei costi con i ricavi».

²¹ A livello comparatistico, interessante appare, soprattutto con riguardo alle associazioni, il parallelo con l'ordinamento tedesco, in cui, come ricordato nella dettagliatissima monografia – colma di spunti bibliografici – di A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, cit., 92 ss., si distingue espressamente la

applicabili agli enti *non profit* che esercitino tale attività e, segnatamente, sulla loro sottoponibilità al cd. Statuto dell'imprenditore commerciale²². Taluni, cercando di colmare la lacuna codicistica mediante un'operazione analogica volta ad attribuire la qualifica di principio generale all'art. 2201 c.c.²³, finiscono per applicare quest'ultimo, testualmente dedicato ai soli enti pubblici economici, anche alle associazioni e alle fondazioni. In altri termini, secondo quest'orientamento, solo l'ente del Libro I che abbia come proprio oggetto esclusivo o principale l'esercizio di un'impresa commerciale potrebbe essere sottoposto all'integralità della relativa disciplina²⁴, comprensiva finanche delle disposizioni sulle procedure concorsuali in

nichtwirtschaftliche Verein di cui al § 21, *BGB* («associazione non economica»), che può esercitare impresa commerciale soltanto nei limiti del cd. *Nebenzweckprivileg*, dalla *wirtschaftliche Verein*, disciplinata dal § 22, *BGB* («associazione economica»), la quale, di utilizzo molto raro nella prassi, può ottenere la necessaria concessione governativa per l'esercizio dell'attività imprenditoriale soltanto qualora in concreto sia accertata l'impossibilità di utilizzare la tipica forma della società di capitali. Sulla differenza tra le due categorie, qui soltanto accennata, si tornerà con riguardo alla specifica disciplina dei gruppi.

²² Per un'ampia disamina delle tesi sul punto, con riguardo al fenomeno associativo, cfr. anche A. TIDU, *Associazione e impresa*, in *Rivista del Diritto Civile*, 1986, II, 635 ss. È bene precisare che la verifica svolta nel testo verrà effettuata a soli fini di completezza, ma pare tendenzialmente ininfluyente – come si è visto con riguardo agli enti pubblici – in relazione al tema, successivamente trattato, della *holding non profit*: infatti, l'interesse imprenditoriale richiamato dall'art. 2497 c.c. non viene specificamente qualificato come «commerciale» e, dunque, la mera riconducibilità del soggetto alla categoria dell'imprenditore ex art. 2082 c.c. dovrebbe risultare necessaria e sufficiente, ovviamente salve altre incompatibilità su cui ci si soffermerà nel prosieguo, a ritenerlo astrattamente sottoponibile alla disciplina dei gruppi e, segnatamente, alla norma sulla responsabilità da abuso di eterodirezione.

²³ In questo senso, emblematico risulta il contributo teorico, in tema di associazioni, di F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, sub art. 36-38, cit., 103, che, partendo dal presupposto dell'unitarietà della nozione di impresa, giustifica la mancata formulazione testuale della disposizione in termini generali con la circostanza che il legislatore dell'epoca non si era figurato il possibile esercizio collettivo di un'attività imprenditoriale da parte di soggetti diversi da società o enti pubblici; nel senso di estendere la norma di cui all'art. 2201 c.c. anche alle associazioni, cfr. W. BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, cit., 90, dalle cui parole, però, sembra emergere l'assoluta impossibilità che un ente del genere possa mai assumere la qualifica di imprenditore commerciale in senso tecnico in virtù dei suoi fini istituzionali;

²⁴ E in giurisprudenza, si veda la già citata Cass. Civ., sez. I, 9 novembre 1979, n. 5770, cit., che, nel caso oggetto della pronuncia, essendo l'attività

caso di insolvenza, non essendovi norma di esonero analoga a quella di cui all'art. 2221 c.c.²⁵. Al contrario, qualora l'impresa ex art. 2195 c.c. si configuri come oggetto accessorio o, comunque, secondario dell'associazione²⁶ o della

commerciale meramente secondaria, escludeva l'applicabilità dell'art. 12, l. camb., nei confronti di un ente ecclesiastico in virtù dell'applicazione analogica del principio – definito generale – di cui all'art. 2201 c.c., stimolando la nota fortemente critica di P. SPADA, *Note sull'argomentazione giuridica in tema di impresa*, cit.; analoga conclusione era raggiunta, seppur senza citare espressamente la disposizione, in un *obiter dictum* da Cass. Civ., sez. I, 18 settembre 1993, n. 9589, in *Foro Italiano*, 1994, I, 3503 ss. (con nota ricostruttiva di G. PATANÈ). L'ultimo arresto citato precisava, peraltro riformando sul punto la sentenza di secondo grado di App. Palermo, 18 luglio 1989, reperibile in *Giurisprudenza Commerciale*, 1992, fasc. 1, II, 61 ss. con nota di M. PERRINO, *Esercizio indiretto dell'impresa «scolastica», associazione e fallimento*, che, affinché un'associazione non riconosciuta (nel caso di specie – a dispetto del nome – la «Fondazione Pitagora») potesse acquistare lo *status* di imprenditore commerciale, l'attività economica esclusiva o principale doveva essere a lei direttamente imputabile, non potendosi, a tal fine, ritenere sufficiente «la connessione, anche se stretta o il collegamento con altro soggetto effettivamente imprenditore».

²⁵ In questo senso, sottolineando come la disposizione citata nel testo sia stata eccezionalmente introdotta per evitare il rischio di pregiudicare un interesse pubblico attraverso l'adozione di una procedura concorsuale, e, quindi, non sia passibile di estensione in caso di insolvenza di una fondazione, cfr. R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 28-29; P. RESCIGNO, voce «Fondazione (dir. civ.)», cit., 812; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, cit., 80; in giurisprudenza, l'impossibilità di applicare agli enti collettivi non societari l'art. 2221 c.c. è alla base del rigetto del reclamo proposto da una fondazione avverso sentenza dichiarativa di fallimento da parte di App. Venezia, 20 luglio 2015, cit. Benché l'art. 2221 c.c. sia stato oggi abrogato dall'entrata in vigore del *Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza* (cfr., in particolare, art. 384 C.C.I.I.), il ragionamento svolto non pare mutare se si considera che il medesimo testo di legge, all'art. 1, continua a sottrarre espressamente lo Stato e gli enti pubblici dal proprio ambito applicativo.

²⁶ Secondo F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, sub art. 36-38, cit., 106, si trattava dell'ipotesi più frequente in ambito associativo: essa sarebbe stata configurabile tanto nei casi in cui l'attività imprenditoriale fosse in rapporto *mediato* rispetto agli scopi istituzionali dell'associazione, per la cui realizzazione sarebbe stato necessario lo svolgimento di un'attività ulteriore, quanto nelle circostanze in cui vi fosse una relazione *diretta* e *immediata* con il fine stesso. In quest'ultima fattispecie, la secondarietà deriverebbe dal fatto che, seppur rivolta a soddisfare direttamente l'interesse degli associati, l'attività commerciale risulterebbe accessoria rispetto ad altra attività idonea, di per sé, a realizzare gli scopi associativi.

fondazione²⁷, gli enti *de quibus* sarebbero esentati dal rispetto delle suddette, più stringenti, regole, rimanendo applicabili – essendo ormai pacifico l’assunto che l’accessorietà comunque non esclude la professionalità²⁸ – le sole norme dello Statuto generale di cui all’art. 2082 c.c.²⁹.

Tuttavia, tale ricostruzione teorica – che rischia di attribuire un’eccessiva discrezionalità all’organo giudicante nell’interpretazione del criterio dell’esclusività o della prevalenza³⁰ e che, comunque, pare comportare una notevole

²⁷ Qualificata come «*impresa di fondazione*» da G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., 176; si ribadisce, in tema di fondazioni, la medesima distinzione svolta con riguardo alle associazioni (vista nella nota precedente), in F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 77-78, con l’eccezione espressamente evidenziata della cd. *fondazione-holding*: con tale locuzione si intende l’ente che ha come oggetto l’amministrazione o gestione di un’impresa, con il contestuale obbligo statutario di devolverne gli utili ad altre fondazioni (cd. operative) che perseguono, mediante gli stessi, gli scopi istituzionali. Secondo l’Autore, pur non essendo l’attività d’impresa della *fondazione-holding* immediatamente diretta alla realizzazione dello scopo di pubblica utilità – viceversa, rimesso all’attuazione concreta da parte dei soggetti destinatari degli utili – anche in questo caso, se il patrimonio è utilizzato per l’esercizio di un’impresa commerciale, l’ente deve essere assoggettato al relativo statuto normativo.

²⁸ A meno di non aderire alla tesi contraria, sostenuta nella dottrina risalente da E. ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, cit., 108; ma, per l’interpretazione oggi maggioritaria, in base alla quale professionalità non implica esclusività, cfr., *ex multis*, già G.F. CAMPOBASSO, *Associazioni e attività di impresa*, cit., 586, nonché, più di recente, ID., *Diritto Commerciale*, cit., 80; P. SPADA, voce «*Impresa*», cit., 49; nel medesimo senso, anche argomentando *ex art.* 2093 c.c., G. IORIO, *Le fondazioni*, Milano, Giuffrè, 1997, 238.

²⁹ Cfr. F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, sub art. 36-38, cit., 107; F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 72 ss.; e, per una completa analisi delle tesi contrapposte, cfr. G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., 162 ss.

³⁰ In tal senso si veda G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., 170-171, anche alla luce dell’incertezza sull’interpretazione in senso quantitativo o qualitativo dei criteri enunciati; in F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 77, ad esempio, con riguardo alle fondazioni, sembra optarsi per l’idea – qualitativa – che l’attività imprenditoriale possa definirsi oggetto principale quando si riveli, di per sé sola, idonea a realizzare integralmente lo scopo istituzionale dell’ente; d’altronde, come emerge da A. CETRA, *L’impresa collettiva non societaria*, cit., 98 (testo e nt. 127), la scelta tra il carattere qualitativo e quantitativo del criterio su cui fondare la valutazione di accessorietà non è un problema con cui è tenuta a confrontarsi unicamente l’ermeneutica italiana: infatti, seppur la questione non sia perfettamente

disparità di trattamento rispetto ad analoghe imprese svolte da altro ente³¹ – sembra viziata da un'errata estensione esegetica della portata dell'art. 2201 c.c. In primo luogo, infatti, come si è già avuto modo di accennare nel Capitolo precedente, la disposizione *de qua* esclude unicamente un obbligo pubblicitario, non potendosi da ciò argomentare una disapplicazione *tout court* dello Statuto dell'imprenditore commerciale³². Inoltre, quand'anche si interpretasse nel modo più ampio possibile

sovrapponibile, anche la dottrina tedesca si è divisa con riguardo all'individuazione del cd. *Nebenweckprivileg*. Con tale ultima locuzione si intende, per l'appunto, il limite – da valutarsi in termini quantitativi o qualitativi – entro il quale un'associazione non economica possa svolgere, con responsabilità limitata, un'impresa commerciale senza perdere la sua qualifica di *Idealverein* di cui al § 21, *BGB*; sulla rilevanza della questione cfr., peraltro, V. EMMERICH – M. HABERSACK, *Konzernrecht*, cit., 591, in cui si sottolinea come, qualora i limiti siano oltrepassati, l'associazione sarà assoggettata al regime delle società in nome collettivo (*oHG*) e i suoi associati alla conseguente responsabilità illimitata, seppur sussidiaria, per le obbligazioni contratte dall'ente.

³¹ In questo senso, sottolinea l'eventuale disparità di trattamento tra i creditori di una fondazione imprenditrice e quelli di altri enti operanti nei traffici commerciali, R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 28-29; sulla necessità di non attribuire un regime di privilegio ingiustificato agli enti richiamati, si veda, più di recente, anche A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, Jovene, 1995, 177 ss.; addirittura, A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, cit., 73 (nt. 77), paventa l'idea che sia proprio l'esercizio in forma secondaria dell'impresa a stimolare maggiormente l'esigenza di applicazione integrale dello Statuto dell'imprenditore commerciale, trattandosi di una situazione caratterizzata da un grado di rischio non difforme da qualsiasi impresa individuale o societaria.

³² In termini, oltre alle tesi già richiamate in Cap. II, nt. 92, secondo cui l'art. 2201 c.c. non potrebbe avere come effetto quello di comportare la disapplicazione dell'intero Statuto dell'imprenditore commerciale, ma solo delle disposizioni in tema di pubblicità espressamente richiamate, cfr. anche lo stesso G.F. CAMPOBASSO, *Associazioni e attività di impresa*, cit., 592, il quale sottolinea come dimostrerebbe tale assunto la circostanza che, in tema di enti pubblici, il legislatore abbia dovuto introdurre un'ulteriore disposizione – l'art. 2221 c.c. – per escluderne la sottoponibilità al fallimento, confermando implicitamente che non fosse all'uopo sufficiente l'art. 2201 c.c. A tutto voler concedere, quindi, l'ente del Libro I eventualmente assoggettabile a tale norma sarebbe esonerato esclusivamente dagli obblighi di registrazione, ma non dalle restanti disposizioni dello Statuto dell'imprenditore commerciale; e, d'altronde, è questa la soluzione individuata da P. RESCIGNO, voce «*Fondazione (dir. civ.)*», cit., 813 e ID., *Fondazione e impresa*, cit., 845, per la fondazione che eserciti un'impresa per ricavarne le rendite da impiegare ai propri fini altruistici; in senso difforme da tale ultima interpretazione si veda la tesi di R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 27, il quale sosteneva che la fondazione che esercitasse un'attività commerciale in via meramente secondaria – in modo non dissimile da quanto richiesto agli enti pubblici

l'art. 2201 c.c., comunque si tratterebbe di norma eccezionale, non passibile di estensione analogica a enti diversi da quelli espressamente previsti, in quanto volta ad adattare la disciplina dell'impresa alle peculiarità del diritto pubblico³³. Ne consegue che, essendo gli enti collettivi non societari in esame in grado di porre in essere quel modello comportamentale qualificabile come impresa, nulla escluderebbe che, qualora ciò accada e l'attività sia di natura commerciale, si applichi integralmente il relativo statuto a prescindere dal rispetto del requisito di prevalenza³⁴.

Orbene, se questo è lo stato dell'arte del dibattito inerente al rapporto tra soggetti non lucrativi e impresa, ci si può ora interrogare sull'utilizzabilità delle conclusioni qui enunciate anche nei confronti di quegli enti che siano stati coinvolti dalla già più volte citata riforma del *Terzo Settore*. Infatti, solo al termine di tale comparazione – che, si anticipa, consentirà non solo di confermare, ma addirittura

non economici – sarebbe stata tenuta a registrare solo i dati individuanti l'impresa esercitata, e non quelli significativi ai fini dell'organizzazione dell'ente stesso.

³³ In questo senso, cfr. A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, cit., 72, il quale evidenzia come l'esenzione dagli obblighi di pubblicità commerciale per l'ente pubblico non economico trovi la propria ragion d'essere nell'esistenza di altri strumenti di trasparenza tipici della categoria, nonché nella sottoposizione di tali enti ad altre tipologie di controlli; del medesimo avviso era, più di quarant'anni fa, anche R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 26; propendevano per la natura eccezionale dell'art. 2201 c.c. anche G.F. CAMPOBASSO, *Associazioni e attività di impresa*, cit., 591; per tale tesi, con annesse critiche all'orientamento propugnato dal Galgano, cfr. S. GATTI, *L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare*, in *Rivista del diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, 1980, I, 108, e L. FARENGA, *Esercizio di impresa commerciale da parte di enti privati e fallimento*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 1981, I, 222.

³⁴ In questo senso, si vedano G.F. CAMPOBASSO, *Associazioni e attività di impresa*, cit., 590 ss.; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., 176 ss.; R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 29; A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, cit., 71 ss., il quale, peraltro, ricorda come in tal senso deporrebbe l'art. 2195, comma 2, c.c., in base al cui (poco chiaro) dettato soltanto il legislatore avrebbe la facoltà, in presenza di un'impresa commerciale, di valutare un'eventuale disapplicazione totale o parziale della disciplina in ragione della specificità del contesto; G. CAVALLARO, *La fondazione come imprenditore commerciale e il fallimento*, cit., 144; di recente cfr. anche il contributo di A. NIGRO, *Gli imprenditori collettivi non societari nel diritto della crisi*, cit., 1602-1603.

di rafforzare le convinzioni ivi articolate anche alla luce del diritto positivo³⁵ – sarà poi possibile compiere un ragionamento unitario con riguardo allo svolgimento da parte di enti *non profit* di quella specifica attività d'impresa che è il «fatto» direzione e coordinamento.

3. Impresa e C.T.S.

Come già anticipato nell'ambito della premessa, il *Terzo Settore* è stato oggetto di una riforma che ha cercato di ricondurre ad unità, quantomeno nei loro tratti fondamentali, molti degli enti appartenenti alla categoria *non profit*³⁶, che, in precedenza, trovavano la propria regolamentazione – quando esistente³⁷ – in frammentate leggi settoriali³⁸ o, genericamente, nel Libro I del Codice Civile³⁹. Il C.T.S., infatti, si propone come un organico testo di legge volto a ricomprendere

³⁵ Peraltro, per uno sguardo comparatistico al rapporto tra fondazioni e attività d'impresa si veda A. RICHTER, sub § 12, in A.F. VON CAMPENHAUSEN – A. RICHTER, *Stiftungsrechts-Handbuch*, a cura di A. Richter, München, Beck, 2014, 468 ss.

³⁶ In merito, si veda il breve commento introduttivo di G. PONZANELLI, *La nuova categoria degli enti del Terzo Settore: alcune considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Il Codice del Terzo Settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, a cura di M. Gorgoni, Pisa, Pacini, 2018, 4; segnala E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, fasc. 5, 710, come le figure tipizzate lascino trasparire una preferenza per il genere associativo, da sempre considerato come propulsore delle attività di interesse generale cui allude l'art. 118, Cost., in un'ottica di sussidiarietà.

³⁷ Tra gli enti privi di una specifica disciplina antecedentemente alla riforma si annoverano gli enti filantropici e le reti associative, oggi sottoposti, rispettivamente, agli artt. 37-39 e 41, C.T.S.

³⁸ Come, ad esempio, le imprese sociali, che già avevano la loro specifica regolamentazione in d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155, *Disciplina dell'impresa sociale*, a norma della l. 13 giugno 2005, n. 118, o le società di mutuo soccorso, di cui alla l. 15 aprile 1886, n. 3818, così come da ultimo modificata dall'art. 23, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221.

³⁹ Non potendosi approfondire in maniera sufficientemente ampia tutti gli enti astrattamente ricompresi nel *genus*, è proprio su questa categoria, che, come visto, ricomprende in sé associazioni e fondazioni, che si soffermerà il presente lavoro, soprattutto in virtù della diffusione nella prassi e delle evoluzioni interpretative di cui è stata oggetto.

nel proprio alveo applicativo tutti quei soggetti di natura privata⁴⁰ che, senza scopo di lucro⁴¹, perseguano finalità «civiche, solidaristiche o di utilità sociale»⁴² mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una (o più) delle attività «di interesse generale»⁴³ tassativamente individuate all'interno del Codice stesso⁴⁴. Ne consegue che tutti gli enti non lucrativi – ivi inclusi, per quanto d'interesse, quelli riconducibili al modello associativo o fondazionale di cui si è discusso nel paragrafo precedente – quando rispondenti al requisito teleologico appena descritto, saranno assoggettabili all'articolata disciplina di cui al d.lgs. 117/2017, ferma restando l'applicazione residuale delle norme del Codice Civile per quanto non

⁴⁰ D'altronde, che la riforma del 2017 abbia ad oggetto esclusivamente soggetti di tale natura è confermato espressamente anche dall'art. 4, comma 2, C.T.S., su cui ci si soffermerà nell'ambito del § 5.

⁴¹ L'art. 8, comma 2, C.T.S., per gli E.T.S. intesi come *genus*, vieta infatti, come visto, categoricamente la distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione.

⁴² G. MARASÀ, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore: attività, finalità, forme organizzative e pubblicità*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, fasc. 3, 677, anche sulla base dell'analisi degli artt. 8 e 9, C.T.S., afferma che tale scopo consista nell'assenza del lucro «soggettivo» e nella destinazione altruistica del patrimonio residuo.

⁴³ La circostanza che il legislatore abbia deciso di accomunare tutti gli E.T.S. anche da un punto di vista oggettivo, sembrerebbe, perlomeno con riguardo all'impresa esercitata dalla categoria qui in esame, sminuire l'affermazione di G.D. MOSCO, *L'impresa non speculativa*, cit., 216-217, il quale riteneva, prima della riforma del 2017, che l'attività imprenditoriale svolta da enti non lucrativi potesse acquisire significato esplicativo essenzialmente in negativo (per l'assenza, comune a tutta la categoria, dello scopo di profitto) piuttosto che in positivo; sulla rilevanza in positivo della nozione di *Terzo Settore*, si veda anche il recente contributo di R. PATTI, *La disciplina del terzo settore in Italia dopo la riforma: profili ricostruttivi e problemi aperti*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2021, fasc. 2, 869; ciò non toglie, chiaramente, che l'elemento unificante tra gli enti *non profit* inclusi nel C.T.S. e quelli esclusi sia proprio l'assenza dello scopo di lucro, in quanto, come specificato da M.L. VITALI, *Riforma del «terzo settore», nuova disciplina dell'impresa sociale e regole societarie*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2020, fasc. 1, 88 (testo e nt. 25), si deve ritenere che questi ultimi possano realizzare anche attività di interesse generale che non rientrino nell'elenco tassativo ivi previsto e/o non soddisfino i relativi requisiti pubblicitari.

⁴⁴ Pur essendo specificamente identificate nell'art. 5, C.T.S., le attività di interesse generale sono soggette ad aggiornamento con successivi decreti e non rappresentano un *numerus clausus*: tale scelta legislativa è criticata da G. MARASÀ, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore*, cit., 674 (nt. 5), il quale teme che si rischi un incremento incontrollato del catalogo *de quo* dettato da ragioni di mera contingenza politica.

espressamente previsto⁴⁵ e fatte salve eventuali deroghe stabilite da disposizioni particolari⁴⁶.

Molti interpreti hanno evidenziato come la scelta politica adottata, che sostanzialmente finisce per circoscrivere l'applicazione dei principi codicistici ai soli enti *non profit* esclusi, per qualsivoglia ragione, dalla precisa cornice descrittiva del C.T.S.⁴⁷ – peraltro in apparente contraddizione con quanto statuito nella legge delega⁴⁸, da cui pareva evincersi una tendenza opposta⁴⁹ – avrebbe come immediato effetto quello di svalutare la natura privilegiata delle norme del '42 in punto di regolamentazione degli enti collettivi non societari⁵⁰.

⁴⁵ Cfr., in particolare, art. 3, comma 2, C.T.S., che, però, sottopone l'applicazione delle norme codicistiche anche ad una previa verifica di compatibilità; tale rinvio, peraltro, viene definito da C. IBBA, *Codice del terzo settore e diritto societario*, in *Rivista delle Società*, 2019, fasc. 1, 68, come ambiguo, dal momento che sembra riferito non solo al Libro I, ma anche, astrattamente, al Libro V.

⁴⁶ Come accade nell'ipotesi in cui gli enti *de quibus* siano qualificabili come impresa sociale, con conseguente applicazione del *decreto IS*.

⁴⁷ E, peraltro, non è escluso, come ribadito da E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, cit., 710, che anche con riguardo a tale regime residuale, alcune disposizioni contenute nel *Codice del Terzo Settore*, quali, ad esempio, quelle in materia di prerogative di assemblea (art. 25) o di responsabilità degli amministratori (art. 28), possano avere portata espansiva; nello stesso senso, ma in termini più generali, proponendo di riconoscere alle disposizioni inattuuate della legge delega un valore precettivo, anche C. IBBA, *Codice del terzo settore e diritto societario*, cit., 65.

⁴⁸ Cfr. l. 6 giugno 2016, n. 106 e, in particolare, l'art. 1, comma 2, lett. a), con cui veniva richiesto al legislatore delegato di procedere «alla revisione della disciplina del titolo II del libro primo del codice civile in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, riconosciute come persone giuridiche o non riconosciute».

⁴⁹ Cfr., in questo senso, M. GORGONI, *Il Codice del Terzo Settore tra luci ed ombre*, cit., 22-23 ed E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, cit., 709; la circostanza che il legislatore delegato abbia deciso di utilizzare criteri assolutamente diversi rispetto a quelli previsti nella legge delega, soprattutto per quanto concerne il fenomeno di «societarizzazione» degli enti del Libro I, ha fatto dubitare C. IBBA, *Codice del terzo settore e diritto societario*, cit., 64, della legittimità della scelta normativa, rispetto alla quale sarebbe riscontrabile una violazione della delega stessa.

⁵⁰ In questi termini, cfr. M. GORGONI, *Il Codice del Terzo Settore tra luci ed ombre*, cit., 21 ss., che, addirittura, parla di «condanna ad una marginalità crescente», o, addirittura, ad un «inesorabile svuotamento» della disciplina contenuta nel Libro I del Codice Civile.

Questa marginalizzazione delle disposizioni del Libro I rende, allora, ai fini della ricerca che ci si è proposti di compiere, ancor più impellente l'esigenza di verificare la persistente validità delle conclusioni raggiunte nel paragrafo precedente.

Orbene, sul punto è opportuno chiarire immediatamente che la compatibilità delle associazioni o fondazioni con la fattispecie-impresa non solo non risulta smentita, ma anzi pare uscire addirittura rafforzata dalle precise scelte di diritto positivo compiute in sede di riforma⁵¹. Difatti, al di là delle innumerevoli ricadute di carattere prettamente civilistico derivanti dall'intreccio tra la legislazione generale e quella speciale⁵², per quanto concerne i profili di natura giuscommercialistica il C.T.S. pare aver contribuito in maniera rilevante al processo di cd. «ibridazione» tra gli enti del Libro I e quelli del Libro V del Codice Civile. Il fenomeno, che si sostanzia, tendenzialmente, nel «trapianto» di molteplici norme societarie nel mondo del *non profit*⁵³, trova la propria realizzazione tecnica, a seconda dei casi, con un rinvio puro e semplice, con l'utilizzo della clausola di

⁵¹ Parla, ad esempio, di «conferma» A. NIGRO, *Gli imprenditori collettivi non societari nel diritto della crisi*, cit., 1599.

⁵² Tra le quali ci si limita a richiamare l'indiscutibile svalutazione della procedura di riconoscimento utile all'acquisizione della personalità giuridica, dal momento che quest'ultima non costituisce elemento indispensabile per l'ingresso dell'ente nel *Terzo Settore*; e sul punto cfr., ancora, E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, cit., 710.

⁵³ Tale processo di «societarizzazione», però, al di là della possibile estensione di singole disposizioni ed, espressamente, della disciplina delle operazioni straordinarie, non coinvolgerebbe quegli enti, come «formazioni e associazioni politiche», ancora sottoposti al residuale regime del Codice Civile, così ingenerandosi, secondo C. IBBA, *Codice del terzo settore e diritto societario*, cit., 64, un ampliamento della divaricazione disciplinare tra normativa generale e norma speciale; nel medesimo senso, si veda anche M.L. VITALI, *Riforma del «terzo settore», nuova disciplina dell'impresa sociale e regole societarie*, cit., 95; per un'opinione contraria, volta a considerare il regime della s.p.a. come applicabile anche agli enti del Libro I che non siano E.T.S., cfr., invece, M. ARRIGONI, *La riforma del terzo settore e la nuova disciplina dell'impresa sociale. Alcune implicazioni sistematiche*, in *Rivista delle Società*, 2019, fasc. 1, 82-83; considerazioni fortemente critiche sul «trapianto» normativo sono formulate da M. TOLA, *La governance degli enti del terzo settore e i sistemi multistakeholders*, in *Rivista delle Società*, 2019, fasc. 2, 393 ss., la quale esprime molte perplessità sullo stesso, argomentando, essenzialmente, dalla circostanza che ad enti a base democratica, come le associazioni, finiscono per applicarsi norme nate per disciplinare compagini regolate su principi plutocratici.

compatibilità ovvero mediante la riproduzione in forma testuale della disposizione richiamata⁵⁴. Ed è probabilmente in questa tendenza alla «societarizzazione» che va, allora, ricercato il senso dell'art. 5, C.T.S., il quale stabilisce ora espressamente che le attività di interesse generale ivi elencate possano essere svolte non solo con modalità di erogazione o gratuite, ma anche in forma mutualistica o imprenditoriale⁵⁵. La proposizione normativa *de qua*⁵⁶, il cui disposto si completa con il dettato dell'articolo successivo, che legittima gli E.T.S. anche allo svolgimento di attività ulteriori che siano previste dall'atto costitutivo o dallo statuto purché si tratti di fattispecie strumentali e secondarie rispetto a quelle di interesse generale⁵⁷, rappresenta, quindi, ulteriore conferma della convinzione, prima solo dottrinale e giurisprudenziale, che anche enti organizzati in forma associativa o fondazionale possano integrare i requisiti di cui all'art. 2082 c.c.⁵⁸.

Peraltro – precisa lo stesso d.lgs. 117/2017 – qualora l'attività di interesse generale sia prevalentemente o esclusivamente «*in forma di impresa commerciale*», l'E.T.S. sarà assoggettato al rispetto di prescrizioni ulteriori sia in punto di

⁵⁴ Modalità che C. IBBA, *Codice del terzo settore e diritto societario*, cit., 67, ritiene preferibile, innanzitutto, perché consente al legislatore di adattare le norme immaginate per il diritto societario ad un ambito normativo totalmente differente e, inoltre, perché, così facendo, non ogni modifica dell'ordinamento settoriale di provenienza si ripercuoterà automaticamente sulla disciplina del *Terzo Settore*.

⁵⁵ Discorso diverso vale per le imprese sociali, che, essendo una categoria immaginata dal legislatore essenzialmente per lo svolgimento di un'attività *ex art. 2082 c.c.*, ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.lgs. 112/2017, sono enti che «*esercitano in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale*».

⁵⁶ Norma che, secondo M. PORZIO, *Associazioni, fondazioni e società nell'evoluzione dell'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, I, fasc. 2, 225, avrebbe portata di regola generale tale da legittimare la totalità degli enti del Libro I all'esercizio di un'attività d'impresa.

⁵⁷ Cfr. art. 6, C.T.S., su cui, *ex multis*, si veda E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, cit., 711.

⁵⁸ Sul punto, però, si vedano le considerazioni di A. CETRA, *Enti del terzo settore e attività d'impresa*, in *Rivista di diritto societario*, 2019, fasc. 4, 674 ss., il quale evidenzia come la riforma incentiverebbe, in concreto, lo svolgimento dell'attività di interesse generale a carattere imprenditoriale da parte dei soli enti qualificabili come impresa sociale.

pubblicità (art. 11)⁵⁹, che in relazione agli obblighi di tenuta delle scritture contabili (art. 13)⁶⁰, finendosi per applicare, sostanzialmente, lo Statuto dell'imprenditore commerciale⁶¹. Questa precisazione consente di segnalare, in via incidentale, come, nonostante l'imprecisa terminologia utilizzata⁶², il dato testuale della norma parrebbe riservare tali obblighi più stringenti unicamente ai soggetti che rispettino il suddetto requisito di prevalenza o esclusività. È facile immaginare che se dovesse, effettivamente, accogliersi tale impostazione teorica, coloro i quali in passato sostenevano la tesi estensiva dell'art. 2201 c.c. troverebbero terreno fertile per suffragare il proprio ragionamento basandosi sulla natura di principio generale delle citate disposizioni del C.T.S., le cui prescrizioni sarebbero a quel punto applicabili anche ad enti *non profit* esclusi dalla disciplina speciale⁶³.

⁵⁹ Cfr. art. 11, comma 2, C.T.S., che impone, in questo caso, un obbligo di iscrizione nel registro delle imprese (oltre che quello nel registro unico nazionale del *Terzo Settore*).

⁶⁰ In base al quale tali enti sono obbligati alla tenuta delle scritture contabili di cui all'art. 2214 c.c. (comma 4) nonché alla redazione e al deposito, presso il registro delle imprese, del bilancio di esercizio redatto, a seconda dei casi, ai sensi degli artt. 2423 ss., 2435-*bis* o 2435-*ter* c.c. (comma 5).

⁶¹ Statuto che si applica anche con riguardo alle procedure concorsuali, rientrando potenzialmente gli enti in esame anche nel dettato di cui al nuovo art. 259, C.C.I.I., che, letteralmente, estende le disposizioni sulla liquidazione giudiziale delle società, in quanto compatibili, anche «agli enti e imprenditori collettivi non societari e ai loro componenti illimitatamente e personalmente responsabili per le obbligazioni dell'ente», qualora, ovviamente, possiedano i requisiti soggettivi e oggettivi necessari; in senso affermativo rispetto all'applicazione delle procedure concorsuali, cfr. anche M.L. VITALI, *Riforma del «terzo settore», nuova disciplina dell'impresa sociale e regole societarie*, cit., 121 ss.; per una critica, sia formale che contenutistica, della formulazione dell'art. 259, C.C.I.I. si vedano le notazioni di A. NIGRO, *Gli imprenditori collettivi non societari nel diritto della crisi*, cit., 1596 (nt. 17).

⁶² Infatti, la formulazione testuale è considerata da G. MARASÀ, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore*, cit., 694 ss., assolutamente priva di significato sul piano delle qualificazioni privatistiche e, presumibilmente, tratta da categorie tributarie.

⁶³ In altri termini, mutuando il ragionamento svolto da M. PORZIO, *Associazioni, fondazioni e società nell'evoluzione dell'ordinamento italiano*, cit., 225, con riferimento all'art. 5, C.T.S., se si attribuisse portata generale alle norme citate nel testo, sarebbe possibile estenderne l'applicazione anche al di fuori del *Codice del Terzo Settore*, considerandole come espressione di quel principio secondo cui lo Statuto dell'imprenditore commerciale finirebbe per essere dedicato esclusivamente agli enti *non profit*, anche del Libro I del Codice Civile, che abbiano come oggetto esclusivo o prevalente l'impresa commerciale. Il ragionamento

Al di là di ogni considerazione, comunque, considerato che il *Codice* conferma – e non contraddice – gli approdi ermeneutici enunciati in passato in tema di rapporti tra *Terzo Settore* e impresa, è ora possibile soffermarsi, con un ragionamento unitario, sulla questione posta all’inizio del presente Capitolo e concernente, segnatamente, la verifica della compatibilità di associazioni e fondazioni – siano o meno E.T.S. – con l’attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 ss. c.c., tanto qualora rivestano la posizione di *holding* quanto nel momento in cui assumano (eventualmente) la qualifica di soggetti eterodiretti⁶⁴.

4. La *holding non profit* e la disciplina applicabile.

Se, come si è lungamente argomentato, all’ente collettivo non societario non è precluso – né sotto il profilo interpretativo, né, ormai, dal punto di vista del diritto positivo – l’esercizio di un’attività di impresa, e, come detto, quest’ultima rappresenta il logico presupposto su cui fondare l’elemento dell’«interesse imprenditoriale» richiesto dall’art. 2497 c.c., in linea di principio sembrerebbe potersi sostenere che la disciplina di cui al Capo IX, Titolo V, Libro V del Codice Civile sia strutturalmente compatibile, quantomeno in astratto e in costanza degli altri requisiti di legge⁶⁵, con la natura *non profit* dell’entità capogruppo. D’altronde, a parer di chi scrive, anche valorizzando la più volte richiamata prospettiva del

risulterebbe senz’altro più lineare di quanto non sia quello – che comunque conduce a conclusioni assimilabili – fondato sull’estensione analogica dell’art. 2201 c.c.: infatti, si tratterebbe di un’interpretazione basata su norme immaginate non per soggetti pubblici, ma per enti privati assai vicini alle associazioni e fondazioni classiche.

⁶⁴ A differenza dell’indagine svolta con riguardo agli enti pubblici, la cui sottoposizione ad eterodirezione sarebbe stata, ovviamente, inimmaginabile. Sui profili generali della questione cfr. L. SCHIUMA, *Direzione e coordinamento di associazioni e fondazioni da parte di altri enti (ovvero dell’ipotesi di associazioni e fondazioni “controllate”)*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit*, a cura di A. Zoppini e M. Maltoni, Padova, Cedam, 2007, 185 ss.

⁶⁵ Su cui si vedano le considerazioni già svolte nel Capitolo precedente, di cui non sembrano poter mutare le conclusioni qualora si assuma come punto di riferimento non l’interesse pubblico, ma l’interesse istituzionalmente perseguito dall’associazione o dalla fondazione.

diritto dei gruppi quale *Schutzrecht*, non sembrerebbe potersi giungere ad una conclusione differente. Infatti, come si è ampiamente detto, dal punto di vista di coloro che vengono a contatto con un'impresa eterodiretta assoggettata ad influenze esterne nessun rilievo assume, ai fini dell'implementazione degli specifici strumenti di tutela *ex lege*, la natura del soggetto dominante. Questo ragionamento, che anche in giurisprudenza è stato tradizionalmente sviluppato prendendo come riferimento una capogruppo pubblica, non muterebbe nei suoi caratteri essenziali nemmeno qualora il ruolo di *holding* fosse rivestito da un soggetto *non profit*, dal momento che le esigenze di protezione ritenute rilevanti dall'ordinamento rimarrebbero invariate.

Al di là delle considerazioni a carattere sistematico qui riportate, che l'ente *non profit* potesse di fatto esercitare un'ingerenza sulla gestione di un soggetto avente scopo di lucro era stato già paventato in dottrina, ben prima della nota riforma del diritto societario del 2003, da coloro i quali ammettevano che le associazioni e le fondazioni fossero legittimate a detenere partecipazioni, anche di controllo, all'interno di una società di capitali⁶⁶, potendo inferirsi, da tale situazione, un potere di indirizzo e direzione nei confronti di quest'ultima⁶⁷. Ovviamente, una simile conclusione sembra aver trovato esplicita conferma, a livello di diritto positivo, anche nel Capo IX, in cui il legislatore – al di là dei casi in cui fa riferimento al pronome «chi»⁶⁸, la cui potenziale portata risulta estesissima

⁶⁶ In questo senso, cfr. A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., 172, il quale sottolineava come la mera partecipazione non implicasse un'alterazione funzionale della fondazione detentrici della stessa; con riferimento alle associazioni si veda anche G.F. CAMPOBASSO, *Associazioni e attività di impresa*, cit., 587, che, nell'ammettere senza riserve la tesi indicata nel testo, riteneva non opportuna la distinzione tra partecipazioni volte a procurare mezzi finanziari per lo svolgimento dell'attività di erogazione e partecipazioni, come quelle di controllo, tendenzialmente in rapporto di stretta strumentalità con lo scopo istituzionale dell'ente; con riguardo alle associazioni non riconosciute, cfr. anche A. GIAMPIERI, *Partecipazione di enti di fatto in società di capitali*, cit., 204 ss.

⁶⁷ In tal senso, partendo dal presupposto che l'attività di direzione unitaria, così come intesa finora, fosse di per sé qualificabile come attività imprenditoriale ex art. 2082 c.c., G.F. CAMPOBASSO, *Associazioni e attività di impresa*, cit., 588-589, finiva per attribuire la qualifica di imprenditore all'associazione o alla fondazione anche quando sostanzialmente definibile in termini di *holding* pura.

⁶⁸ Si prenda ad esempio, in questo senso, l'art. 2497-*quinquies* c.c.

– ha incluso nell’alveo applicativo delle norme sistematicamente più rilevanti della disciplina dei gruppi, quali, ad esempio, l’art. 2497, comma 1, e l’art. 2497-bis, comma 1, c.c., gli enti di qualunque natura⁶⁹. Ne consegue che, anche grazie ad uno sguardo di tipo comparatistico⁷⁰, la maggioranza degli interpreti ormai ammette pacificamente che le associazioni e le fondazioni – quantomeno nella loro struttura tradizionale codicistica – non siano, in astratto, incompatibili con il ruolo di *holding* di un gruppo di imprese⁷¹, tanto quando quest’ultimo sia a carattere verticale⁷², quanto nel caso in cui ci si confronti con un’aggregazione di natura paritetica⁷³. Il ragionamento potrebbe, peraltro, estendersi anche alle cd. *fondazioni bancarie*⁷⁴ –

⁶⁹ Salve, ovviamente, le precisazioni compiute dal d.l. 78/2009 e già analizzate, che non riguardano gli enti *non profit*, i quali, chiaramente, appartengono al novero dei «*soggetti giuridici collettivi*». Oltre a quelle citate nel corpo del testo, le altre disposizioni che fanno riferimento all’«ente» sono l’art. 2497, comma 3; l’art. 2497-bis, commi 2 e 4; l’art. 2497-quater, lett. a); l’art. 2497-sexies; l’art. 2497-septies, c.c. Sul punto cfr. anche U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 161.

⁷⁰ E, infatti, nel dibattito tedesco, sul rapporto tra associazioni e fondazioni e *Konzernrecht*, si vedano, *ex multis*, EMMERICH – M. HABERSACK, *Konzernrecht*, cit., 589 ss., nonché, con particolare attenzione al fenomeno associativo, H. SPRENGEL, *Vereinskonzernrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1998, *passim*, e, di recente, B. KNOF, sub § 12, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, pubblicato da V. Beuthien, H. Gummert e M. Schöpflin, München, Beck, 2016, 226 ss.; la relazione dell’ente fondazionale con il diritto dei gruppi era, invece, approfondito nel noto contributo di H. KRONKE, *Familien- und Unternehmensträgerstiftungen*, in *Stiftungsrecht in Europa*, a cura di K.J. Hopt e D. Reuter, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2001, 159 ss.

⁷¹ U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 158 ss.; A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, cit., 371; A. FUSARO, *Trasformazioni eterogenee, fusioni eterogenee ed altre interferenze della riforma del diritto societario sul «terzo settore»*, in *Contratto e Impresa*, 2004, fasc. 1, 307.

⁷² D’altronde, non vi sarebbe ragione per non applicare la presunzione di cui all’art. 2497-sexies c.c. in capo all’ente che detenga il controllo di una società; peraltro, U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 164, ritiene che, seppur sia in astratto legittimata a svolgere la funzione di capogruppo, nella maggior parte dei casi pratici l’ente *non profit*, pur essendo detentore di una posizione di controllo, si limiterà ad esercitare un’influenza solo a livello assembleare senza ingerirsi nella gestione della società controllata.

⁷³ In questo senso, cfr. lo stesso U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 159 (nt. 48) e 167, nonché, con particolare attenzione alle associazioni, anche A. CETRA, *L’impresa collettiva non societaria*, cit., 25.

⁷⁴ Peraltro oggi, per espressa previsione dell’art. 3, comma 3, C.T.S., esonerate dalla pressoché totale applicazione delle norme sul *Terzo Settore*;

qui soltanto accennate per differenza, necessitando un tema così scivoloso di ben altro approfondimento – che, nate dalla dismissione degli istituti di credito pubblici, potranno, però, detenere partecipazioni di controllo⁷⁵ soltanto in enti e società che abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di «*imprese strumentali*»⁷⁶ alla realizzazione dei loro scopi statutari, con la conseguenza che la disciplina dei gruppi opererebbe, qualora ne derivasse un'influenza effettiva sulla gestione, solo in questa peculiare ipotesi⁷⁷. Onde evitare di incorrere in prevedibili equivoci

considera quantomeno discutibile tale esclusione G. PONZANELLI, *La nuova categoria degli enti del Terzo Settore: alcune considerazioni introduttive*, cit., 4; sulle modalità e motivazioni che hanno fondato la scelta legislativa, si veda anche M. GORGONI, *Il Codice del Terzo Settore tra luci ed ombre*, cit., 30-31 nonché G. MARASÀ, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore*, cit., 684 (nt. 24). Peraltro, come sottolineato da A. FICI nel suo contributo intitolato *La riforma del Terzo Settore e le fondazioni di origine bancaria* e pubblicato all'interno del XXIII° rapporto ACRI sulle Fondazioni di origine bancaria (2017), reperibile in www.acri.it, 344 ss., la scelta legislativa di non applicare la disciplina qui in esame alle fondazioni di origine bancaria appare ancor più «*incomprensibile*» se si considera che già la stessa legge delega statuiva l'appartenenza in astratto di tali enti al Terzo Settore: d'altronde, che così fosse veniva segnalato, ben prima dell'intervento legislativo, anche da F. GRANDE STEVENS, voce «*Fondazioni bancarie*», in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, 614.

⁷⁵ Per espressa previsione di legge, oltre alle ipotesi di cui all'art. 2359 c.c., vi è controllo nella forma dell'influenza dominante anche quando, pur non disponendo della maggioranza dei voti nell'assemblea ordinaria, la fondazione, in virtù di qualsivoglia accordo, abbia il diritto di nominare la maggioranza degli amministratori ovvero il potere di veto sulla nomina e revoca di questi ultimi. In merito, cfr. art. 6, commi 2 e 3, d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153, *Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 1998, n. 461*, nonché, in dottrina, il commento in F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 79-80.

⁷⁶ Cfr. art. 6, comma 1, d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153, cit.; in dottrina, in merito alle caratteristiche dell'impresa strumentale, si veda, per tutti, G.B. PORTALE, *Fondazioni «bancarie» e diritto societario*, cit., 26 ss.; sul punto cfr. anche le interessanti considerazioni di A. FICI, *La riforma del Terzo Settore e le fondazioni di origine bancaria*, cit., 359, secondo cui addirittura l'E.T.S. rappresenterebbe la struttura organizzativa più adeguata mediante cui esercitare un'impresa strumentale da parte di una fondazione bancaria.

⁷⁷ In questo senso mi sembra argomentare U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 172-173, il quale non esclude aprioristicamente che la fondazione bancaria possa dirigere – sfruttando eventuali partecipazioni di controllo non dismesse – anche una società bancaria, ma conclude sottolineando come di norma l'attività di direzione e coordinamento, in questi casi, sia svolta da un'altra società

terminologici, è, poi, bene precisare che l'eterodirezione non è, invece, necessariamente connaturata alle caratteristiche dell'attività della cd. fondazione finanziaria (o, con terminologia maggiormente fraintendibile, fondazione-*holding*). Nonostante la formulazione utilizzata, infatti, si tratta, come accennato in precedenza, di un ente fondazionale costituito unicamente per amministrare un patrimonio o gestire un'impresa, con l'obbligo statutario di devolverne le eventuali rendite ad altra fondazione (definita «operativa»), che le utilizzerà per conseguire i tipici fini di utilità sociale. Qualora, com'è possibile, la relazione si limiti ad un rapporto di mero finanziamento, è evidente che l'ente gestore non eserciterà, infatti, una direzione unitaria nei confronti del soggetto finanziato; quest'ultima potrebbe, invece, prospettarsi nelle ipotesi in cui lo statuto della fondazione operativa, in virtù di particolari clausole, le imponga di adempiere alle direttive del finanziatore, cui sarebbe riservato, a quel punto, un ruolo direttivo e d'indirizzo⁷⁸.

La conclusione possibilista in merito alla configurabilità teorica di un'attività di eterodirezione esercitata da un'associazione o da una fondazione non sembra poter vacillare neppure all'esito dell'introduzione del C.T.S., il quale, anzi, mirando all'«ibridazione» dei tipi, parrebbe pienamente in linea, quantomeno da un punto di vista di coerenza logica, con la tesi dell'ammissibilità di un E.T.S. *holding*. Infatti, pur non essendo stato inserito nella disciplina speciale alcun richiamo espresso all'attività di direzione e coordinamento – né sotto il profilo definitorio né in termini regolamentari – all'interno dell'art. 3, comma 2, C.T.S., è stato introdotto un generico rinvio, nei limiti della compatibilità, al dettato codicistico. Orbene, a meno di non voler ritenere che si tratti di un riferimento alle sole norme del Libro I del Codice Civile (con esclusione, dunque, di quelle del Libro V), non sembrerebbero esserci motivi ostativi a carattere ontologico per negare anche la compatibilità della categoria degli E.T.S. con le caratteristiche strutturali e teleologiche poste a fondamento della disciplina degli artt. 2497 ss. c.c.

bancaria in funzione di capogruppo; sull'applicabilità degli artt. 2497 ss. c.c. alle fondazioni bancarie cfr. anche G. MUCCIARELLI, *Attività e impresa nelle fondazioni bancarie*, Milano, Giuffrè, 2005, 217 ss.

⁷⁸ Sulle possibili modalità in cui si articola il rapporto tra ente finanziatore ed ente finanziato, cfr. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 78.

A questo punto, ponendo l'attenzione ancora una volta sulla disposizione di apertura del Capo IX, dopo aver verificato l'astratta conciliabilità, tanto in punto di *fattispecie* quanto in termini di *ratio*, del modello *non profit* con la nozione di eterodirezione, ai fini dell'applicazione del peculiare statuto di responsabilità nei confronti della *holding* si dovrà “*semplicemente*” verificare se in concreto la condotta tenuta da quest'ultima sia riconducibile al «fatto» direzione e coordinamento e se siano stati effettivamente integrati i presupposti che integrano l'abuso. D'altronde, appare quasi scontato evidenziare che gli enti qui in esame non possano usufruire, a meno che non dimostrino di detenere la partecipazione in società per motivazioni differenti da quelle tipizzate nella norma interpretativa, dell'esonero di cui al d.l. 78/2009, in quanto pacificamente rientranti – siano o non siano qualificati come del *Terzo Settore* secondo i canoni della riforma – nella categoria di «*soggetto giuridico collettivo*». Pertanto, pare incontestabile che le associazioni e le fondazioni che violino effettivamente – senza la sussistenza di eventuali vantaggi compensativi – i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale di una società eterodiretta abusando della propria attività di direzione e coordinamento potranno essere convenute in giudizio ai sensi dell'art. 2497 c.c. dai creditori o dai soci «esterni» della compagine abusata ed eventualmente condannate⁷⁹ qualora non dimostrino di detenere la propria

⁷⁹ In questo senso, ancora U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 166; d'altronde, anche prima dell'introduzione dell'art. 2497 c.c., tale conclusione era prospettata anche da A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., 173, il quale, prendendo spunto dalle soluzioni avanzate dalla dottrina tedesca – che risolveva il problema dell'associazione o fondazione capogruppo applicandole l'intero statuto del *Konzernrecht* – non riscontrava alcun motivo ostativo alla possibilità che i soci di minoranza o i creditori delle compagini eterodirette si rivalessero sull'ente senza scopo di lucro *holding* in presenza di un danno risarcibile, quand'anche fosse cagionato da direttive strumentali alla realizzazione degli scopi ideali. Sul punto, è interessante notare che, conformemente ai principi generali, quando si tratti di E.T.S. costituiti in forma di associazione riconosciuta o di fondazione, l'art. 22, comma 7, C.T.S., dispone che per le obbligazioni dell'ente risponderà solo il patrimonio dello stesso. Per quanto concerne la dottrina tedesca in tema, si noti come in V. EMMERICH – M. HABERSACK, *Konzernrecht*, cit., 590, sia affermata con certezza la sottoponibilità allo statuto dei gruppi per le *wirtschaftliche Vereine*, risultando, invece, maggiormente discussa l'applicabilità dello stesso alla tipologia associativa di cui al § 21, *BGB*; sulla possibilità di imputare la responsabilità all'associazione capogruppo, cfr. anche B. KNOF, sub § 12, cit., 228.

partecipazione al di fuori «della propria attività imprenditoriale» ovvero per finalità diverse da quelle «di natura economica o finanziaria». Inoltre, all'ente *non profit* capogruppo risulterebbe difficile non applicare le disposizioni inerenti alla pubblicità⁸⁰, alla motivazione analitica e al recesso, in quanto destinate ad incidere prevalentemente sulla vita della compagine eterodiretta a prescindere dalla natura dell'ente dirigente, nonché la norma sui finanziamenti infragruppo di cui all'art. 2497-*quinquies* c.c.⁸¹.

5. (segue) L'ente eterodiretto e il rischio di «inquinamento» dei fini.

Mentre l'associazione o fondazione nel ruolo di *holding* risulta compatibile con l'attuale panorama normativo, sembra più difficile poter dire lo stesso dell'ipotesi in cui l'ente non societario assuma una posizione di subordinazione.

Infatti, basta osservare la disciplina codicistica per notare come le prescrizioni volte a regolamentare la direzione e il coordinamento attribuiscono rilievo, dal punto di vista del soggetto eterodiretto, unicamente alle compagini societarie e, in specie, alle società di capitali, in quanto dotate di un'assemblea ordinaria nell'ambito della quale poter esercitare un'influenza derivante da controllo di diritto o di fatto⁸². Fatta salva la specifica fattispecie rappresentata

⁸⁰ Sull'applicazione degli obblighi pubblicitari di cui all'art. 2497-*bis* c.c. in aggiunta a quelli richiesti per il riconoscimento dal d.P.R. 10 febbraio 2000, cfr. U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 166; prima della riforma, A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., 173, sottolineava come, probabilmente in ragione della scarsa sensibilità del legislatore, l'ente *holding* sarebbe sottratto dalla redazione del bilancio consolidato di gruppo ai sensi dell'art. 25, d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127.

⁸¹ In senso favorevole all'applicazione della postergazione legale dei finanziamenti infragruppo effettuati dalla fondazione o associazione dirigente si vedano U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 167 e G.B. PORTALE, *Fondazioni «bancarie» e diritto societario*, cit., 31.

⁸² Benché, come evidenziato da F. GALGANO – G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, cit., 65, nulla escluda che il soggetto eterodiretto sia una società di persone, purché, però, abbia una struttura organizzativa conforme al modello della s.p.a. o della s.r.l. In verità, L. SCHIUMA, *Direzione e coordinamento di associazioni e fondazioni da parte di altri enti (ovvero dell'ipotesi di associazioni e fondazioni "controllate")*, cit., 186 ss., riconosce la plausibilità sul piano giuridico ed economico dell'eventuale

dall'impresa sociale⁸³, allora, qualora un ente non societario subisca un'ingerenza nella propria gestione – che, essendo un «fatto», non può empiricamente ritenersi a priori inimmaginabile – presumibilmente non potranno trovare applicazione, in virtù della suddetta incompatibilità, le disposizioni di cui agli artt. 2497 ss. c.c.⁸⁴. Invero, benché, in proposito, nulla dica il *Codice del Terzo Settore*, si deve ritenere che anche per gli enti in esso inclusi debba operare la medesima preclusione, considerato che l'art. 3, comma 2, C.T.S., rinvia sì genericamente alle disposizioni codicistiche, ma lo fa nei limiti della clausola di compatibilità. Orbene, è evidente che, a differenza di quanto si potrà constatare analizzando l'impresa sociale – la quale, potendo assumere anche una forma societaria, necessitava di un espresso divieto riguardante l'assoggettamento alla direzione unitaria di un ente lucrativo⁸⁵ – per quanto attiene al *genus* E.T.S. poteva ottenersi il medesimo risultato semplicemente facendo ricorso alla predetta clausola, dal momento che, stante

configurabilità di un'associazione o una fondazione – quando dotata di assemblea – controllata secondo i canoni delle organizzazioni «plutocratiche», fondando la propria tesi sull'idea che non vi siano ostacoli a che l'ente non societario introduca una regola che correli proporzionalmente il diritto di voto, mediante cui poter nominare gli amministratori, all'entità del contributo erogato al patrimonio dell'ente stesso.

⁸³ Sull'impresa sociale soggetta ad attività di direzione e coordinamento si rimanda ai §§ successivi.

⁸⁴ In senso diametralmente opposto rispetto alle considerazioni svolte nel testo, si veda L.SCHIUMA, *Direzione e coordinamento di associazioni e fondazioni da parte di altri enti (ovvero dell'ipotesi di associazioni e fondazioni "controllate")*, cit., 207 ss., la quale, sorvolando sul dettato testuale delle norme del Capo IX, giunge alla conclusione che associazioni e fondazioni controllate siano sottoponibili alla disciplina *de qua*, in quanto la soluzione negativa «porterebbe al risultato, paradossale, di considerare associazioni e fondazioni (...) come anelli "invisibili" della catena di controllo, "buchi neri" nei quali riversare i soli svantaggi della direzione e coordinamento». Con riguardo agli orientamenti nell'ordinamento tedesco, si veda V. EMMERICH – M. HABERSACK, *Konzernrecht*, cit., 594, nonché V. EMMERICH, sub § 17, in *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, a cura di V. Emmerich e M. Habersack, München, Beck, 2010, 64, in cui si sottolinea come le *Idealvereine* di cui al § 21, *BGB*, possono astrattamente essere considerate come soggetti eterodiretti ai sensi del § 17, *AktG*, benché ciò sia raro nella prassi, anche tenendo conto delle specifiche norme di organizzazione (aventi, però, carattere dispositivo *ex* § 40, *BGB*), ad esse dedicate.

⁸⁵ La possibilità di utilizzare una delle figure di cui al Libro V del Codice Civile, rende, infatti, quantomeno in astratto, compatibile la qualifica di impresa sociale con la posizione di soggetto eterodiretto, così come richiesto dagli artt. 2497 ss. c.c.

l'attuale formulazione degli artt. 2497 ss. c.c., qualora la *holding* sia una società, non si potrà considerare superata la verifica di compatibilità richiesta.

In realtà, in termini più speculativi, oltre che da un punto di vista strutturale, configurare, già in astratto, un'associazione o una fondazione del *Terzo Settore* come soggetto eterodiretto risulterebbe in contrasto anche con i principi informatori della riforma sotto il profilo teleologico. Infatti, uno degli obiettivi primari della novella legislativa è quello di preservare gli scopi di natura civica, solidaristica o di utilità sociale dei soggetti *non profit* evitando che questi ultimi possano subire il cd. «inquinamento» dei fini. Tale esigenza è esplicitata all'interno del testo dell'art. 4, comma 2, C.T.S., che, oltre ad indicare specificamente dei soggetti esclusi dalla categoria degli E.T.S.⁸⁶, nega tale qualifica anche a quegli enti che siano sottoposti al controllo o all'attività di direzione e coordinamento di questi ultimi. Come emerge dal chiarimento interpretativo intervenuto con la recente nota direttoriale n. 2243 del 4 marzo 2020 ad opera del Ministero del Lavoro, la scelta legislativa trova la propria *ratio* nell'esigenza di evitare il sopra citato fenomeno di sviamento dei fini, che rischierebbe di concretizzarsi qualora si introducessero all'interno del *Terzo Settore* «figure soggettive che, pur essendo formalmente distinte dai soggetti esclusi, sono comunque sottoposte ad un'influenza dominante da parte di questi ultimi, ravvisabile nella soggezione dell'ETS a direzione, coordinamento o controllo da parte di uno o più dei soggetti esclusi»⁸⁷. Ne consegue che, se si esclude testualmente la possibilità che una Pubblica Amministrazione (che qui si prende come esempio rappresentando uno dei soggetti esclusi più significativi) eserciti un'attività di direzione e coordinamento nei confronti di un E.T.S., a maggior ragione sembrerebbe doversi ritenere preclusa, anche in un'ottica teleologica, l'ingerenza da parte di organizzazioni *for profit* il cui condizionamento

⁸⁶ Testualmente, infatti, l'art. 4, comma 2, C.T.S. afferma che: «*non sono enti del Terzo settore le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, le associazioni di datori di lavoro*».

⁸⁷ Peraltro, coerentemente con quanto detto nel corpo del testo, la nota direttoriale precisa che comunque i soggetti esclusi avranno la possibilità di detenere una partecipazione in un E.T.S., purché questa non si traduca nell'esercizio di un'influenza dominante o nella disponibilità della maggioranza dei voti così come sopra precisato.

comporterebbe, molto probabilmente, un allontanamento dell'ente dalle proprie finalità istituzionali.

Peraltro, è interessante evidenziare come, seppur il maggior pregio della nota direttoriale sia stato quello di mettere in luce il problema dell'«inquinamento» dei fini, altrettanto utili sono le indicazioni di carattere definitorio volte a garantire un adeguamento esegetico alle nozioni di «controllo» e di «direzione e coordinamento», onde poterne usufruire in un contesto differente dal tradizionale mondo del diritto societario. Orbene, in base alle indicazioni ministeriali, la relazione di controllo su un ente *non profit* costituito secondo forme diverse da quelle del Libro V del c.c., non potendosi considerare l'usuale parametro fondato sulla partecipazione al capitale richiesto dall'art. 2359 c.c. – che comunque rimane referente normativo fondamentale – sarà verificabile soltanto «*con riferimento all'effetto che la partecipazione maggioritaria determina negli enti*»⁸⁸. Inoltre, qualora la situazione *de qua* risulti accertata – chiarisce il Ministero – opererà anche la presunzione di cui all'art. 2497-*sexies* c.c., dovendosi, poi, valutare la sussistenza in concreto di un'attività di direzione e coordinamento, identificabile come «*l'esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'ente, cioè sulle scelte strategiche ed operative*»⁸⁹.

Prendendo spunto, quindi, dall'analisi della normativa vigente e delle motivazioni poste alla base delle recenti scelte legislative, è, dunque, possibile concludere nel senso che l'associazione o la fondazione non possano mai tecnicamente configurarsi quale ente eterodiretto né secondo le ordinarie regole del Capo IX del Codice Civile – il che precluderebbe l'azione diretta nei confronti del soggetto che eventualmente eserciti un condizionamento nella gestione dell'ente da

⁸⁸ Ne consegue che potrà, per esempio, parlarsi di un controllo *di diritto* qualora l'atto costitutivo e lo statuto attribuiscono ad un determinato soggetto escluso – o, si badi bene, ad un insieme di soggetti esclusi anche di diversa categoria – la maggioranza dei voti esercitabili nell'organo assembleare o in quello amministrativo, anche qualora tale maggioranza sia raggiunta solo in forma congiunta; il controllo *di fatto* e quello *contrattuale*, di cui ai nn. 2) e 3) dell'art. 2359 c.c., saranno, invece, da valutarsi in concreto alla luce dell'eventuale influenza dominante sull'attività dell'ente.

⁸⁹ Appare abbastanza evidente l'utilizzo pressoché testuale della definizione data alla locuzione *de qua* da Paolo Montalenti e già citata in Cap. I, nt. 38.

parte di «soci» di minoranza⁹⁰ e creditori⁹¹ – né in virtù delle disposizioni del C.T.S.⁹².

L'unica, eventuale e remota, ipotesi in cui in cui l'attività di direzione e coordinamento non rischi di sfociare in un «inquinamento» dei fini istituzionali potrebbe verificarsi nel sol caso in cui l'ente dirigente appartenga anch'esso alla categoria *non profit*. Tale evenienza potrebbe, ad esempio, assumere rilievo pratico in presenza di un rapporto tra una fondazione finanziaria e una fondazione

⁹⁰ Tale posizione, nel caso di specie, sarebbe rivestita dagli associati o da eventuali partecipanti ad una fondazione controllata, in quanto assimilabili ai soci di una compagine lucrativa da un punto di vista sostanziale: peraltro, che l'azione di responsabilità *ex art.* 2497 c.c. possa essere esercitata dalle suddette categorie è messo in dubbio dalla stessa L. SCHIUMA, *Direzione e coordinamento di associazioni e fondazioni da parte di altri enti (ovvero dell'ipotesi di associazioni e fondazioni "controllate")*, cit., 207 (nt. 44), dal momento che in capo a tali categorie soggettive difficilmente potrebbe accertarsi una lesione di prerogative a carattere patrimoniale (che rappresenterebbe l'unica voce risarcibile *ex lege*), essendo il contributo fornito non qualificabile come un investimento da valorizzare, quanto piuttosto come una dazione volta a realizzare finalità di tipo altruistico. Inoltre, sempre secondo l'Autrice qui citata (spec. p. 207, nt. 45), tale considerazione finirebbe per precludere agli stessi soggetti anche l'utilizzabilità dello strumento del recesso di cui all'*art.* 2497-*quater* c.c., non risultando verificabile alcun mutamento del senso economico di un investimento, in quanto quest'ultimo, in realtà, non è mai stato effettuato.

⁹¹ Ad onor del vero la tesi dell'ammissibilità avrebbe come suo pregio, valorizzando, ancora una volta, quella prospettiva di *Schutzrecht* tipica del diritto dei gruppi, proprio la tutela dei creditori che, invece, in assenza di azione diretta, rimarrebbero privi di adeguati strumenti rimediali da attivare nei confronti del soggetto che s'ingerisca nella gestione dell'ente con cui abbiano intrattenuto rapporti giuridici; ed è probabilmente questo il motivo per il quale, valorizzando le formulazioni degli artt. 2, lett. *h*), e 255 (richiamato dal già citato art. 259) del C.C.I.I., A. NIGRO, *Gli imprenditori collettivi non societari nel diritto della crisi*, cit., 1611, seppur a soli fini settoriali, propende per l'applicazione estensiva agli enti collettivi non societari – in quanto compatibile – del disposto dell'*art.* 2497, comma 4, c.c., con cui si attribuisce al curatore la facoltà di esercitare l'azione spettante ai creditori in caso di liquidazione giudiziale.

⁹² È plausibile, richiamando le interpretazioni sulla responsabilità dello Stato-azionista, che l'associazione o la fondazione che dovesse subire un danno causato dall'ingerenza nella propria gestione da parte di un soggetto dirigente possa, almeno astrattamente, agire secondo i principi generali in materia di illecito civile: tuttavia, come si è notato già nel Capitolo I tale evenienza risulterebbe assolutamente improbabile da un punto di vista pratico.

operativa⁹³, richiedendosi, però, in simili circostanze, uno sforzo poderoso dell'interprete volto ad individuare la disciplina applicabile, in assenza di una normativa sul punto e stante il pressoché impossibile utilizzo in termini analogici del Codice Civile.

6. Il particolare statuto dell'impresa sociale.

Come preannunciato, dopo aver approfondito analiticamente il rapporto tra il diritto societario – segnatamente, le norme in tema di gruppi – e gli enti appartenenti al *Terzo Settore* costituiti secondo il modello associazionistico o fondazionale, l'ultima parte della trattazione sarà dedicata ad un'analisi degli assetti proprietari dell'impresa sociale, che trova la propria disciplina all'interno del più volte citato d.lgs. n. 112/2017 (o *decreto IS*). Ai sensi dell'art. 1, comma 1, di quest'ultimo, la qualifica *de qua* potrà essere ottenuta da un qualsiasi ente privato – anche organizzato, si badi, in forma societaria⁹⁴ – che, per perseguire le medesime finalità di utilità sociale caratterizzanti gli E.T.S. intesi quale *genus*⁹⁵, svolga un'attività di interesse generale⁹⁶ avente natura imprenditoriale in via «*stabile e principale*»⁹⁷. Già dalla definizione fornita dal legislatore emergono i due peculiari

⁹³ Ma, probabilmente, anche qualora il controllo di un E.T.S. sia detenuto da una fondazione di origine bancaria, come paventato nel già citato contributo di FICI A., *La riforma del Terzo Settore e le fondazioni di origine bancaria*, cit., 359, purché, ovviamente, ne derivi un'effettiva ingerenza nella gestione dell'ente subordinato.

⁹⁴ Modello organizzativo rispetto al quale, secondo A. CETRA, *Enti del terzo settore e attività d'impresa*, cit., 678 ss., sarebbe da riscontrarsi anche un *favor* legislativo.

⁹⁵ Peraltro, si richiede l'adozione di «*modalità di gestione responsabili e trasparenti e favorendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alle loro attività*».

⁹⁶ Il cui catalogo è inserito all'interno dell'art. 2, comma 1, d.lgs. 112/2017; per una comparazione tra l'elenco *de quo* e quello di cui all'art. 5, comma 1, C.T.S., si veda A. FICI, *L'attività degli enti del Terzo Settore*, in AA.VV., *Il Codice del Terzo Settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, a cura di M. Gorgoni, Pisa, Pacini, 2018, 77, nonché M.L. VITALI, *Riforma del «terzo settore», nuova disciplina dell'impresa sociale e regole societarie*, cit., 91 e G. MARASÀ, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore*, cit., 673-674.

⁹⁷ Ai sensi dell'art. 2, comma 3, d.lgs. 112/2017, il vincolo di prevalenza si intende ottemperato qualora i ricavi provenienti dall'attività non speculativa siano

elementi caratteristici dell'impresa sociale, che contribuiscono a differenziarla dalla categoria degli E.T.S.: in primo luogo, infatti, l'attività d'interesse generale dovrà avere necessariamente carattere di impresa, risultando la riconducibilità della stessa al paradigma dell'art. 2082 c.c. requisito imprescindibile per ottenere la relativa qualifica. In seconda istanza, la figura disciplinata dal *decreto IS* potrà assumere tanto la forma di un'associazione o di una fondazione quanto quelle di una compagine societaria, la quale, però, in chiara deroga al principio di cui all'art. 2247 c.c., sarà connotata dalla mera possibilità (e non dall'obbligatorietà)⁹⁸ del perseguimento di un lucro soggettivo⁹⁹ che affianchi le finalità a carattere solidaristico. Tale precisazione consente, peraltro, di rimarcare la differenza della figura qui in esame rispetto a quella, di introduzione ancor più recente nel nostro ordinamento, rappresentata dalla cd. società *benefit*¹⁰⁰. Quest'ultima, infatti, nell'esercizio della propria attività economica, è tenuta – non essendoci, dunque, sul punto, alcuna facoltà di scelta – tanto a finalizzare la propria azione alla

superiori al 70% di quelli complessivi dell'impresa sociale; peraltro, sui rapporti tra il requisito di «stabilità» e quello di «esclusività» dell'attività di interesse generale, richiesti, rispettivamente, per le imprese sociali e per gli E.T.S. in generale, cfr. M.L. VITALI, *Riforma del «terzo settore», nuova disciplina dell'impresa sociale e regole societarie*, cit., 92.

⁹⁸ La circostanza che l'impresa sociale possa essere costituita in forma societaria e che, anche in tal caso, lo scopo di lucro sia considerato quale elemento meramente eventuale dal legislatore, spinge M.L. VITALI, *Riforma del «terzo settore», nuova disciplina dell'impresa sociale e regole societarie*, cit., 98, a sostenere che tale scelta normativa abbia sostanzialmente avallato, quantomeno con riguardo al perseguimento degli interessi di natura generale individuati nel d.lgs. 112/2017, l'idea della «neutralità» causale e teleologica del tipo societario.

⁹⁹ Seppur sia formalmente richiamata la regola generale valida per tutti gli E.T.S., infatti, l'art. 3, comma 3, *decreto IS*, consente comunque all'impresa sociale costituita in forma societaria di destinare una quota prestabilita degli utili annuali (inferiore al 50%, dedotte eventuali perdite) alla distribuzione di dividendi ai soci «seppur in misura comunque non superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato: questo spiega, nella condivisibile ricostruzione di G. MARASÀ, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore*, cit., 679, perché il *decreto IS* non impone il perseguimento delle finalità sociali *in via esclusiva*.

¹⁰⁰ Il riferimento normativo è l'art. 1, commi dal 376 al 384, l. 28 dicembre 2015, n. 208 (*Legge di Stabilità* 2016).

divisione degli utili, quanto a conseguire una o più finalità di beneficio comune¹⁰¹ «mediante una gestione volta al bilanciamento con l'interesse dei soci e con l'interesse di coloro sui quali l'attività sociale possa avere un impatto»¹⁰². Al di là dei parametri su cui fondare il contemperamento richiesto *ex lege*¹⁰³ e degli eventuali profili di responsabilità dell'organo amministrativo¹⁰⁴, emerge con

¹⁰¹ Si tratta, secondo la ricostruzione di U. TOMBARI, *“Potere” e “interessi” nella grande impresa azionaria*, cit., 70-71, di parte dello «scopo-fine» della società, il cui perseguimento è frutto di una libera scelta dei soci.

¹⁰² Cfr. art. 1, comma 377, l. 218/2015, cit., che sembra trovare una specificazione all'interno del successivo comma 380, in cui si prevede testualmente che «la società benefit è amministrata in modo da bilanciare l'interesse dei soci, il perseguimento delle finalità di beneficio comune e gli interessi delle categorie indicate nel comma 376 conformemente a quanto previsto dallo statuto»; dall'obbligo di contemperamento di interessi differenti previsto per le società benefit, U. TOMBARI, *L'organo amministrativo di S.p.A tra “interessi dei soci” ed “altri interessi”*, in *Rivista delle Società*, 2018, fasc. 1, 27, desume, a contrario, che nelle compagini non benefit tale dovere di composizione a carico dell'organo amministrativo non sussista; ID., *“Potere” e “interessi” nella grande impresa azionaria*, cit., 71-72; in senso critico rispetto a questa contrapposizione – se intesa in termini di rigida antinomia – si veda P. MONTALENTI, *L'interesse sociale: una sintesi*, cit., 318.

¹⁰³ Sul punto, è interessante notare come nella Circolare Assonime del 20 giugno 2016, n. 19, reperibile in www.assonime.it, 22-23, siano individuati come parametro normativo utile a guidare l'operato degli amministratori (nonché a valutarne la correttezza) con riguardo alle operazioni di bilanciamento degli opposti interessi in gioco proprio i criteri di corretta gestione societaria e imprenditoriale e il principio dei vantaggi compensativi di cui all'art. 2497 ss. c.c.; in dottrina, criticano tale scelta sotto il profilo sostanziale S. CORSO, *Le società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova “qualifica” tra profit e non-profit*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2016, fasc. 5, 1021, e A. ZOPPINI, *Un raffronto tra società benefit ed enti non profit: implicazioni sistematiche e profili critici*, cit., 7, il quale assume come norme di riferimento la disciplina delle azioni correlate (art. 2350, comma 2, c.c.) e quella dei patrimoni destinati (artt. 2447-bis ss. c.c.); E. CODAZZI, *Società benefit (di capitali) e bilanciamento di interessi: alcune considerazioni sull'organizzazione interna*, in *Rivista ODC*, 2020, fasc. 2, 614-615, riterrebbe utile mutuare dalla disciplina della direzione e coordinamento le disposizioni di cui agli artt. 2497-bis e 2497-ter c.c. in tema di obblighi pubblicitari e motivazione delle decisioni.

¹⁰⁴ E, sul punto, si vedano le interessanti considerazioni di A. DACCÒ, *Le società benefit tra interesse dei soci e interesse dei terzi: il ruolo degli amministratori e i profili di responsabilità in Italia e negli Stati Uniti*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2021, I, fasc. 1, 55 ss., la quale, anche valorizzando la comparazione con l'esperienza statunitense, evidenzia come l'adempimento del dovere di bilanciamento di interessi garantisca agli amministratori spazi di discrezionalità addirittura più ampi rispetto a quelli delle comuni compagini for

chiarezza come ben diversa sia la natura di una società *benefit* rispetto a quella assunta dall'impresa sociale, la quale rimane, a prescindere dalla struttura organizzativa adottata, l'unica tra le due ad essere legittimamente annoverabile tra gli enti *non profit*¹⁰⁵.

Ciononostante, considerato che il *decreto IS* ha aggiornato una fattispecie normativa comunque riservata ad un soggetto immaginato per l'esercizio dell'attività imprenditoriale, dall'analisi di alcune norme del testo di legge potrebbero evincersi taluni elementi, anche derogatori di quanto stabilito nel C.T.S.¹⁰⁶, magari utili a colmarne, a livello sistematico, la lacunosa (eufemisticamente parlando) disciplina dell'attività di direzione e coordinamento. A riprova di ciò, il legislatore dedica al cd. «*gruppo di imprese sociali*»¹⁰⁷ l'art. 4 del d.lgs. 112/2017 che, nel rimodulare la vecchia formulazione contenuta all'interno dell'art. 4, d.lgs. 155/2006¹⁰⁸, pur migliorandone, per quel che qui interessa, alcuni aspetti tecnici, ne ha mantenuto inalterata la rubrica «*Struttura proprietaria e disciplina dei gruppi*», prevedendo che in caso di esercizio di direzione unitaria trovino applicazione gli artt. 2497 ss. c.c. e l'art. 2545-*septies* c.c. «*in quanto compatibili*».

Non dissimilmente da quanto visto con riguardo alle associazioni e alle fondazioni di cui al Libro I o assoggettate al C.T.S., nessun ostacolo teorico si

profit, ma, allo stesso tempo, renda necessario il rispetto di più stringenti regole procedurali, la cui eventuale violazione, non potendosi applicare la *business judgement rule*, risulterebbe assolutamente sindacabile in sede giudiziaria.

¹⁰⁵ E, infatti, secondo M.L. VITALI, *Riforma del «terzo settore», nuova disciplina dell'impresa sociale e regole societarie*, cit., 98, le società *benefit*, avendo tale duplice orientamento teleologico, si porrebbero dogmaticamente in posizione mediana tra le s.p.a. con scopo (esclusivamente) lucrativo e l'impresa sociale societaria non lucrativa; come segnalato da G. MARASÀ, *Imprese sociali, altri enti del terzo settore, società benefit*, Torino, Giappichelli, 2019, 15, il legislatore, peraltro, non sembra aver individuato alcuna graduazione tra i due scopi.

¹⁰⁶ Cfr. art. 3, comma 1, C.T.S., che dispone l'applicazione della disciplina generale anche alle categorie di enti che hanno una disciplina particolare «*ove non derogate*» ed «*in quanto compatibili*».

¹⁰⁷ La definizione è di V. DONATIVI, *Struttura proprietaria e disciplina dei gruppi di «imprese sociali»*, cit., 1325.

¹⁰⁸ Il riferimento è a d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155, *Disciplina dell'impresa sociale*, a norma della l. 13 giugno 2005, n. 118.

frappone alla possibilità che un ente *non profit* qualificato come impresa sociale assuma una posizione sovraordinata o collaterale rispetto ad un soggetto lucrativo di cui detenga una quota di partecipazione¹⁰⁹ né che entri a far parte di un gruppo cooperativo paritetico *ex art. 2545-septies c.c.*¹¹⁰, da ciò derivandone l'integrale assoggettabilità al dettato codicistico.

Ben più complessa, viceversa, risulta la configurabilità astratta di un'impresa sociale eterodiretta, in qualunque forma essa sia organizzata. Sul punto, è opportuno segnalare, innanzitutto, come, già nella vigenza del testo del 2006, alcuni autori argomentavano che, essendo il dato normativo riferito all'impresa sociale *in quanto tale*, senza specificazioni circa la sua natura giuridica, la disciplina settoriale dovesse essere considerata di più ampio respiro rispetto al dettato codicistico. Infatti, mentre quest'ultimo riserva (e riservava), come visto, il relativo regime soltanto ai casi in cui il soggetto eterodiretto sia una compagine societaria, l'art. 4, d.lgs. 155/2006, nel suo amplissimo *dictum*, avrebbe avuto come effetto quello di estendere tale possibilità anche alle imprese sociali costituite in forma di associazione o fondazione¹¹¹.

Invero, una lettura di questo genere rischierebbe, in primo luogo, di privare di senso la clausola di compatibilità che il legislatore si è premurato di inserire all'interno dell'art. 4 già nel suo testo originale e, peraltro, risulterebbe ancor meno condivisibile alla luce della riforma organica del 2017. Infatti, pur non avendo il *decreto IS* modificato il dato normativo sotto questo aspetto, sarebbe incomprensibile, in presenza di un'identica *ratio* – rappresentata dalla necessità di evitare lo sviamento dei fini dell'ente *non profit* – adottare scelte interpretative differenti da quelle viste con riguardo alla generalità degli E.T.S. Pertanto, così come questi ultimi non sono sottoponibili alla disciplina dell'attività di direzione e

¹⁰⁹ Dal momento che, come sottolineato dallo stesso V. DONATIVI, *Struttura proprietaria e disciplina dei gruppi di «imprese sociali»*, cit., 1325, in una simile ipotesi non sarebbe minimamente ravvisabile alcun rischio di «inquinamento» dei fini.

¹¹⁰ In termini, commentando la legge delega da cui scaturì la prima regolamentazione dell'impresa sociale, cfr. G.M. RIVOLTA, *Profili giuridici dell'impresa sociale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2004, I, fasc. 6, 1170.

¹¹¹ In questo senso, nella vigenza del vecchio testo normativo, si esprimeva, infatti, V. DONATIVI, *Struttura proprietaria e disciplina dei gruppi di «imprese sociali»*, cit., 1284.

coordinamento di cui al Capo IX in virtù della contrarietà alla clausola di compatibilità, lo stesso ragionamento dovrebbe valere anche quando gli enti *de quibus* abbiano ottenuto la qualifica di impresa sociale di cui al d.lgs. n. 112/2017.

Orbene, una volta precisato tale aspetto, si potrebbe obiettare che, però, la previsione della clausola di compatibilità *ex art. 4, comma 1, decreto IS*, sembrerebbe, invece, in linea di massima, non ostare all'eventualità che ad essere sottoposta alle norme di cui agli artt. 2497 ss. c.c. sia un'impresa sociale costituita in forma societaria. In realtà, però, anche quest'esito interpretativo, apparentemente valido se parametrato ai principi generali, pare inaccettabile alla luce delle limitazioni – simili, ma non propriamente coincidenti con quelle previste per la generalità degli E.T.S. – introdotte dal legislatore all'interno della normativa speciale per ragioni teleologiche. Infatti, onde evitare che l'impresa sociale subisca pressioni volte al perseguimento di obiettivi differenti e, spesso, antitetici rispetto a quelli istituzionali¹¹², l'art. 4, *decreto IS*, esclude testualmente che nei confronti di questa possano esercitare direzione e coordinamento nonché detenere una posizione di controllo, quand'anche analogo, congiunto o indiretto¹¹³, non soltanto le Pubbliche Amministrazioni (come, invece, fatto, espressamente, per la generalità degli E.T.S.), ma anche le società unipersonali e gli «enti lucrativi». In altri termini, tale preclusione rende sostanzialmente impossibile, in quanto *contra legem*, l'assoggettamento di un ente *non profit* qualificabile come impresa sociale, anche se costituito secondo le forme del Libro V del c.c., alla disciplina dei gruppi, sia quando l'ingerenza sia pubblica sia quando si tratti di un condizionamento da parte di soggetti *for profit*, potendosi ammettere, in via meramente ipotetica, unicamente la direzione unitaria da parte di soggetti non ricompresi nel catalogo di cui all'art.

¹¹² Peraltro, sul punto appare pertinente la domanda, cui l'Autore pare dare risposta negativa, formulata da M.L. VITALI, *Riforma del «terzo settore», nuova disciplina dell'impresa sociale e regole societarie*, cit., 90, sulla possibilità di ritenere applicabile la *business judgement rule* alle scelte degli amministratori di impresa sociale rivelatesi *ex post* contrarie ai principi ispiratori della disciplina.

¹¹³ La preclusione alla detenzione di una posizione di controllo indiretto, oggi introdotta espressamente dalla nota ministeriale, veniva comunque già considerata esistente, con sufficiente grado di certezza, da V. DONATIVI, *Struttura proprietaria e disciplina dei gruppi di «imprese sociali»*, cit., 1326.

4, comma 3, d.lgs. n. 112/2017, e, quindi, di associazioni¹¹⁴, fondazioni o cooperative¹¹⁵. È evidente che se l'attività di eterodirezione fosse legittima, come nei casi da ultimo posti in evidenza, trattandosi comunque di un ente controllato avente natura societaria, sarebbe assolutamente coerente applicare – quantomeno dal punto di vista del soggetto subordinato – gli artt. 2497 ss. c.c. nella loro interezza, dal momento che non sorgerebbe alcun problema di compatibilità.

Infine, in conclusione, è interessante sottolineare come l'attuale formulazione dell'art. 4, comma 3, cit., nel sostituire il testo previgente, ha introdotto la dizione di «enti lucrativi» al posto di quella, ben più estesa, di «imprese private con finalità lucrative». Orbene, mentre quest'ultima locuzione ricomprendeva al suo interno – e, dunque, escludeva dai soggetti abilitati all'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento sull'impresa sociale – anche la *holding*-persona fisica¹¹⁶, è appena il caso di notare come tale soluzione non appaia più così scontata in ossequio alla norma così come rivisitata, anche considerando che il comma 1 della medesima disposizione continua a prevedere una presunzione – tra l'altro, assoluta – nei confronti del «soggetto»¹¹⁷ che «per

¹¹⁴ Conformemente, con riguardo ad associazioni non riconosciute non qualificabili come imprese sociali, cfr. R. COSTI, *L'impresa sociale: prime annotazioni esegetiche*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2006, I, fasc. 6, 865.

¹¹⁵ E vedi, in questi termini, lo stesso V. DONATIVI, *Struttura proprietaria e disciplina dei gruppi di «imprese sociali»*, cit., 1326-1327; *contra*, però, nella vigenza del vecchio testo, R. COSTI, *L'impresa sociale: prime annotazioni esegetiche*, cit., 865, il quale interpretava la dizione «impresa lucrativa» in senso coincidente a quello di ente non caratterizzato dall'assenza dello scopo di lucro e, dunque, finiva per includere tra i soggetti cui era precluso il controllo dell'impresa sociale le cooperative, sia pure a mutualità prevalente, che distribuivano avanzi di gestione o assegnassero ristorni ai soci.

¹¹⁶ In questo senso, cfr. V. DONATIVI, *Struttura proprietaria e disciplina dei gruppi di «imprese sociali»*, cit., 1299, il quale, ovviamente, traeva spunto dalla norma di interpretazione autentica di cui all'art. 19, comma 6, d.l. 78/2009, che faceva riferimento ai «soggetti giuridici collettivi».

¹¹⁷ Un simile riferimento testuale sembra avvicinarsi alla locuzione «chi», il cui utilizzo è stato puntualmente ridotto all'interno del Capo IX del Codice Civile proprio per evitare di incorrere nel rischio che si potesse paventare la configurazione di una *holding* persona fisica: sul punto V. DONATIVI, *Struttura proprietaria e disciplina dei gruppi di «imprese sociali»*, cit., 1299, sottolineava come fosse difficile immaginare che la diversa scelta lessicale potesse considerarsi l'esito di una scelta di politica legislativa, essendo arduo riconoscerne gli argomenti ermeneutici significativi che potessero esservi alla base.

previsioni statutarie o per qualsiasi altra ragione, abbia la facoltà di nominare la maggioranza dei componenti dell'organo di amministrazione dell'impresa sociale».

In attesa di eventuali pronunce giurisprudenziali che possano risolvere le complesse questioni connesse ai profili di applicazione soggettiva delle norme sui gruppi d'impresa sociali, è ora possibile soffermarsi su un altro quesito altrettanto articolato, concernente la nozione di direzione unitaria effettivamente accolta dalla regolamentazione speciale, il cui chiarimento è preliminare all'eventuale individuazione di punti di divergenza con la disciplina codicistica generale.

7. (segue) Da «direzione e controllo» a «direzione e coordinamento».

All'asserita estensione soggettiva, di cui si è visto nel paragrafo precedente, faceva seguito, nella formulazione originale dell'art. 4, d.lgs. 155/2006, anche un (altrettanto presunto) ampliamento oggettivo delle norme di cui al Capo IX del Codice Civile. Infatti, il legislatore imponeva l'applicazione di quest'ultimo, nei limiti della compatibilità, in presenza di una situazione impropriamente definita di «direzione e controllo» e diversa, quantomeno sotto il profilo testuale, da quella di «direzione e coordinamento» di cui all'art. 2497 c.c.

Taluni, nonostante l'evidente discrasia, ritenevano che le due espressioni dovessero, però, considerarsi sostanzialmente equivalenti¹¹⁸. Un'interpretazione concettuale uniforme avrebbe, infatti, in *primis*, evitato un'eventuale disarmonia sistematica determinata dalla correlazione tra il concetto di «direzione», riguardante una situazione fattuale e dinamica strettamente connessa al fenomeno di gruppo, e quello di «controllo», la cui peculiarità è quella di individuare una posizione statica e collegata all'influenza dominante intesa in termini meramente potenziali¹¹⁹; in seconda, non meno rilevante, istanza, non ci si sarebbe arrischiati ad un necessario

¹¹⁸ Tra i primi commenti si veda, ad esempio, G. DI CECCO, *Il "terzo settore" per i beni culturali alla (tenue) luce della disciplina dell'impresa sociale*, in *Aedon*, 2006, fasc. 2, 13 ss.

¹¹⁹ È questa l'argomentazione principale che, secondo V. DONATIVI, *Struttura proprietaria e disciplina dei gruppi di «imprese sociali»*, cit., 1286, potrebbe giustificare un'assimilazione tra le due formulazioni legislative.

confronto con un'espressione in apparenza intrinsecamente contraddittoria quale quella di «attività di controllo»¹²⁰.

Altra tesi, invece, assumeva che, non potendosi ritenere sovrapponibili le due locuzioni, la disciplina speciale fosse da considerarsi di applicazione più ampia sotto il profilo oggettivo. In effetti, tale argomentazione trovava la propria ragion d'essere già nel tenore testuale della norma¹²¹, la quale avrebbe lasciato trasparire che le disposizioni di cui agli artt. 2497 ss. c.c. dovessero applicarsi – quando ad essere coinvolta fosse un'impresa sociale – non solo in presenza di un'influenza dominante effettiva (trattandosi, in quel caso, della direzione e coordinamento intesa in senso codicistico), ma anche in caso di ingerenza meramente potenziale, come nell'ipotesi di una situazione di controllo *ex art.* 2359 c.c. Peraltro, i sostenitori dell'idea appena enunciata affermavano che la scelta legislativa, la cui *ratio*, sotto il profilo teleologico, sarebbe stata riconducibile alla volontà di assicurare un inasprimento della disciplina speciale in virtù della peculiare natura dell'ente *non profit*¹²², avrebbe trovato conferma, in termini più strettamente sistematici, nella natura *iuris et de iure* della presunzione predisposta all'interno dello stesso art. 4. Infatti, il comma 1, ultima parte, della norma *de qua* prevedeva che la sussistenza di una direzione e controllo fosse presunta «*in ogni caso*»¹²³, in

¹²⁰ Si veda, in tal senso, l'aspra critica di R. COSTI, *L'impresa sociale: prime annotazioni esegetiche*, cit., 869.

¹²¹ D'altronde, in questo senso argomentava V. DONATIVI, *Struttura proprietaria e disciplina dei gruppi di «imprese sociali»*, 1287 ss., segnalando che la locuzione di «direzione e controllo» era stata utilizzata tanto nel comma 1 quanto nel comma 3 dell'art. 4, dovendosi, pertanto, ritenere poco plausibile una svista del legislatore (spec. p. 1287), che, peraltro, si era dimostrato rispettoso dei criteri direttivi della legge delega (spec. p. 1290) e risultava coerente con la rubrica della disposizione, che recitava (e tuttora recita) «*Struttura proprietaria e disciplina dei gruppi*» (spec. p. 1291).

¹²² In questi termini si veda, ancora, V. DONATIVI, *Struttura proprietaria e disciplina dei gruppi di «imprese sociali»*, cit., 1288, secondo il quale la volontà di tale inasprimento sarebbe stata confermata anche dal dettato dell'art. 4, comma 3, d.lgs. 155/2006, che precludeva ai soggetti espressamente esclusi non solo l'esercizio di una direzione unitaria, ma anche la detenzione del controllo, con ciò dimostrando che anche la mera potenzialità di esercizio di un'influenza dominante rischierebbe di porre in pericolo l'indipendenza di fini dell'impresa sociale.

¹²³ Sulla natura assoluta della presunzione cfr. V. DONATIVI, *Struttura proprietaria e disciplina dei gruppi di «imprese sociali»*, cit., 1290 ss.; nonché G.

capo al soggetto che avesse facoltà di nominare la maggioranza dell'organo di amministrazione dell'impresa sociale. Considerato che, ai sensi dell'art. 2359 c.c., l'attribuzione di tale potere rappresenta, tendenzialmente, implicita conseguenza della posizione di controllo¹²⁴, richiamando il medesimo presupposto – peraltro senza nemmeno la concessione di una prova contraria – con riferimento all'attività di eterodirezione, il legislatore sembrerebbe allora aver voluto far scaturire l'applicazione degli artt. 2497 ss. c.c. ad un momento di mera potenzialità dell'influenza dominante.

In realtà, la relazione bilaterale tra la natura assoluta della presunzione e il più esteso ambito oggettivo della direzione unitaria secondo la legislazione speciale sembra essere venuta meno con l'attuale formulazione dell'art. 4, *decreto IS*. Infatti, mentre la locuzione «direzione e controllo» è stata corretta con la più coerente «direzione e coordinamento», la suddetta presunzione è rimasta inalterata, con ciò potendosi chiaramente evincere che la natura di quest'ultima non era assolutamente connessa alla diversa nozione utilizzata dal legislatore nel 2006.

Tuttavia, benché tale puntualizzazione consenta di confutare l'idea che la diversa terminologia utilizzata fosse fondata su differenze concettuali sostanziali (piuttosto che su sviste meramente di carattere formale), non è men vero – e sul punto bisogna dare credito alla seconda delle tesi citate – che effettivamente il legislatore sembra continuare a propendere per una disciplina più rigida in presenza di un'impresa sociale. Infatti, qualora sia quest'ultima il soggetto eterodiretto¹²⁵, in virtù della presunzione dell'art. 4, comma 1 – che deve ancora interpretarsi come a

RACUGNO, *L'impresa sociale*, in *Rivista del diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, 2009, I, fasc. 1, 63.

¹²⁴ L'identità dei presupposti spingeva V. DONATIVI, *Struttura proprietaria e disciplina dei gruppi di «imprese sociali»*, cit., 1295, ad affermare, peraltro, che la presunzione di cui all'art. 4, comma 1, d.lgs. 155/2006, fosse «speciale» rispetto a quella «generale» di cui all'art. 2497-sexies c.c., la quale avrebbe riacquisito spazio applicativo qualora, in assenza di una chiara facoltà di nomina della maggioranza degli organi amministrativi (che avrebbe reso, dunque, inoperante la presunzione *iuris et de iure*), vi fosse comunque una situazione di influenza dominante sull'impresa sociale.

¹²⁵ Il che, come si è visto, può accadere solo qualora la *holding* sia non lucrativa o, secondo alcuni, una cooperativa.

carattere assoluto¹²⁶ – non sarà possibile, per il soggetto che *effettivamente* s'ingerisca nella gestione dell'ente *non profit*, fornire prova contraria, a differenza di quanto previsto dall'art. 2497-*sexies* c.c. Inoltre, non può non evidenziarsi come la disposizione di cui al comma 1 debba necessariamente leggersi in un'ottica atomistica rispetto a quella di cui al comma 3, che, nel delineare i soggetti cd. esclusi, continua a precludere a questi ultimi non solo l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento, ma anche la detenzione di una posizione di controllo¹²⁷. Tale dissociazione sembrerebbe potersi giustificare soltanto guardando alle *rationes* dei due commi: essendo il comma 3 finalizzato ad escludere l'«inquinamento» dei fini è, infatti, ragionevole pensare che il momento della tutela sia stato consapevolmente anticipato rispetto a quello predisposto dal comma di apertura, il quale, invece, finirà per trovare applicazione solo quando l'attività di eterodirezione sia esercitata, in modo fisiologico e legittimo, dai soli soggetti a ciò abilitati¹²⁸.

8. Conclusioni.

Sia consentito, a questo punto, tirare le somme di quanto detto in proposito al delicato rapporto intercorrente tra l'attività di direzione e coordinamento e il mondo *non profit*.

¹²⁶ E in questo senso, dopo la riforma, sembra esprimersi M. TOLA, *La governance degli enti del terzo settore e i sistemi multistakeholders*, cit., 398, sottolineando anche i curiosi corollari che potrebbero scaturirne nell'ambito degli enti ecclesiastici.

¹²⁷ D'altronde, che vi fosse una divergenza di senso tra i due commi anche nell'art. 4 del vecchio d.lgs. 155/2006 mi pare potersi desumere dalle parole di R. COSTI, *L'impresa sociale: prime annotazioni esegetiche*, cit., 869.

¹²⁸ Sull'espressione volutamente ampia utilizzata dal legislatore all'interno dell'art. 4, comma 3, sono interessanti i contenuti delle due note del Ministero del Lavoro n. 880 del 28 gennaio 2019 e n. 4096 del 3 maggio 2019 in risposta a quesiti formulati in merito alla disciplina *de qua*. La seconda nota, a dimostrazione della larghezza con cui deve interpretarsi il divieto in oggetto, concludeva affermando che quest'ultimo risulterebbe eluso nel caso in cui un'associazione qualificata come impresa sociale abbia come unico socio un consorzio senza scopo di lucro, ma, questo, a sua volta, sia partecipato da soci *for profit* per il 68% e abbia un C.d.A. espressione degli stessi.

Dalla considerazione – ormai pacifica tanto in giurisprudenza quanto sul piano del diritto positivo – che associazioni e fondazioni, assoggettati alla disciplina codicistica o al C.T.S., abbiano la possibilità di svolgere un'attività d'impresa, anche commerciale, si è desunta la loro conseguente astratta legittimazione a rivestire il ruolo di *holding*, cui sarebbero eventualmente applicabili le norme di cui agli artt. 2497 ss. c.c. A tali enti sarà, invece, salvi casi particolari, preclusa l'assoggettabilità alla disciplina dei gruppi nella posizione di soggetto eterodiretto, in virtù di argomentazioni di tipo strutturale, ma, soprattutto, a carattere teleologico, essendo la riforma del *Terzo Settore* incentrata sulla volontà di evitare lo sviamento dell'E.T.S. dai suoi scopi istituzionali.

Come visto, seppur facendo capo ad un riferimento normativo espresso, qual è quello dell'art. 4, *decreto IS*, si è giunti a medesime conclusioni sul piano sostanziale anche con riguardo agli E.T.S. qualificati come impresa sociale. Trattandosi di soggetti istituzionalmente tesi a svolgere un'attività economica organizzata secondo i paradigmi dell'art. 2082 c.c., anche in questo caso – e, anzi, a maggior ragione – non si pone alcun ostacolo teorico ad attribuire all'impresa sociale la legittimazione all'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento, la cui disciplina è individuata in quella codicistica nei limiti della compatibilità. Viceversa, si deve ritenere che anche all'impresa sociale non sia attribuibile una posizione subordinata all'interno di un gruppo per come intesa ai sensi degli artt. 2497 ss. c.c., tanto per motivi normativi (cfr., in proposito, l'art. 4, comma 3, d.lgs. 112/2017) quanto per le medesime ragioni finalistiche che precludono tale ruolo agli E.T.S. intesi come *genus*.

In conclusione, anche attraverso l'analisi svolta, sembrerebbe trovare dimostrazione l'idea che, benché per alcuni profili possa considerarsi quasi completata l'«ibridazione» tra gli enti del Libro I e quelli del Libro V del Codice Civile, sotto altri aspetti – soprattutto qualora vi sia il rischio di pregiudicare gli interessi di quelli che definiremmo *stakeholders*, come nel caso della direzione unitaria – troppe sono le differenze strutturali tra soggetti *for profit* e *non profit*, non potendosi assoggettare questi ultimi alle medesime regole predisposte per le compagini societarie. In altri termini, la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento rappresenta una perfetta cartina da tornasole delle insanabili

diversità esistenti tra i due settori, che, in alcuni casi, come quello in esame, non consentono – né rendono auspicabile – l'utilizzo di categorie nate nell'ambito dei soggetti lucrativi all'interno del *Terzo Settore*, risultando assolutamente poco compatibili con quest'ultimo.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA.VV., *Le imprese pubbliche nel Rapporto Barca e il diritto azionario italiano*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, I, fasc. 3;
- ABBADESSA P., *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2008, I, fasc. 3;
- ABRIANI N., *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2002, I, fasc. 5;
- ALPA G., *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 c.c.*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, fasc. 2;
- AMATUCCI C., voce «*Società (gruppi di)*», in *Enciclopedia del diritto*, Annali X, Milano, Giuffrè, 2017;
- ANGELICI C., *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in AA.VV., *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, a cura di S. Fortunato e F. Vessia, Milano, Giuffrè, 2017;
- ANGELICI C., *In tema di «socio pubblico»*, in *Rivista del diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, 2015, I, fasc. 2;
- ANGELICI C., *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Rivista del diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, 2013, I, fasc. 3;
- ANGELICI C., *La società per azioni. Principi e problemi*, Milano, Giuffrè, 2012;
- ANGELICI C., *La società per azioni e gli «altri»*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger. Atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009*, Milano, Giuffrè, 2010;
- ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, 2^a ed., Padova, Cedam, 2006;
- ANGELICI C., *Diritto Commerciale*, vol. I, Roma-Bari, Laterza, 2002;

- ARENA A., *Contributo alla sistemazione giuridica degli enti pubblici che esercitano un'attività economica*, in AA.VV., *Impresa e Società. Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, vol. I, Napoli, Morano, 1968;
- ARRIGONI M., *La riforma del terzo settore e la nuova disciplina dell'impresa sociale. Alcune implicazioni sistematiche*, in *Rivista delle Società*, 2019, fasc. 1;
- ASSONIME, Circolare 20 giugno 2016, n. 19, in www.assonime.it;
- AULETTA G. – SALANITRO N., *Diritto Commerciale*, 18^a ed., Milano, Giuffrè, 2010;
- AULETTA G., voce «Attività», in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958;
- BAYER W., sub § 15, in, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, pubblicato da W. Goette e M. Habersack, München, Beck, 2008;
- BENEDETTI L., *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., c.c.*, Milano, Giuffrè, 2012;
- BIANCHI L.A., *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Rivista delle Società*, 2013, fasc. 2-3;
- BIANCHINI M., *Profili di ibridazione tra interessi pubblici e privati nei "micro-sistemi normativi" delle società pubbliche e dei contratti pubblici*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, I, fasc. 5;
- BIANCHINI M., *La nozione di controllo congiunto nelle cosiddette società pubbliche*, in *Rivista di diritto societario*, 2020, fasc. 1;
- BIGIAMI W., *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, Cedam, 1948;
- BONFANTE G. – COTTINO G., *Trattato di Diritto commerciale*, vol. I, Padova, Cedam, 2001;
- BUONOCORE V., voce «Impresa (dir. priv.)», in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007;
- BUSSOLETTI M. – LA MARCA E., *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Rivista del diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, 2010, I, fasc. 1;
- CALANDRA BONAURA V., *Funzione amministrativa e interesse sociale*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione*

degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger. Atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009, Milano, Giuffrè, 2010;

- CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale. Diritto delle Società*, a cura di M. Campobasso, 9^a ed., Milano, Utet, 2015;
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale. Diritto dell'Impresa*, a cura di M. Campobasso, 6^a ed., Torino, Utet, 2012;
- CAMPOBASSO G.F., *Associazioni e attività di impresa*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1994, II;
- CARIELLO V., *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, 1° comma, c.c. (art. 19, 6° comma, d.l. n. 78/2009)*, in AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, Torino, Giappichelli, 2010;
- CARIELLO V., *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Rivista delle Società*, 2007, fasc. 1;
- CARIELLO V., *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2003, I, fasc. 6;
- CARLIZZI M., *La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *La governance delle società a partecipazione pubblica nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Milano, Giuffrè, 2017;
- CARLIZZI M., *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Rivista del diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, 2010, I, fasc. 4;
- CARUSO G.M., *Il socio pubblico fra dinamiche proprietarie e organizzative*, in AA.VV., *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, a cura di S. Fortunato e F. Vessia, Milano, Giuffrè, 2017;
- CASANOVA M., *Svolgimento delle imprese pubbliche in Italia*, in AA.VV., *Impresa e Società. Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, vol. I, Napoli, Morano, 1968;
- CASETTA E., *Manuale di Diritto Amministrativo*, 19^a ed., Milano, Giuffrè, 2017;

- CASSESE S., *La privatizzazione: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, fasc. 3-4;
- CAVALLARO G., *La fondazione come imprenditore commerciale e il fallimento*, nota a App. Venezia, 20 luglio 2015, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2017, II, fasc. 1;
- CETRA A., *Enti del terzo settore e attività d'impresa*, in *Rivista di diritto societario*, 2019, fasc. 4;
- CETRA A., *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, Giappichelli, 2003;
- CIFERRI D. – ARSÌ M., *Gli investimenti statali nelle PMI: il private equity pubblico*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2021, fasc. 1-2;
- CIRENEI M.T., *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2005, fasc. 1;
- CODAZZI E., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento dell'ente pubblico holding*, nota a Trib. Roma, Sez. Impr., 18 febbraio 2021, in *Società*, 2021, fasc. 7;
- CODAZZI E., *Società benefit (di capitali) e bilanciamento di interessi: alcune considerazioni sull'organizzazione interna*, in *Rivista ODC*, 2020, fasc. 2;
- CODAZZI E., *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, ESI, 2018;
- COLOMBO G.E., *Bilancio d'esercizio e consolidato*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. VII, Torino, Utet, 1994;
- CORSO S., *Le società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova "qualifica" tra profit e non-profit*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2016, fasc. 5;
- COSTI R., *L'impresa sociale: prime annotazioni esegetiche*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2006, I, fasc. 6;
- COSTI R., *Fondazione e impresa*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1968, I;

- COSSU M., *Le Sezioni Unite affermano la giurisdizione ordinaria su tutte le società a partecipazione pubblica*, nota a Cass. Civ., SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22406, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2019, II, fasc. 6;
- COTTINO G., *Partecipazione pubblica all'impresa privata e interesse sociale*, in AA.VV., *Impresa e Società. Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, vol. I, Napoli, Morano, 1968;
- CUCCU F., *Partecipazioni pubbliche e governo societario*, Torino, Giappichelli, 2019;
- D'ALESSANDRO F., *Il dilemma del conflitto d'interessi nei gruppi di società*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi: Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano e G. Mucciarelli, vol. II, Milano, Giuffrè, 1996;
- D'ALESSANDRO F., *Il diritto delle società da i «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, in *Foro Italiano*, 1988, I;
- DACCÒ A., *Le società benefit tra interesse dei soci e interesse dei terzi: il ruolo degli amministratori e i profili di responsabilità in Italia e negli Stati Uniti*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2021, I, fasc. 1;
- DEMURO I., *Il controllo congiunto nelle società a partecipazione pubblica prevalente*, in AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, a cura di C. Ibba, Milano, Giuffrè, 2019;
- DENOZZA, *L'interesse sociale tra «coordinamento» e «cooperazione»*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger. Atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009*, Milano, Giuffrè, 2010;
- DENOZZA F., *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2000, I, fasc. 3;
- DI CECCO G., *Il "terzo settore" per i beni culturali alla (tenue) luce della disciplina dell'impresa sociale*, in *Aedon*, 2006, fasc. 2;
- DONATIVI V., *Sulla nozione di società a controllo pubblico*, in *Rivista di diritto societario*, 2021, fasc. 1;

- DONATIVI V., *Le Società a partecipazione pubblica*, Milano, Wolters Kluwer, 2016;
- DONATIVI V., *Struttura proprietaria e disciplina dei gruppi di «imprese sociali»*, in *Rivista delle Società*, 2009, fasc. 6;
- EBALLI I., *Direzione e coordinamento nelle società a partecipazione pubblica alla luce dell'intervento interpretativo fornito dal "Decreto Anticrisi"*, in *Il nuovo diritto societario*, 2010, fasc. 10;
- EMMERICH V., sub §§ 15 e 17, in *Aktien- und GmbH- Konzernrecht*, a cura di V. Emmerich e M. Habersack, München, Beck, 2010;
- EMMERICH V. – HABERSACK M., *Konzernrecht*, München, Beck, 2020;
- ENRIQUES L., *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1997, I, fasc. 5;
- ETZIONI A., *The Third Sector and Domestic Missions*, in *Public Administration Review*, 1973 (33), fasc. 4;
- FARENGA L., *Esercizio di impresa commerciale da parte di enti privati e fallimento*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 1981, I;
- FERRARA F. jr. – CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, 15^a ed., Milano, Giuffrè, 2011;
- FERRI G., *Manuale di Diritto Commerciale*, 15^a ed., Milano, Utet, 2016;
- FICI A., *L'attività degli enti del Terzo Settore*, in AA.VV., *Il Codice del Terzo Settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, a cura di M. Gorgoni, Pisa, Pacini, 2018;
- FICI A., *La riforma del Terzo Settore e le fondazioni di origine bancaria*, pubblicato all'interno del XXIII^o rapporto ACRI sulle Fondazioni di origine bancaria (2017), in www.acri.it;
- FIMMANÒ F., *Il caso Alitalia: l'abuso di eterodirezione del Mef*, in *Gazzetta Forense*, 2021, fasc. 4;
- FIMMANÒ F., *Il controllo analogo configura in re ipsa l'attività di direzione e coordinamento sulle "partecipate" pubbliche*, nota a Trib. Palermo, sez. Impr., 28 aprile 2021, in *Società*, 2021, fasc. 7;

- FIMMANÒ F., *Ente Pubblico-Holder e responsabilità per abuso di eterodirezione*, nota a Trib. Napoli, sez. Impr., 7 novembre 2019, in *Società*, 2020, fasc. 3;
- FUSARO A., *Trasformazioni eterogenee, fusioni eterogenee ed altre interferenze della riforma del diritto societario sul «terzo settore»*, in *Contratto e Impresa*, 2004, fasc. 1;
- GALGANO F. – SBISÀ G., *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, 2^a ed., Bologna, Zanichelli, 2014;
- GALGANO F., *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e Impresa*, 2002, fasc. 3;
- GALGANO F., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, sub art. 36-38, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna, Zanichelli, 1967;
- GAMBINO A., *L'interesse sociale e il voto in assemblea*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger. Atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009*, Milano, Giuffrè, 2010;
- GARILLI C., *Le società in house nel quadro della nozione europea e nazionale di impresa di gruppo*, in *Rivista di diritto societario*, 2020, fasc. 4;
- GATTI S., *L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare*, in *Rivista del diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, 1980, I;
- GENOVESE A., *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Padova, Cedam, 1990;
- GIAMPIERI A., *Partecipazione di enti di fatto in società di capitali*, in *Rivista del diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, 1990, I, fasc. 3-4;
- GILOTTA S., *Interesse sociale, interesse di gruppo e interesse collettivo nella regola sulla responsabilità per abuso di direzione unitaria*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2014, I, fasc. 1;

- GORGONI M., *Il Codice del Terzo Settore tra luci ed ombre*, in AA.VV., *Il Codice del Terzo Settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, a cura di M. Gorgoni, Pisa, Pacini, 2018;
- GRANDE STEVENS F., voce «*Fondazioni bancarie*», in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007;
- GRAZIANI A. – MINERVINI G. – BELVISO U. – SANTORO V., *Manuale di diritto commerciale*, 17^a ed., Milano, Cedam, 2017;
- GUACCERO A., *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Rivista delle Società*, 2004, fasc. 4;
- GUERRERA F., *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP*, studio n. 228/2017-1, in www.notariato.it;
- GUERRERA F., *I regolamenti di gruppo*, in AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera e A. Sciarrone Alibrandi, vol. II, Torino, Utet, 2014;
- GUERRERA F., *Lo statuto della nuova società «a partecipazione mista» pubblico-privata*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2011, fasc. 4;
- GUERRERA F., «*Compiti*» e responsabilità del socio di controllo, in *Rivista di diritto societario*, 2009, fasc. 3;
- GUIZZI G., *Interesse sociale e governance delle società pubbliche*, in AA.VV., *La governance delle società a partecipazione pubblica nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Milano, Giuffrè, 2017;
- GUIZZI G., *Riflessioni su alcuni problemi irrisolti nella disciplina del gruppo* (Fantasia para un Gentilhombre), in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2015, fasc. 1;
- GUIZZI G., voce «*Direzione e coordinamento di società*», in *Dizionari del diritto privato* promossi da N. Irti, *Diritto Commerciale* a cura di N. Abriani, Milano, Giuffrè, 2011;
- HANSMANN H.B., *The Role of Nonprofit Enterprise*, in *The Yale Law Journal*, 1980 (89), fasc. 5;

- HOPT K. – VEIL R., *Gli stakeholders nel diritto azionario tedesco: il concetto e l'applicazione. Spunti comparatistici di diritto europeo e statunitense*, in *Rivista delle Società*, 2020, fasc. 4;
- HÜFFER U.– KOCH J., *Aktiengesetz*, München, Beck, 2016;
- IBBA C., *Codice del terzo settore e diritto societario*, in *Rivista delle Società*, 2019, fasc. 1;
- IBBA C., *La tutela delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica*, in *Rivista delle Società*, 2015, fasc. 1;
- IBBA C., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Rivista delle Società*, 2005, fasc. 1;
- IORIO G., *Le fondazioni*, Milano, Giuffrè, 1997;
- JAEGER P.G. – DENOZZA F. – TOFFOLETTO A., *Appunti di diritto commerciale. Impresa e Società*, 7^a ed., Milano, Giuffrè, 2010;
- JAEGER P.G., *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi: Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano e G. Mucciarelli, vol. II, Milano, Giuffrè, 1996;
- KNOF B., sub § 12, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, pubblicato da V. Beuthien, H. Gummert e M. Schöpflin, München, Beck, 2016;
- KRONKE H., *Familien- und Unternehmensträgerstiftungen*, in *Stiftungsrecht in Europa*, a cura di K.J. Hopt e D. Reuter, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2001;
- LAMANDINI M., *Società controllate e società collegate*, sub art. 2359, in AA.VV., *Le società per azioni. Codice Civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. I, Milano, Giuffrè, 2016;
- LAMANDINI M., *Presunzioni*, sub art. 2497-sexies, in AA.VV., *Le società per azioni. Codice Civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. II, Milano, Giuffrè, 2016;
- LAMANDINI M., *Il “controllo”. Nozioni e “tipo” nella legislazione economica*, Milano Giuffrè, 1995;

- LIBERTINI M., *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, I, fasc. 1;
- LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in www.federalismi.it, 2010;
- LIBONATI B., *I gruppi e i sistemi d'impresa*, in *Scritti Giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2013;
- LIBONATI B., *Responsabilità nel e del gruppo (responsabilità della capogruppo, degli amministratori, delle varie società)*, in *Scritti Giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2013;
- LOFFREDO E., *Economicità e impresa*, Torino, Giappichelli, 1999;
- MARASÀ G., *Imprese sociali, altri enti del terzo settore, società benefit*, Torino, Giappichelli, 2019;
- MARASÀ G., *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore: attività, finalità, forme organizzative e pubblicità*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, fasc. 3;
- MARASÀ G., *Impresa, scopo di lucro ed economicità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2014, fasc. 1;
- MARCHETTI P., *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Rivista delle Società*, 1992;
- MARCHISIO E., *L'eterodirezione «pubblicistica»*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2015, fasc. 2;
- MARCHISIO E., *La "corretta gestione" della società eterodiretta ed il recepimento di direttive (programmaticamente o solo accidentalmente) dannose*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2011, I, fasc. 6;
- MARTUCCI K., *Profili di diritto singolare dell'"impresa"*, Milano, Giuffrè, 2013;
- MAUGERI M., *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2012, I, fasc. 1;
- MAZZONI A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in AA.VV.,

- Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber Amicorum Antonio Piras, a cura di Abbadessa, Torino, Giappichelli, 2010;
- MIGNOLI A., *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contratto e Impresa*, 1986, fasc. 3;
 - MINERVINI V., *L'improvvisa «accelerazione» (post COVID) dell'azionariato di Stato. Il patrimonio destinato di cui all'art. 27 D.L. Rilancio*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, I, fasc. 2;
 - MINERVINI V., *Il "nuovo" azionariato di Stato. Lineamenti delle ricapitalizzazioni emergenziali*, Torino, Giappichelli, 2020;
 - MIOLA M., *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera e A. Sciarrone Alibrandi, vol. III, Milano, Giuffrè, 2014;
 - MOCK S., *National Report on Germany*, in AA.VV., *Groups of Companies: A comparative law overview*, a cura di R. M. Manóvil, Cham, Springer, 2020;
 - MONTALENTI P., *L'interesse sociale: una sintesi*, in *Rivista delle Società*, 2018, fasc. 1;
 - MONTALENTI P., *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2016, I, fasc. 1;
 - MONTALENTI P., *Interesse sociale e amministratori*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger. Atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009*, Milano, Giuffrè, 2010;
 - MONTALENTI P., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Rivista delle Società*, 2007, fasc. 2-3;
 - MONTALENTI P., *Conflitto d'interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1995, I, fasc. 5;
 - MOSCO G.D., *L'impresa non speculativa*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2017, I, fasc. 2;

- MUCCIARELLI G., *Attività e impresa nelle fondazioni bancarie*, Milano, Giuffrè, 2005;
- NIEDDU ARRICA F., *I principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nella prospettiva della tutela dei creditori*, Torino, Giappichelli, 2017;
- NIGRO A., *Gli imprenditori collettivi non societari nel diritto della crisi*, in *Rivista delle Società*, 2020, fasc. 5-6;
- OPPO G., *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2005, fasc. 2;
- OPPO G., *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2003, fasc. 5;
- OTTAVIANO V., voce «*Impresa Pubblica*», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1965;
- PASSALACQUA M., *Il gruppo economico nelle nuove direttive appalti e concessioni. Prolegomeni ai processi nazionali di aggregazione di società partecipate*, in AA.VV., *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, a cura di A. Fioritto, Torino, Giappichelli, 2017;
- PATTI R., *La disciplina del terzo settore in Italia dopo la riforma: profili ricostruttivi e problemi aperti*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2021, fasc. 2;
- PAVONE LA ROSA A., *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Rivista delle Società*, 2003, fasc. 4;
- PAVONE LA ROSA A., *Le società controllate. I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. II, Torino, Utet, 1991;
- PECORARO C., *Sul controllo analogo nelle società in house providing*, Milano, Giuffrè, 2021;
- PENNISI R., *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera e A. Sciarrone Alibrandi, vol. II, Torino, Utet, 2014;

- PERRINO M., *Esercizio indiretto dell'impresa «scolastica», associazione e fallimento*, nota a App. Palermo, 18 luglio 1989, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1992, II, fasc. 1;
- PETTITI P., *Direzione e coordinamento, interesse e controllo analogo*, in *Rivista delle Società*, 2020, fasc. 4;
- PETTITI P., *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, Milano, Giuffrè, 2016;
- PICARDI L., *Strutture e principi di governance*, in AA.VV., *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Milano, Giuffrè, 2017;
- PINTO V., *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. II, Torino, Utet, 2007;
- PONZANELLI G., *La nuova categoria degli enti del Terzo Settore: alcune considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Il Codice del Terzo Settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, a cura di M. Gorgoni, Pisa, Pacini, 2018;
- PONZANELLI G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, Giappichelli, 1996;
- PORTALE G.B., *Fondazioni «bancarie» e diritto societario*, in *Rivista delle Società*, 2005, fasc. 1;
- PORZIO M., *Associazioni, fondazioni e società nell'evoluzione dell'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, I, fasc. 2;
- PREDIERI A., *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1969;
- QUADRI E., *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, fasc. 5;
- RACUGNO G., *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2015, fasc. 2;

- RACUGNO G., *L'impresa sociale*, in *Rivista del diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, 2009, I, fasc. 1;
- RESCIGNO P., voce «*Fondazione (dir. civ.)*», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1968;
- RESCIGNO P., *Fondazione e impresa*, in *Rivista delle Società*, 1967;
- RICHTER A., sub § 12, in A.F. VON CAMPENHAUSEN – A. RICHTER, *Stiftungsrechts-Handbuch*, a cura di A. Richter, München, Beck, 2014;
- RIVOLTA G.M., *Profili giuridici dell'impresa sociale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2004, I, fasc. 6;
- ROMAGNOLI G., *L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, fasc. 1;
- RONDINONE N., *Contro una normativa societaria speciale per i gruppi a struttura gerarchica*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi: Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano e G. Mucciarelli, vol. II, Milano, Giuffrè, 1996;
- RORDORF R., *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, fasc. 5;
- ROSSI G., *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1970, fasc. 1;
- ROSSI L.G., *Il ruolo della controllata e la tutela del socio esterno nella nuova disciplina dei gruppi*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2014, I, fasc. 5;
- ROSSI M., *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, in *Rivista del diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, 2007, I, fasc. 7-9;
- SACCHI R., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nelle società di capitali*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2003, I, fasc. 5;
- SACCO GINEVRI A., *Il private equity di Stato: il caso del Patrimonio Rilancio*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2021, fasc. 1-2;
- SANTAGATA R., *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in AA. VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian*

- Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. III, Torino, Utet, 2007;
- SBISÀ G., *Direzione e coordinamento di società*, sub art. 2497, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, Egea, 2012;
 - SBISÀ G., *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contratto e Impresa*, 2003, fasc. 2;
 - SCHIUMA L., *Direzione e coordinamento di associazioni e fondazioni da parte di altri enti (ovvero dell'ipotesi di associazioni e fondazioni "controllate")*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit*, a cura di A. Zoppini e M. Maltoni, Padova, Cedam, 2007;
 - SCOGNAMIGLIO G., *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, in *Società*, 2019, fasc. 4;
 - SCOGNAMIGLIO G., "Clausole generali", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Rivista ODC*, 2013;
 - SCOGNAMIGLIO G., *Interesse sociale e interesse di gruppo*, in AA. VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger. Atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009*, Milano, Giuffrè, 2010;
 - SCOGNAMIGLIO G., *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2009, fasc. 6;
 - SCOGNAMIGLIO G., *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. III, Torino, Utet, 2007;
 - SERAFINI S., *L'adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi*, in AA.VV., *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Milano, Giuffrè, 2017;
 - SPADA P., voce «*Impresa*», in *Digesto, Disc. priv. Sez. comm.*, vol. VII, Torino, Utet, 1992;

- SPADA P., *Note sull'argomentazione giuridica in tema d'impresa*, nota a Cass. Civ., sez. I, 6 agosto 1979, n. 4558, e a Cass. Civ., sez. I, 9 novembre 1979, n. 5770, in *Giustizia Civile*, 1980, I, fasc. 10;
- SPOLIDORO M.S., *La tutela dei soci di minoranza e dei creditori della holding nella nuova disciplina delle società di capitali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2005;
- SPOLIDORO M.S., *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Rivista delle Società*, 1995;
- SPRENGEL H., *Vereinskonzernrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1998;
- SUDIERO F., *La tutela risarcitoria del socio tra danno diretto e danno riflesso*, Torino, Giappichelli, 2020;
- TIDU A., *Associazione e impresa*, in *Rivista del Diritto Civile*, 1986;
- TOLA M., *La governance degli enti del terzo settore e i sistemi multistakeholders*, in *Rivista delle Società*, 2019, fasc. 2;
- TOMBARI U., *“Potere” e “interessi” nella grande impresa azionaria*, Milano, Giuffrè, 2019;
- TOMBARI U., *L'organo amministrativo di S.p.A tra “interessi dei soci” ed “altri interessi”*, in *Rivista delle Società*, 2018, fasc. 1;
- TOMBARI U., *Coordinamento fra società*, sub art. 2497-septies, in AA.VV., *Le società per azioni. Codice Civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. II, Milano, Giuffrè, 2016;
- TOMBARI U., *Crisi di impresa e doveri di “corretta gestione societaria e imprenditoriale” della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Rivista del diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, 2011, I, fasc. 3;
- TOMBARI U., *Diritto dei gruppi d'impresa*, Milano, Giuffrè, 2010;
- UEDA J., *Directors' Duties and Liability in Corporate Groups: A Japanese Perspective*, in *European Business Law Review*, 2016, vol. 27 (2);
- VALZER A., *Controllo analogo, governance e responsabilità nelle società in house*, in *Rivista delle Società*, 2020, fasc. 4;

- VALZER A., *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. III, Torino, Utet, 2007;
- VENTORUZZO M., *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, in *Rivista delle Società*, 2016, fasc. 2-3;
- VETTER J., sub § 15, in *Aktiengesetz. Kommentar*, pubblicato da K. Schmidt e M. Lutter, Köln, Wolters Kluwer, 2015;
- VITALI M.L., *Riforma del «terzo settore», nuova disciplina dell'impresa sociale e regole societarie*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2020, fasc. 1;
- WEIGMANN R., *Le imprese di servizi pubblici locali dopo la riforma societaria*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2005;
- WEISBROD B.A., *The Nonprofit Economy*, Cambridge, Harvard University Press, 1988;
- WÜRDINGER H., *Öffentliche Hand und Unternehmen*, in *Der Betrieb*, 1976, e pubblicato, nella versione italiana *Poteri Pubblici e Impresa* in *Rivista delle Società*, 1976, fasc. 6, con traduzione di E. Moscati;
- ZAMMITTI M.V., *La responsabilità della capogruppo per la condotta socialmente irresponsabile delle società subordinate*, Milano, Giuffrè, 2020;
- ZANELLI E., *La nozione di oggetto sociale*, Milano, Giuffrè, 1962;
- ZÖLLNER W., *Zum Unternehmensbegriff der §§ 15 und ff. AktG.*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1976, pubblicato nella versione italiana *Il concetto di impresa nel diritto tedesco dei gruppi*, in *Rivista delle Società*, 1978, fasc. 1, con traduzione di E. Moscati e L. Costanzo;
- ZOPPINI A., *Un raffronto tra società benefit ed enti non profit; implicazioni sistematiche e profili critici*, in *Rivista ODC*, 2017, fasc. 2;

- ZOPPINI A., *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2005, fasc. 3;
- ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, Jovene, 1995.

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

- Corte Cost., (ord.), 10 aprile 2014, n. 92, in *Foro Italiano*, 2014, I;
- Corte Giust., 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal Srl vs. Comune di Viano+altri*, in www.eur-lex.europa.eu;
- Cass. Civ., sez. III, 1 giugno 2021, n. 15276, in www.pluriscedam.utetgiuridica.it;
- Cass. Civ., sez. III, 23 settembre 2020, n. 19996, in www.pluriscedam.utetgiuridica.it;
- Cass. Civ., sez. I, 7 ottobre 2019, n. 24943, in www.dirittobancario.it;
- Cass. Civ., SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22406, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2019, II, fasc. 6;
- Cass. Civ., sez. I, 22 aprile 2013, n. 9680, in www.pluriscedam.utetgiuridica.it;
- Cass. Civ., sez. I, 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Foro Italiano*, 2006, I;
- Cass. Civ., sez. I, 18 settembre 1993, n. 9589, in *Foro Italiano*, 1994, I;
- Cass. Civ., sez. I, 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1991, II, fasc. 3;
- Cass. Civ., sez. I, 9 novembre 1979, n. 5770, in *Giustizia Civile*, 1980, I, fasc. 10;
- Cass. Civ., sez. I, 6 agosto 1979, n. 4558, in *Giustizia Civile*, 1980, I, fasc. 10;
- App. Roma, sez. Impr., 24 settembre 2020, in www.pluriscedam.utetgiuridica.it;
- App. Milano, sez. I, 22 luglio 2020, in www.pluriscedam.utetgiuridica.it;
- App. Napoli, sez. V, 8 giugno 2020, in www.dirittobancario.it;
- App. Venezia, 20 luglio 2015, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2017, II, fasc. 1;

- App. Palermo, 18 luglio 1989, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1992, fasc. 1, II;
- Trib. Palermo, sez. Impr., 28 aprile 2021, in *Società*, 2021, fasc. 7;
- Trib. Roma, sez. Impr., 18 febbraio 2021, in www.giurisprudenzadelleimprese.it;
- Trib. Bari, sez. Impr., 20 ottobre 2020, in www.pluriscedam.utetgiuridica.it;
- Trib. Trento, sez. Impr., 14 agosto 2020, reperibile in www.dirittobancario.it;
- Trib. Milano, sez. Impr., 21 luglio 2020, in www.giurisprudenzadelleimprese.it;
- Trib. Napoli, sez. Impr., 7 novembre 2019, in *Società*, 2020, fasc. 3;
- Trib. Milano, sez. Impr., 27 febbraio 2019, in www.giurisprudenzadelleimprese.it;
- Trib. Roma, sez. Impr., 31 marzo 2017, n. 6452, in www.dirittobancario.it;
- Trib. Milano, sez. Impr., 30 gennaio 2017, n. 1157, in www.dirittobancario.it;
- Trib. Milano, sez. Impr., 26 febbraio 2016, in *Società*, 2016, fasc. 12;
- Trib. Milano, sez. VIII, 23 aprile 2008, in *Società*, 2009, fasc. 1;
- Trib. Roma, 3 luglio 1982, in *Foro Italiano*, 1982, I;
- Bgh, 31 maggio 2011, in *BGHZ* 190;
- Bgh, 3 marzo 2008, in *BGHZ* 175;
- Bgh, 17 marzo 1997, in *BGHZ* 135;
- Bgh, 13 ottobre 1977, in *BGHZ* 69, pubblicata, in traduzione di G.E. Colombo, in *Rivista delle Società*, 1978, fasc. 5;