



ROBERTO DANTE COGLIANDRO

Notaio

CREDITI INVOLONTARI DAL *COMMON LAW* AL NOSTRO ORDINAMENTO, GENERALIZZAZIONE DEL FENOMENO E STRUMENTI DI TUTELA

SOMMARIO: *Premessa.* – 1. *I crediti involontari: dalla prassi alla sedimentazione giurisprudenziale.* – 2. *Creditori contrattuali ed extracontrattuali.* – 3. *Credito involontario e veil piercing nel diritto comparato: prassi e giurisprudenza nell'esperienza anglosassone.* – 4. *Teoria del Piercing the corporate veil e creditori extracontrattuali nell'ordinamento italiano.* – 5. *La responsabilità differenziata come modello generale.* – 6. *Il profilo del creditore debole.* – 7. *Conclusioni.*

L'indagine comparata della problematica del credito involontario e del superamento della personalità giuridica richiede una specifica individuazione degli scopi cui mira e dei metodi dei quali si avvale.

La finalità del presente lavoro è principalmente quella di inquadrare la categoria del credito involontario, descrivendone le origini e l'evoluzione; di individuare i tratti distintivi tra gli ordinamenti di *civil law* (ed in particolare quello italiano) e di *common law* con riguardo alle ipotesi di superamento della personalità giuridica (comunemente individuato, nei sistemi stranieri, con la locuzione *piercing the corporate veil*¹), i rimedi adoperati nei rispettivi sistemi e gli obiettivi raggiunti.

L'esame che si intende effettuare, mediante un metodo positivistico classico con incursioni comparativistiche, concerne la delimitazione della fattispecie e l'individuazione dei tratti essenziali e caratterizzanti. Il metodo enunciato appare il più idoneo ai predetti scopi in quanto, partendo dal dato positivo e interrogandosi sul trattamento ricevuto dalle figure in analisi nell'ordinamento di *common law*, mira a trovare all'interno del nostro ordinamento rimedi a tutela delle situazioni descritte.

¹ WORMSER, *Piercing the Veil of Corporate Entity*, (12 Columbia Law Review Press 1912) pp. 496-518.



Nell'ambito dei sistemi di *civil law*, infatti, la questione è stata sollevata solo di recente, mentre negli ordinamenti di *common law* si poneva il problema già all'inizio del secolo scorso.

Va, tuttavia, anticipato che i due ordinamenti hanno approcci diversi alla tematica, differenza motivata essenzialmente dalle dissimili concezioni di persona giuridica presenti negli stessi.

Ad ogni buon conto, indipendentemente dalla configurazione di persona giuridica che si ritiene di dover accogliere, il superamento dello schermo della personalità giuridica rappresenta esclusione di tutte od alcune qualità della personalità giuridica, e quindi, in definitiva, della persona giuridica, con riguardo agli specifici atti e contegni od anche alla generale attività del gruppo personificato. Si rileva, infatti, come il sistema continentale abbia la tendenza a rispettare la separazione rigida tra ente-società di capitali e soci, difficoltoso frutto dell'evoluzione storica del fenomeno societario. All'opposto, nei sistemi di *common law* emerge una maggiore propensione a oltrepassare questa separazione in virtù di una maggiore sensibilità verso la realtà e concretezza della complessiva operazione economica di fondo, disciplinata mediante la conformazione nell'ente personificato, secondo un approccio che tiene meno conto degli sbarramenti formali, in una prospettiva di giustizia sostanziale.

1. – Il credito è una posizione giuridica soggettiva che viene generalmente inquadrata nella categoria dei diritti relativi e la cui sussistenza in capo ad una parte presuppone la corrispondente posizione di debito di un altro soggetto, portatore di un interesse contrapposto, con ciò dando vita al c.d. *rapporto obbligatorio*.

Accanto al dovere giuridico, infatti, l'altro elemento che concorre a delineare il concetto di obbligazione è il potere giuridico riconosciuto al soggetto attivo del rapporto obbligatorio, ossia il creditore.

Con riguardo alla definizione di obbligazione, la dottrina tradizionale, poneva in rilievo soprattutto la doverosità della condotta dell'obbligato²: l'essenza dell'obbligazione veniva condensata nel debito.

L'attenzione sul debitore era ancor più radicata in tempi più antichi e, in particolare, in epoca romana in cui il debitore inadempiente veniva fatto oggetto di dominio da parte

²La prevalente attenzione al momento vincolante del rapporto obbligatorio risale alla tradizione romana: cfr. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (diritto romano)*, in Enc. Dir., vol. XXIX, 1979, pp. 1 e ss.



del creditore ed erano previste sanzioni penali anche piuttosto gravi³.

Nel tempo, tuttavia, si è assistito ad un cambio di prospettiva in proposito che trova la sua genesi anche nel rilievo riconosciuto, in caso di inadempimento, alla possibilità di sottoporre ad esecuzione il patrimonio del debitore (art. 2740 c.c.).

Oggi, infatti, si fa strada la tendenza a concentrare l'attenzione, in tema di rapporto obbligatorio, sulla responsabilità piuttosto che sul debito.

Ne deriva la frequente riflessione che sul debitore più che un dovere di adempiere si incardina una responsabilità in caso di inadempimento.

La formula che meglio esprime il concetto in esame è quella di origine tedesca secondo cui non può esservi responsabilità (*Schuld*) senza debito, né debito senza responsabilità (*Haftung*)⁴.

L'obbligazione, dunque, è l'insieme di due elementi, uno soggettivo e personale (il debito), l'altro oggettivo e patrimoniale (la responsabilità).

Alla regola, tuttavia, c'è sempre l'eccezione, potendo individuarsi nel sistema, come affermato da attenta dottrina⁵, ipotesi, derogatorie del principio enunciato, in cui sussiste responsabilità senza debito (garanzie) oppure debito senza responsabilità (obbligazioni naturali).

Il Codice vigente, tuttavia, non contiene alcuna definizione di obbligazione e tale omissione legislativa è stata letta come una scelta del Legislatore del 1942 di non decretare definizioni che avrebbero potuto rivelarsi riduttive, limitate o comunque di carente rilievo pratico.

Viceversa, sembra si sia voluta favorire l'elasticità dell'istituto per mantenere aperto il canale di aderenza alla continua evoluzione della realtà concreta.

Dell'obbligazione e delle sue componenti (credito e debito) non è stata fornita una definizione completa neanche dai giuristi romani, non potendo considerarsi tale neanche quella contenuta nelle *Institutiones* di Giustiniano (*obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur, alicuius solvende rei, secundum nostrae civitatis iura*) che consiste piuttosto in una delineazione di alcuni elementi strutturali dell'obbligazione.

Proprio con riguardo alla struttura vi è da dire che l'obbligazione non è un concetto di creazione romanistica, essendo riscontrabile una struttura corrispondente a quella delle obbligazioni in tutti gli ordinamenti anche quelli più primitivi.

³ Cfr. SALONO, voce *Debiti (arresto personale per)*, in *Dig. disc. priv.*, vol. I, Torino, 1989, p. 122 e ss.

⁴ Cfr. BRINZ, *Obligatio und Haftung*, in *Arch. civ. prax*, vol. LXX, 1886, 371 e ss., e LASERRA, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, Napoli, 1966, p. 337.

⁵ GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, 14^{ed.}, Napoli, 2009, 1001.



Interessante, anche ai fini della presente specifica trattazione, è notare come già il diritto greco antico riveli tracce della nozione di obbligazione (cfr. Codice di Gortina III, 10 e 25).

In particolare, è riconducibile ad Aristotele la classificazione in due tipologie di “*συναλλαγματα*”, concetto che sta ad indicare l’accordo e il relativo rapporto tra i soggetti.

Inoltre, merito di Aristotele è anche la distinzione dei rapporti obbligatori in due gruppi: i rapporti volontari sorti per accordo delle parti e i rapporti involontari che derivano da un fatto al quale la legge ricollega il sorgere delle obbligazioni. Ai primi corrispondono le *obligatione ex contractu* del diritto romano e ai secondi le *obligatione ex delicto*⁶.

Come le obbligazioni e proprio in quanto sua componente anche il credito può essere volontario oppure non volontario.

La categoria dei crediti volontari è più agevolmente individuabile in quanto in tali ipotesi il diritto di credito nasce dalla volontà di entrambi i soggetti dell’obbligazione, trovando, dunque, la sua origine nel contratto.

Di meno agevole individuazione risulta, viceversa, la categoria dei crediti involontari.

Sebbene possa apparire di immediata facilità associare a questi ultimi i crediti nascenti da fatto illecito, sarebbe riduttivo limitare esclusivamente a tale genere di crediti il concetto di credito involontario.

Come noto, infatti, le fonti delle obbligazioni nel nostro ordinamento vengono indicate dall’art. 1173 c.c. nel contratto, nel fatto illecito e in ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico. La norma, abbandonando la quadripartizione giustiniana tra contratti, delitti, quasi contratti e quasi delitti (ripresa, invece, dal codice del 1865), accede alla tripartizione (di gaiana memoria) tra *obligationes ex contractu, ex maleficio, ex variis causarum figuris*⁷.

I crediti involontari possono trovare la loro fonte nel fatto illecito che corrisponde al secondo gruppo della tripartizione.

⁶ Cfr. *Novissimo Digesto*, Utet, Torino, 1957, voce *Obbligazioni. Diritto Greco*, vol. XI, p. 546.

⁷ Cfr. G. DE SEMO, *Gestione di affari altrui* (dir. vigente), in *Noviss. Dig. It.*, Torino, VII, 815, ALPA BESSONE ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, Tratt. Dir. priv., diretto da Pietro Rescigno, VI, 14, Torino, 1995, pp. 23-24; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario al codice civile*, Scialoja e Branca. A cura di Galgano. Libro IV. Delle obbligazioni (2043/2059), Bologna-Roma, 1993 p. 27 ss.) e anche la giurisprudenza spesso qualifica alcune fattispecie positivamente indicate in altre norme solo come applicazioni particolari del dovere generico di non cagionare ad altri un danno ingiusto (Cfr. Cass. 28 febbraio 1992 n. 2501, Giust. civ. Mass. 1992, fasc. 2, con riguardo alle norme in tema di concorrenza sleale di cui agli artt. 2598 oppure Cassazione 14 febbraio 1979 n. 971, in *Fallimento* 1979, 450, con riguardo all’art. 21, comma 3, l. fall., rispetto all’art. 96 c.p.c. e con riguardo a quest’ultimo rispetto all’art. 2043.c.c.).



La definizione generale di illecito è rinvenibile nell'art. 2043 c.c.

La norma trova la sua *ratio* nell'esigenza di tutela della vittima di un danno ingiusto.

Mentre nell'illecito contrattuale, infatti, si verifica una trasformazione dell'oggetto del preesistente rapporto obbligatorio con la sostituzione dell'obbligazione risarcitoria a quella dedotta in contratto, nell'illecito extracontrattuale, invece, l'obbligazione risarcitoria sorge *ex novo*, in conseguenza della violazione dell'obbligo dell'*alterum non laedere*. È da precisare, poi, che, secondo la dottrina prevalente, nel fatto illecito di cui all'art. 1173 c.c. va ricompreso non solo l'illecito aquiliano *ex art. 2043 c.c.*, ma anche i fatti dannosi *ex art. 2045 e 2047 c.c.*, i quali sono privi di anti giuridicità e potenziali fonti di obbligazioni indennitarie.

Si tratta, in particolare, della categoria dei c.d. atti leciti dannosi, che comprende tutti quegli atti che, pur ledendo la sfera giuridica dei destinatari, vengono disciplinati in modo particolare e diverso rispetto alla generalità degli atti illeciti.

Sono ipotesi presenti tanto nel codice civile quanto nelle leggi speciali in cui si individua la presenza di una norma autorizzatrice di un comportamento, tuttavia, comunque dannoso che produce conseguenze di natura indennitaria per l'autore della condotta⁸.

Oltre che nel fatto illecito e nel fatto lecito dannoso, i crediti involontari possono tro-

⁸ La qualificazione di "atti leciti dannosi", tuttavia, non è unanimemente condivisa, emergendo, sul punto diverse impostazioni.

In primo luogo, vi è chi, pur riconoscendo una categoria di atti leciti dannosi, esclude il collegamento della stessa con quella della responsabilità da illecito, difettando l'ingiustizia del danno richiesta dall'art. 2043 c.c.

Vi è poi, l'orientamento che, all'opposto, ne afferma la riconducibilità all'interno della categoria dell'illecito aquiliano, intravedendo la possibile produzione di un danno ingiusto anche da parte degli atti leciti, intendendo il danno come lesione dell'interesse del danneggiato.

Infine, vi è chi si oppone alla sussistenza di qualsivoglia forma di responsabilità civile, guardando al più all'indennità come ad un onere per l'esercizio di una determinata posizione giuridica soggettiva.

Sul punto può affermarsi che la prima impostazione pare affondare le sue radici nella concezione sanzionatoria della responsabilità civile, la quale impone il parallelismo e l'interdipendenza tra giudizio di riprovevolezza e responsabilità risarcitoria e guarda all'atto lecito, viceversa, come ad un'ipotesi eccezionale, in quanto tale, tassativa in cui l'atto, difettando dell'anti giuridicità tipica della responsabilità risarcitoria, produce ugualmente un danno risarcibile, ma non qualificabile come illecito.

In realtà, può dirsi che gli atti leciti dannosi rappresentano una categoria generale, suscettibile di interpretazione analogica, in cui la responsabilità sorge indipendentemente dalla colpa del soggetto, per la sola imputabilità al soggetto dal punto di vista causale (c.d. responsabilità oggettiva) oppure, in alcuni casi, in mancanza anche di quest'ultima, derivando la risarcibilità del danno da una valutazione da parte dell'ordinamento di natura prettamente economico-patrimoniale dei soggetti del rapporto.

È chiaro, quindi, che anche il fondamento della risarcibilità dei danni conseguenti ad attività lecite debba individuarsi nell'esigenza di tutela di ragioni che, di volta in volta, l'ordinamento ritiene meritevoli di salvaguardia, secondo un'opera di bilanciamento di interessi che conduce a privilegiare determinate posizioni giuridiche rispetto ad altre.



vare fonte anche nella terza categoria di fonti delle obbligazioni data dagli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni secondo l'ordinamento giuridico nei quali rientrano le promesse unilaterali, la gestione di affari altrui, l'arricchimento senza causa e la ripetizione di indebito⁹.

Ciò che rappresenta un requisito vitale per il negozio (la sussistenza della volontà in relazione agli effetti dell'atto) non ha rilievo per il credito la cui nascita, come appena visto, può prescindere completamente dalla volontà del creditore, del debitore o di entrambi.

La tematica relativa ai crediti involontari involge necessariamente la questione dell'applicabilità anche ai crediti involontari dei mezzi posti, di regola, a tutela del credito. Ciò dipende dal rilievo che l'ordinamento accorda a tali crediti e dall'interesse che ha verso la tutela di tali situazioni giuridiche soggettive.

La tutela del credito può dirsi, sotto molteplici profili, differente a seconda della fonte da cui deriva, com'è immediatamente percepibile già dal differente regime di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale a sfavore di quest'ultimo che ha caratteristiche maggiormente onerose per il creditore (fondate peraltro, proprio sul difetto di un rapporto preesistente)¹⁰.

⁹In particolare, le promesse unilaterali producono obbligazioni per effetto di una dichiarazione unilaterale di volontà, senza che occorra la concorde dichiarazione del destinatario. Queste sono rette dal principio di tipicità, producendo effetti obbligatori solo nei casi ammessi e disciplinati dalla legge (salve le aperture verso il riconoscimento di atti unilaterali atipici), e tra le quali debbono essere compresi anche i titoli di credito.

Quanto alla gestione di affari altrui; il pagamento dell'indebito e l'arricchimento senza causa, questi sono fatti che producono obbligazioni in maniera simile ai fatti illeciti (da qui l'antica dicitura di quasi-delitti), sorgendo l'obbligazione indipendentemente dalla volontà del soggetto obbligato. Esistono anche obbligazioni che derivano dalla legge, in forza di una disposizione specifica che le stabilisce, come l'obbligo agli alimenti, a cui sono tenuti reciprocamente gli appartenenti a un nucleo familiare quando uno di essi si trovi in condizioni di indigenza.

¹⁰Questo regime di evidente sfavore per il creditore emerge già dalla prima differenza fra i due tipi di responsabilità concernente la valutazione del danno. Nelle ipotesi di responsabilità extracontrattuale, la norma da tenere in considerazione è l'art. 2056 c.c., che contiene un espresso rinvio all'art. 1223 c.c. (secondo il quale il risarcimento deve comprendere sia il danno emergente sia il lucro cessante ove siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento), all'art. 1226 c.c. (secondo cui, in mancanza di prova sull'esatto ammontare del danno, spetta al giudice compiere una valutazione equitativa) e all'art. 1227 c.c. (che stabilisce una diminuzione del risarcimento, in caso di concorso colposo del danneggiato e la non risarcibilità dei danni che quest'ultimo avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza). L'art. 2056 c.c. non richiama l'art. 1225 c.c., applicabile, al contrario, ai casi di responsabilità contrattuale. Tale disposizione limita il risarcimento al danno che poteva prevedersi al tempo in cui è sorta l'obbligazione, allorché non sia ravvisabile, nella condotta del debitore, né dolo, né colpa. L'orientamento unanime, in proposito, è che il legislatore abbia volutamente tralasciato di richiamare l'art. 1225 c.c. e, quindi, il criterio della prevedibilità del danno non si applica alla responsabilità extracontrattuale.



La differente tutela del creditore a seconda della fonte del suo credito assume particolare rilievo in contesti normativi caratterizzati da una separazione patrimoniale come quello societario o dei patrimoni destinati in cui la differenza tra creditori volontari (di scopo o generici che siano) e involontari acquista fondamentale importanza.

La tematica del rapporto tra tutela del credito (in particolar modo se di origine involontaria) e separazione patrimoniale ha guadagnato progressivamente sempre maggiore rilevanza, anche in conseguenza dei cambiamenti che hanno interessato di recente il nostro ordinamento.

Sul punto, una certa incidenza è stata esercitata dall'introduzione generalizzata del *trust* nel nostro ordinamento (per chi accoglie la teoria estensiva) che, secondo il prevalente orientamento, ha posto in discussione i principi generali del nostro ordinamento, tra i quali quello della garanzia generica del debitore (art. 2740 c.c.).

Vi è, poi, da rilevare che, più recentemente, si è assistito ad un fenomeno di moltiplicazione ad opera del legislatore delle ipotesi (speciali rispetto al dettato degli artt. 2740 e 2741 c.c.) di separazione patrimoniale. Mentre, infatti, queste ipotesi in un primo momento restavano ancorate ad una rigidità (soggettiva e/o oggettiva) dei presupposti, oggi tendono ad assumere la forma di fattispecie aperte, a carattere generale, tanto da far persino dubitare della resistenza dei principi della unicità del patrimonio e della *par condicio creditorum*.

Ci si riferisce con tali osservazioni, in particolar modo, alle fattispecie di recente introduzione di cui agli artt. 2447-*bis* c.c. e ss. nonché l'art. 2645-*ter* c.c.¹¹.

Di fronte al mutato quadro normativo, in particolare ad opera degli artt. 2447-*bis* c.c. e ss. nonché dell'art. 2645-*ter* c.c., si fa più prepotente l'esigenza, da un lato, di chiarire

Altra differenza degna di nota è rinvenibile in materia di onere della prova. Mentre nella responsabilità extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2697 c.c., spetta al danneggiato (creditore) dimostrare l'esistenza di tutti gli elementi indefettibili del fatto illecito, compreso l'atteggiamento soggettivo dell'autore (salve le fattispecie di responsabilità indiretta ovvero oggettiva), in quella contrattuale si ha un'inversione dell'onere della prova in favore del creditore. Il legislatore, difatti, ha introdotto una presunzione relativa di colpevolezza del debitore che si rende inadempiente, esonerando l'attore dal relativo onere probatorio. La relatività della presunzione fa salva, tuttavia, la possibilità del debitore di liberarsi da ogni responsabilità, dovendo costui provare l'assenza di una qualsiasi colpa propria, derivando l'impossibilità di adempiere da causa a lui non imputabile (cfr. art. 1218 c.c.).

¹¹ Quest'ultima norma, in particolare, nel consentire la trascrivibilità degli atti con cui di beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati "alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, secondo comma" – è di grande rilievo e interesse teorico, avendo riaperto la questione relativa al rapporto tra l'autonomia privata e la separazione patrimoniale, estendendola anche a sfere non specificamente appartenenti al diritto societario e commerciale.



meglio il ruolo dell'art. 2740 c.c., la cui *ratio* è da sempre individuata nella tutela del credito e, dall'altro, di definire meglio la particolare posizione dei creditori involontari rispetto alla limitazione di responsabilità derivante dalla separazione patrimoniale che richiederebbe una tutela rafforzata, rispetto ai creditori volontari, se non altro per l'opportunità di scelta rispetto all'insorgenza del loro credito, riconosciuta a questi ultimi e non ai primi.

La tematica attiene al fenomeno di origine anglosassone, sviluppato prima nella prassi e poi sedimentato dall'elaborazione giurisprudenziale, della distinzione, a fronte dell'esistenza di una separazione patrimoniale, a carattere solo oggettivo (patrimonio separato) o anche soggettivo (società con limitazioni di responsabilità), dei mezzi di tutela, a seconda della natura (volontaria o involontaria) della fonte dell'obbligazione.

In altri termini, la questione concerne l'indagine sulla possibilità o meno e, in caso positivo, sulla potenzialità espansiva, di far dipendere dalla differente natura della fonte dell'obbligazione i limiti del privilegio della limitazione della responsabilità, caratteristica di alcuni tipi di società e, più in generale, di fenomeni di separazione patrimoniale. Questo fenomeno ha condotto a congegnare forme di tutela a favore dei creditori extracontrattuali (in quanto involontari) che ipotizzano il superamento della persona giuridica a tutela dei titolari di un credito risarcitorio che andasse oltre (per dimensioni) la solvibilità del patrimonio della persona giuridica, neutralizzando, in tal modo la limitazione di responsabilità.

Viene, quindi, introdotta una fondamentale distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale fondata sull'idea che coloro che vantano ragioni creditorie ancorate ad un contratto precedentemente stipulato con la società meritino una tutela inferiore rispetto ai creditori c.d. «involontari», i quali hanno senza intenzione acquisito il loro diritto nei confronti della società¹².

Sono creditori del primo tipo tutti coloro che, nel prendere parte a delle trattative negoziali, hanno esercitato un potere contrattuale. Questa dinamica consente loro di preve-

¹² Cfr. *West v. Costen* [1983] W. D. Va., 558 F. Supp. 564, 586 (“a victim of a statutory illegality or tort may be more entitled to pierce [a corporate veil] because, unlike contractual creditor, the former’s dealings with the corporation are involuntary and uninformed”; *United Paperworkers Int Union v. T.P. Property Corp.*, 583 F. 2d 33 (1,1 Cir. 1978) (“(...) because contracts are private, consensual relationships in which each party has a clear and equal obligation to weigh the potential benefits and risks of the agreement»). In dottrina, tra gli altri, HACKNEY & BENSON, *Shareholder Liability for Inadequate Capital*, (U. *Pill. L. Rev.* 1962) 837, 860: “[M]ost courts make a distinction between tort creditors and contract creditors, on the ground that certain contract creditors – “voluntary creditors”– have a choice as to whether or not extend credit to the corporation, whereas the tort claimant is always an involuntary creditor». Contra, *Labadie Coal Co. v. Black* [1982] D.C. Cir 672 F. 2d 92, 100.



dere il rischio derivante dall'operazione e, eventualmente, prima della definizione della trattativa, di svolgere indagini sulla solvibilità e affidabilità della società e dei suoi vertici, a domandare garanzie o che il rischio venga compensato da controprestazioni di valore superiore¹³.

I creditori involontari hanno subito un pregiudizio a causa della condotta colposa della società e hanno diritto al risarcimento con un conseguente diritto a soddisfarsi sul capitale sociale della società.

Rientrano in tale categoria, poi, anche i consumatori finali del prodotto della società, per i danni subiti nell'utilizzazione del prodotto medesimo, rivelatosi difettoso (dunque non solo casi di responsabilità aquiliana per colpa ma anche casi di responsabilità oggettiva, o quella da prodotto difettoso).

Accanto a tali condotte societarie, un altro comportamento dei soci di una *business corporation* può dar luogo ad un'applicazione del *piercing the veil*, dato dall'inosservanza delle regole procedurali previste dall'ordinamento giuridico per il funzionamento della società («*disregard of corporate formalities*»).

I creditori involontari, come visto, a differenza di quelli volontari, non hanno alcun modo di prevedere ragionevolmente il loro ingresso in questo genere di rapporto giuridico obbligatorio con la società e, pertanto, non dispongono neanche di rimedi per annullare o ridurre il rischio connesso al rapporto in questione.

Il tema dei *tort creditors* è, nell'ambito del diritto anglosassone, al centro del dibattito dottrinale sulla responsabilità limitata, che mette in luce come la *doctrine* della *limited liability* crei una sorta di trasferimento del rischio d'impresa dai titolari ai creditori indipendentemente dalla natura volontaria o involontaria della fonte del loro credito.

Emerge, tuttavia, una tendenza prevalente dei giudici alla disapplicazione della *limited liability* ove sia invocata da un *tort creditor*¹⁴.

¹³ Cfr. *Brunswick Corp. v. Waxman* [1979] 2d Cir., 599 F. 2d 34, che ha confermato 1° precedente pronuncia della District Court pubblicata in 459 F. Suppl. 1222 (E.D.N.Y. Sep 15 1978) 1231: «*the plaintiff was not wronged by the fact that the corporation was organized with a trifling capital and could not live except upon borrowed money; nor by the fact that the lenders insisted upon security. He knew the essential facts and accepted the situation*»).

¹⁴ Cfr., per una prima pronuncia in questo senso, *Hanson v. Bradley* [1937] N.E., 298 Mass. 371, 10 2d 259, 24 (“*The plaintiff dealt with that corporation. There is nothing to show that he was deceived. The fair inference is that he knew the worthlessness of the corporation with which he contracted (...)*”). Il punto è stato ed è ancora oggi oggetto di ampia discussione in dottrina. Sembra fuori discussione, tuttavia, il consolidamento di questa tendenza giurisprudenziale a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta: cfr. *United States v. Jon-T Chemicals Inc.* [1985] 5th Cir., 768 F. 2d 686, 693; *Miller v. Dixon Industries Corp.* [1986] RT, 513 A. 2d 597, 604 (“*Courts (...) have been less likely to ignore corporate forms in contract cases*”).



Anche nel nostro sistema è rinvenibile una disciplina in materia di patrimoni destinati che appare ispirata dalla tutela dei creditori involontari, nella misura in cui conserva illimitata la responsabilità della società per i crediti derivanti da fatto illecito, rendendo in tal modo inopponibile la limitazione di responsabilità ai creditori involontari ed evitando che ricada su di essi il rischio.

Al tradizionale modello di organizzazione dell'attività della società per azioni il legislatore ha affiancato il nuovo modello dei patrimoni destinati a specifici affari, volto a realizzare forme di frazionamento della garanzia e del rischio tra i creditori a seconda della rispettiva categoria e classe con la graduazione della tutela in funzione dell'informazione resa disponibile, delle possibilità di previsione e controllo, fino ad approdare, nei casi più gravi, allo squarcio del velo della destinazione, ove le ragioni di credito derivino da fatti illeciti.

Analoghe considerazioni possono valere anche nell'ipotesi della sottopatrimonializzazione determinata da un abuso, in caso di sproporzione rispetto alla realizzazione dell'affare.

La normativa cui si ha riguardo è la disciplina della responsabilità da fatto illecito nei patrimoni destinati di S.p.A. (art. 2447-*quinquies*, comma 3, seconda parte), la quale attribuisce primario rilievo all'informazione a seconda delle differenti classi di creditori sociali e che, per la prima volta, contempla la fattispecie dello squarcio della segregazione (anche se con riguardo al solo effetto della inopponibilità della destinazione) nei confronti dei c.d. creditori involontari, ossia da illecito o comunque per violazione degli obblighi informativi.

La norma è dotata di una certa rilevanza pur senza spingersi, come accade nel sistema statunitense, verso il superamento del velo della personalità, ma limitandosi a rendere inopponibile un vincolo di scopo di un patrimonio che non ha personalità giuridica.

2. – Il *piercing the corporate veil* viene applicato dai giudici americani secondo la distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale.

Si ritiene, come visto, che coloro che fondano le ragioni creditorie su un contratto

where the plaintiff has made a knowing and deliberate choice in dealing with a particular entity»; Molander v. Raugust – Mathwig, Inc. [1986], 44 Wash. App. 53, 722 P. 2d 103, 107 «A professional architect doing business in a complex financial world cannot pierce a corporate veil and thereby escape the legal consequences of failure to protect himself by professing ignorance as to corporate and partnership liability. Subjective expectations or postdisaster wishful thinking is not a substitute for legal advice and appropriate contract language».



precedentemente stipulato con la società meritino una tutela marginale rispetto ai creditori c.d. «involontari», che hanno, cioè, “involontariamente” maturato il loro diritto nei confronti della società.

Nella categoria dei creditori volontari rientrano la maggior parte dei creditori, i quali hanno partecipato a delle trattative negoziali nel corso delle quali hanno esercitato un potere contrattuale. Questi soggetti hanno avuto l’opportunità di prevedere il rischio derivante dall’operazione e, pertanto, avevano la possibilità, anteriormente alla conclusione delle trattative, di svolgere indagini sulla solvibilità della società e sull’affidabilità dei suoi dirigenti, oppure di domandare idonee garanzie del credito o la compensazione del rischio con una controprestazione di maggiore valore.

I creditori involontari sono invece i soggetti che, a causa dell’azione colposa della società, hanno ricevuto un danno ingiusto, conseguendo un diritto a soddisfarsi sul capitale sociale a titolo di risarcimento. Questi soggetti, come già visto, non avevano la possibilità di immaginare la nascita del rapporto giuridico obbligatorio con la società e, dunque, non avevano a disposizione rimedi per l’annullamento o l’abbassamento del rischio ad esso connesso.

La tematica del *tort creditors* negli Stati Uniti è particolarmente sentita in relazione alla responsabilità limitata e ha condotto, come già visto, la *doctrine* della *limited liability* a realizzare una traslazione del rischio d’impresa dai dirigenti a coloro che ne sono creditori, a prescindere dalla natura volontaria o involontaria del credito.

I giudici restano, in ogni caso, inclini a disapplicare la limitazione di responsabilità quando sorga in capo ad un creditore extracontrattuale.

Tuttavia, l’aver subito un pregiudizio non è circostanza di per sé sola e automaticamente sufficiente a trasgredire l’impegno dell’ordinamento giuridico nei confronti di imprenditori e risparmiatori sorto al momento della nascita della società.

In una prospettiva metodologica porre l’attenzione sul patrimonio della società in veste di luogo di confronto e indice della coesistenza di interessi di diversa natura riconducibili a differenti categorie di soggetti si rivela utile a trattare le questioni relative alla responsabilità patrimoniale del debitore in modo non esclusivamente circoscritto al singolo rapporto di debito-credito tra soggetti, ma guardando al patrimonio nella globalità. Per questa via, l’interesse dei creditori non si limita a relazionarsi esclusivamente con l’interesse del titolare dei beni, ma con quello di eventuali altri soggetti che su quel patrimonio possono rivendicare pretese o interessi giuridicamente rilevanti, costituendo la tecnica della separazione il mezzo di regolazione di tali relazioni. In caso di insolvenza del debitore il confronto tra creditori rivela un fenomeno per cui ciò che guadagna un credi-



tore viene perduto da un altro e, in questo contesto, ad avere la meglio saranno i creditori che hanno più possibilità di autotutelarsi. In tal senso, i provvedimenti normativi che riconoscono molto margine all'autotutela creditoria, risultano nuocere ai creditori meno capaci di autotutelarsi.

Nella specie, con riguardo, esemplificativamente, ai patrimoni destinati, la disciplina prevista pone in modo inedito l'attenzione ai creditori sociali involontari i cui diritti sorgono da torti subiti e, pertanto, si rivelerebbe iniquo esternalizzare su di essi i costi delle manovre sociali ed il relativo rischio di cui non hanno alcuna contezza. Il legislatore italiano, tra i primi a riconoscere un rimedio in tal senso, fa salva la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito, rendendo così inopponibile la limitazione della responsabilità, al fine di scongiurare che la separazione provochi un incoraggiamento a ripartire il rischio d'impresa riversandolo sui creditori involontari, preordinando, invece la portata del rischio alla quale esporre i singoli ambiti dell'attività.

Lo spaccatura del velo della personalità giuridica è generalmente inerente proprio a fatti illeciti piuttosto che a contratti. La ragione di tale distinzione proviene dall'economia del rischio morale: nelle ipotesi in cui le società rispondono del rischio in capo ai creditori in conseguenza della responsabilità limitata, diminuisce la probabilità che diano inizio ad operazioni i cui costi per la collettività siano maggiori dei vantaggi per la medesima.

Dal quadro del *lifting the corporate veil* nel sistema della *common law* deriva una rinuncia a principi precisi e sicuri tipici della forma mentis del giurista continentale. Nel *common law* la giurisprudenza è orientata, piuttosto, verso la ricerca della giustizia del caso concreto che rifugge dalla cristallizzazione di principi fissi.

Viceversa, gli ordinamenti continentali sono maggiormente orientati alla ricerca di principi di portata generale applicabili al caso concreto, per cui non è questo a esprimere un principio specifico, ma è il principio astratto esistente nell'ordinamento la fonte della soluzione del caso concreto.

Resta, in ogni caso, da osservare che, nonostante nel nostro ordinamento l'applicazione del principio dello squarcio del velo assuma una rilevanza nettamente inferiore, non potendo trascurare la differenza tra superamento del diaframma della personalità giuridica in caso di abuso della stessa e semplice inopponibilità ai creditori involontari di un vincolo di destinazione, in un contesto in cui non vi è alcuna alterità soggettiva, le ragioni economiche fondanti la disciplina in questione sono analoghe a quelle che ispirano la tecnica giurisprudenziale del c.d. *piercing the corporate veil*. Peraltro, vi è la particolarità che quest'ultima tecnica non ha ricevuto riconoscimento legale a differenza della disposizione codicistica che è tra le poche ipotesi positive in tema di creditori involontari al mondo.



3. – La tematica trae la propria origine nel diritto comparato¹⁵ e, in particolare con il caso statunitense *Walkovsky v. Carlton* nel 1966¹⁶ in cui la vittima di un incidente vedeva il mancato riconoscimento del risarcimento dei danni per insufficienza del patrimonio della società titolare dell'autoveicolo causa dell'incidente.

Veniva invocata l'illegittimità della sottocapitalizzazione delle singole società operative operata in modo fraudolento, in quanto comandate da un'unica entità e la possibilità di agire direttamente nei confronti del socio, chiedendo il superamento della responsabilità limitata.

Tuttavia, malgrado il rigetto della richiesta da parte dei giudici dello Stato di New York (che, nel caso di specie, ritennero non dimostrata la confusione patrimoniale tra la società convenuta, il socio e le altre società del gruppo), il caso costituì il pretesto per sollevare una questione già particolarmente sentita in ambito dottrinale.

In particolare, veniva in rilievo l'interrogativo (delineato, nel caso di specie, dal giudice Keating nella sua relazione di minoranza) se il riconoscimento in via esclusiva a coloro che esercitano impresa del vantaggio della responsabilità limitata tramite il modello della società per azioni si fondi su ragioni così inderogabili da consentire che tale privilegio possa valere sempre, a prescindere da quanto se ne abusi, dal grado di irresponsabilità e dalle ricadute sulla collettività.

Tale riflessione pone in evidenza i pericoli derivanti da un'operazione che si manifestava come potenzialmente capace, attraverso tali espedienti, di ridurre drasticamente e, in modo probabilmente sproporzionato, il rischio per società di capitali in condizioni di sottocapitalizzazione materiale.

Emerge, quindi, la necessità di contemperamento tra due opposte esigenze, quella, da un lato, di valorizzare la funzione della responsabilità limitata come strumento per il massimo sviluppo dell'impresa e, dall'altro di garantire l'effettività della tutela con particolare riferimento alla responsabilità civile.

¹⁵Nell'ambito dei sistemi di *civil law* il problema è stato affrontato solo di recente, mentre negli ordinamenti di *common law* già iniziava ad assumere rilievo all'inizio del secolo scorso, quando, nel 1912, la dottrina americana aveva già fornito i primi contributi alla ricerca. Cfr. WORMSER, *Piercing the Veil of Corporate Entity*, (12 *Columbia Law Review* 1912), 496-518.

¹⁶Nel diritto statunitense si è sviluppata già da anni un'ampia elaborazione con riferimento alla disciplina delle garanzie patrimoniali e, più in generale, alla questione delle regole di riparto tra creditori. In particolare, poi, è stata posta in relazione la tematica della separazione con quella della limitazione della responsabilità del debitore (tendenzialmente l'impresa), considerando la separazione come sistema di regolazione dei conflitti, oltre che come incentivo nella definizione dei rapporti tra i diversi operatori economici che ruotano intorno all'organizzazione (Hansmann – Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, NYU Law and Economics Working Paper No. 00-006, Id. *Il ruolo essenziale dell'organizational law*, in *Riv. soc.*, 2001, 21).



La soluzione immaginata rappresenta un tentativo di contemperamento tra la necessità di colpire condotte di volontaria sottocapitalizzazione rispetto al rischio prevedibile di incidenti e quella di conservare la responsabilità, sottraendo quelle iniziative poste in essere in modo proporzionato ed equilibrato rispetto alle condizioni patrimoniali e finanziarie della società, anche se dovessero poi trovarsi in situazioni di insolvenza per cause non imputabili ad un'organizzazione premeditata e abusiva dei soci.

Ulteriore percorso tracciato per realizzare una forma di contemperamento degli interessi suddetti è quello di congegnare una responsabilizzazione degli amministratori per *mala gestio* che esula del tutto dalle dinamiche della responsabilità limitata e si configura come responsabilità separata. In tal senso si profila una tendenza giurisprudenziale alla creazione di una sorta di "ultraresponsabilità" degli amministratori che si affianca alla responsabilità della compagine societaria.

L'impostazione in parola, in ogni caso, non è scevra da osservazioni critiche¹⁷ che hanno ritenuto che il meccanismo del superamento della responsabilità limitata può riconoscersi ai creditori extracontrattuali di una controllata quando si tratti di un'impresa di gruppo a compagine sociale ristretta, sempre nei limiti dei beni appartenenti alle società del gruppo o delle partecipazioni di queste. Infatti, in tali ipotesi, la suddivisione dell'attività in più centri di imputazione non svolge alcuna funzione di diversificazione del rischio, ma mira esclusivamente ad una socializzazione (ben poco efficiente) del costo dei torti.

Nell'evoluzione giurisprudenziale successiva la questione viene affrontata con una più acuta coscienza, sviluppandosi ulteriormente la dottrina del c.d. *Veil piercing*, tant'è che è emersa la tendenza di diverse corti nord-americane a conferire rilievo alla natura della pretesa creditoria, considerandolo uno dei parametri da valutare per verificare l'applicabilità del superamento della responsabilità limitata¹⁸.

Questa tendenza giurisprudenziale alla disapplicazione della responsabilità limitata, differenziata a seconda che l'abuso venga posto in essere in pregiudizio di creditori contrattuali o extracontrattuali, ha iniziato a trovare terreno sempre più fertile dagli anni ottanta in poi. È iniziata, così, a farsi strada l'idea (sensibilmente fondata) che, in caso di abuso, i creditori extracontrattuali necessitino di una tutela più vigorosa rispetto ai creditori contrattuali, in quanto questi ultimi, a differenza dei primi, sono maggiormente in grado di curare la propria sfera di interessi mediante l'esercizio di autonomia privata.

¹⁷Cfr. sul punto D.W. LEEBRON, *Limited Liability, Torts Victims, and Creditors*, (Colum. L. Rev.1991) 1565, 1650.

¹⁸Cfr. TONELLO, *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, Padova, 1999, 67-168.



Pertanto, la natura extracontrattuale del credito inizia a rivestire un significativo rilievo anche nella configurazione o meno di una condotta come abusiva, ai fini del superamento o meno della responsabilità limitata.

Tuttavia, un tale esito porta inevitabilmente con sé dei dubbi quanto alla costruzione teorica, mancando un'organizzazione sistematica del fenomeno, destinato, così, a restare sul terreno della singola esigenza emergenziale del momento, fondata su ragioni equitative.

D'altra parte, la considerazione appena espressa rivela una maggiore coerenza dell'approccio in questione con una *forma mentis* tipica dei sistemi di *common law*, i quali, a differenza di quelli di impronta continentale, sono caratterizzati da un'elaborazione giurisprudenziale che tende a rifuggire dalle costruzioni teoriche e dall'inquadramento rigoroso e minuzioso del singolo caso in un predeterminato sistema di principi, di norme e di concetti, ma realizza un accostamento di fondo approssimativo, in un'ampia e aperta ispirazione a criteri generali, per poi procedere in via autonoma alla ricerca della soluzione che nella specie appare giusta.

L'atteggiamento fondamentale della giurisprudenza è, tendenzialmente, quello rivolto alla ricerca della giustizia del caso concreto, che guarda con timore la fissazione di saldi principi.

Lo squarcio del velo della personalità giuridica è, come visto, di regola, connesso proprio ai fatti illeciti piuttosto che ai contratti. A fondamento della distinzione si pone la c.d. economia del rischio morale: ove le società si trovino a dover pagare per il rischio affrontato dai creditori a causa della responsabilità limitata, saranno disincentivate dall'intraprendere attività i cui costi per la collettività superino i vantaggi.

Con maggior impegno esplicativo, può dirsi che mentre i creditori contrattuali vengono remunerati *ex ante* per l'aumento del rischio di inadempimento *ex post*, i creditori extracontrattuali, diversamente, non trovano remunerazione.

In effetti, i creditori extracontrattuali resterebbero privi di tutela, non essendo in grado di imporre all'impresa garanzie o clausole contrattuali di salvaguardia né di elevare il tasso di interesse a titolo di corrispettivo per la concessione del credito non garantito che li remunererà per il rischio assunto. Questi ultimi, infatti, non possono "adattare" il proprio contratto di debito per far sì che tenga conto della rischiosità dell'impresa, essendo necessario, in linea di principio, che i creditori siano nelle condizioni di conoscere e misurare il rischio di inadempimento¹⁹, al fine di ottenere una remunerazione adeguata²⁰.

¹⁹ La distinzione tra creditori contrattuali ed extracontrattuali è destinata a venire meno ove il debitore si impegni allo sviamento con dolo o falsa rappresentazione, non potendo essere, in tale ipotesi, i costi dell'assunzione di rischi sproporzionati, integralmente internalizzati.



Questa dinamica porterà con sé un'assunzione di rischi sproporzionati da parte delle imprese, le quali tenderanno a trasferire la gran parte dei rischi sui creditori.

In alcuni ordinamenti, come visto, è riconosciuta, a fronte di tali situazioni, a condizioni particolari, il superamento del velo della responsabilità, in modo da poter aggredire il patrimonio della società in caso di dolo o falsa informazione²¹. I casi più frequenti si verificano quando una società offre una falsa rappresentazione della natura della propria operatività, delle proprie attività, ovvero delle condizioni finanziarie. Oggi la questione è particolarmente sentita come dimostrato dalla circostanza che, attualmente, le banche nei mutui richiedono alla parte mutuataria una dichiarazione contenente l'attestazione di veridicità della dichiarazione dei redditi. Ciò anche in conseguenza dell'attuale normativa bancaria che rende obbligatorio per le banche avere i dati reddituali dei clienti che hanno contratto un mutuo, un fido, o un prestito. Tali accorgimenti sono funzionali a scongiurare ogni genere di alterazione della percezione in ordine alle capacità di soddisfare il finanziamento richiesto, generando, quindi, affidamento sulla solvibilità delle debentrici e sulla genuinità delle operazioni intraprese.

Possono, poi, verificarsi anche ipotesi più velate in cui l'impresa induce il creditore a credere erroneamente di potersi soddisfare sul patrimonio di altre società²², creando, così, la falsa rappresentazione della solvibilità delle società tale da ingenerare un affidamento sulle prospettive di un debitore che si trova, invece, in condizioni di insolvibilità.

Frequenti applicazioni della dottrina del *piercing the corporate veil* si sono registrate con riguardo a società di capitali unipersonali o con un numero ristretto di soci, essendo

²⁰ La remunerazione richiesta dai creditori volontari (dipendenti, clienti, fornitori, finanziatori) dipende dal rischio che si trovano ad affrontare.

²¹ Non risultano ordinamenti in cui siano riconosciute ipotesi di superamento dello schermo societario in relazione a società quotate o quando gli azionisti non partecipino alla gestione, mentre i casi più importanti includono ipotesi di dolo contrattuale o di condotte opportunistiche dei soci (cfr. Thompson, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, 76, (Cornell Law Review, 1991) 1036, per gli Stati Uniti; Mitchell, *Lifting the Corporate veil in the english courts: an empirical study*, (Company, financial and Insolvency Law Review 1999) 15, per il Regno Unito; Huffer, *Gesellschaftsrecht*, VI ed., 2003, 334 s. per la Germania 34. Sul punto cfr. anche Krendl – Krendl, *Piercing the Corporate veil: Focusing the Inquiry*, 55 (Den L. J 1, 1978) 31-34, e Blumberg, *The law of corporate groups: tort, contract and other Common law problems in the substantive law of parent and subsidiary corporations*, 1987; Easterbrook – Fischel, op. cit., 303; sul tema cfr. pure Verrucoli, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Milano 1964.

²² Come quando gli amministratori comunicano espressamente l'accollo da parte di una società controllante dei debiti della controllata oppure quando controllante e controllata hanno nomi simili, atti a fare credere al creditore di interfacciarsi direttamente con la controllante. In tali ipotesi i creditori non sono in condizioni di valutare adeguatamente il rischio di inadempimento, aumentando così la probabilità che l'impresa assuma iniziative con rischi sproporzionati.



il meccanismo invocato da creditori involontari della società (come visto, da individuarsi nei danneggiati da fatto illecito della società o dei beneficiari finali dei prodotti di consumo o dei servizi offerti dalla società).

I giudici, malgrado la dottrina miri a considerare illimitatamente responsabili i singoli soci individuali, tuttavia, giungono molto più di frequente al riconoscimento della responsabilità di una società per i debiti assunti da una società collegata o partecipata.

Con particolare riguardo alle società collegate con la riforma societaria del 2003, il legislatore ha individuato nell'art. 2497 cod. civ. il fulcro normativo della responsabilità a cui è sottoposta la società che esercita l'attività di direzione e di coordinamento nei confronti dei soci e dei creditori della società sottoposta a tale attività.

Nella Relazione al d.lgs. n. 6/2003 la questione relativa alla responsabilità della controllante nei confronti dei soci e dei creditori della controllata è stata segnalata come centrale con riguardo al fenomeno dei gruppi di società.

Modificando l'art. 2497 cod. civ. il legislatore ha altresì individuato il punto di equilibrio tra la liceità del modello organizzativo che prevede l'utilizzo dello schema dei gruppi di società e i legittimi vantaggi competitivi scaturenti da tale sistema con l'abuso dell'utilizzo di tale schema organizzativo, che la società capogruppo potrebbe perpetrare in danno dei soci e creditori della società controllata.

La novità normativa, come precisato anche dalla giurisprudenza di legittimità²³, costituisce una modifica rivoluzionaria nel nostro sistema giuridico, scardina il “dogma”, dell'autonomia patrimoniale delle singole società controllate.

La problematica della responsabilità della società controllante per gli atti formalmente compiuti dalla società controllata è stata trattata anche dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea²⁴ che l'ha risolta affermativamente nell'ipotesi in cui la società control-

²³ Una delle prime massime giurisprudenziali successive alla riforma del 2497 cod. civ. è rappresentata dalla Cass. pen. 18.11.2004, n. 10688 “A partire dal 1° gennaio 2004, nel nostro ordinamento giuridico è ormai configurabile l'impresa di gruppo. La direzione unitaria del gruppo vulnera il principio, finora imperante, di autonomia patrimoniale delle singole società controllate, in quanto l'art. 2497 c.c. configura una vera e propria responsabilità dell'impresa-holding (individuale o societaria), nei confronti dei soci e dei creditori sociali delle società controllate, per fatti riferibili al loro patrimonio, ma riconducibili ad una mala gestio unitaria del gruppo”.

²⁴ Secondo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, punto 37, della Sentenza del 20.1.2011: “Per quanto riguarda la questione relativa alle circostanze in cui una persona giuridica che non ha commesso l'infrazione possa tuttavia essere sanzionata, deriva da costante giurisprudenza che il comportamento di una controllata può essere ascritto alla società controllante in particolare qualora, pur avendo una personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, alla luce in particolare dei nessi economici, organizzativi e giuridici che uniscono le due entità giuridiche”.



lata, anziché avere una propria autonomia, si limiti a seguire le direttive impartite dalla società controllante.

La regola della responsabilità illimitata viene talvolta utilizzata dai giudici ove i partecipanti ad un'attività economica societaria non abbiano osservato rilevanti formalità procedurali proprie dell'organizzazione della società (come ad esempio le procedure di emissione delle azioni, di elezione degli amministratori, di indizione e svolgimento dell'assemblea, di tenuta delle scritture contabili) oppure ove i soci non si siano preoccupati di mantenere la separazione tra il loro patrimonio e quello societario, o ancora, ove non si sia disposto di un capitale adeguato a far fronte ai rischi derivanti dall'attività economica.

4. – Dall'analisi effettuata emerge chiaramente che negli ordinamenti anglosassoni la persona giuridica è formalmente un soggetto differenziato dai suoi membri finché non emerga un buon motivo per squarciare il velo della personalità giuridica. Tale motivo è da individuarsi, da una parte, nelle ipotesi in cui il legislatore straniero ritiene necessario il superamento dello schema societario e, dall'altra, nelle ipotesi in cui si debba impedire un abuso della persona giuridica.

Interessante, ai fini dell'analisi in oggetto, è indagare nel nostro ordinamento, la presenza di fenomeni di superamento della personalità giuridica.

L'esame delle fattispecie di *piercing the corporate veil* estere pone in rilievo come a tale categoria sia possibile ricondurre ipotesi molto diverse tra di loro. Rientrano, infatti, in tale fenomeno anche casi in cui non vi sia alcun superamento dello schema societario, ma che realizzano un "allargamento dei soggetti responsabili" rispetto ai creditori di una società (*rectius* l'affiancamento, alla società, di ulteriori soggetti che vengono resi responsabili per le obbligazioni della prima).

Ci si riferisce, per esempio, allo *shadow director* inglese che, riteniamo, trova un valido corrispondente nella figura dell'amministratore di fatto.

Con riguardo, invece, al *piercing the corporate veil* più strettamente inteso, cioè il superamento dello schema societario nel caso di abuso della personalità giuridica, possono dirsi presenti ipotesi analoghe all'interno del nostro ordinamento e importante sarebbe sondare anche la possibilità di rinvenire, nel nostro ordinamento, forme di superamento della personalità giuridica distinte da quelle espressamente previste dal legislatore e da quelle relative all'abuso della personalità giuridica.

Utile si rivela rintracciare alcune ipotesi di superamento della personalità giuridica



individuabili nel nostro ordinamento come la figura dell'amministratore di fatto e quella del socio unico e di abuso della personalità giuridica

Con riguardo all'amministratore di fatto, l'accertamento e la declaratoria di tale qualità in capo ad un soggetto comporta l'operatività di tutte le norme relative all'amministrazione della società, come affermato in dottrina: "le norme in tema di responsabilità degli amministratori si applicano anche ai soggetti che di fatto (pur in mancanza di qualsiasi nomina) esercitano le funzioni proprie degli amministratori".

Tale impostazione è confermata anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte²⁵ secondo cui: "le regole che disciplinano l'attività degli amministratorisono applicabili anche a coloro che si sono inseriti nella gestione della società senza avere ricevuto da parte dell'assemblea alcuna investitura, neppure irregolare o implicita" ed "è configurabile la responsabilità *ex artt.* 2392 e 2393 c.c. anche a carico di chi (...) risulti inserito nella organizzazione sociale e riferisca alla società l'attività svolta".

L'operatività delle norme sulla responsabilità degli amministratori di diritto nei confronti del soggetto agente solo di fatto genera l'automatica comparsa in capo a quest'ultimo di una responsabilità solidale, con quella degli amministratori di diritto, per le condotte realizzate.

È chiaro, dunque, come la figura dell'amministratore di fatto costituisca il preciso corrispondente dello *shadow director* anglosassone sì da potersi ricondurre nella categoria delle ipotesi di *piercing the corporate veil* del nostro ordinamento. Si tratta di un soggetto responsabile di cui i terzi non hanno conoscenza e sulla cui responsabilità non possono confidare nel momento in cui contrattano con la società.

Un'ulteriore ipotesi di *piercing the corporate veil* riguardava, prima della recente riforma del diritto delle società, il socio unico di s.r.l. La fattispecie è stata ora modificata e, nello stesso tempo, ampliata dal legislatore, con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge delega 2 ottobre 2001, n. 366".

Nella vigenza della precedente disciplina, l'art. 2362 c.c. sanciva il principio della de-

²⁵ Cfr. Cass. 27 febbraio 2002, n. 2906, e nello stesso senso, Cass. 14 settembre 1999, n. 9795. Come affermato dalla Suprema Corte: "le regole che disciplinano l'attività degli amministratori regolano, in realtà, il corretto svolgimento dell'amministrazione della società, e sono quindi applicabili non solo a coloro che sono stati immessi, nelle forme stabilite dalla legge, nelle funzioni di amministratore, ma anche a coloro che si sono ingeriti nella gestione della società senza aver ricevuto da parte dell'assemblea alcuna investitura, regolare o implicita", e dalla dottrina: "accanto all'amministratore di fatto vi è, di norma, anche un amministratore di diritto, regolarmente nominato ed in carica. In questi casi ..., ovviamente, l'amministratore di diritto risponde assieme all'amministratore di fatto, delle violazioni commesse".



cadenza dell'azionista dal beneficio della responsabilità limitata, prevedendo la detta norma che "In caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni risultano essere appartenute ad una sola persona, questa risponde illimitatamente".

Tale norma era considerata un superamento legislativo dello schermo.

Con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge delega è stata introdotta nel nostro ordinamento la figura della s.p.a. unipersonale, con il quale il legislatore delegato ha portato a compimento un lungo iter propositivo. La riforma del diritto societario, innovando sul punto, ha stabilito che la società per azioni può essere costituita, oltre che per contratto, anche per atto unilaterale (art. 2328 ex d.lgs. n. 6/2003) ed ha introdotto una specifica disciplina in materia di s.p.a. unipersonale, seppur frammentata in varie disposizioni.

L'art. 2325 c.c., come novellato dalla riforma, ha così introdotto nel nostro ordinamento la s.p.a. "originariamente" unipersonale caratterizzata, in via generale, dalla responsabilità limitata dell'unico azionista. Ne consegue che oggi la costituzione di tale tipo di società è possibile in ragione di iniziative, non già collettive, ma individuali, che permettono di accedere alla separazione del patrimonio dell'impresa dal residuo patrimonio del soggetto cui l'iniziativa imprenditoriale risale.

Va evidenziato come, in tema di responsabilità, se è vero che la regola generale è quella della esclusiva imputabilità alla società degli atti compiuti e dell'attività svolta in suo nome, nonché delle relative conseguenze patrimoniali sfavorevoli, con conseguente irresponsabilità dell'unico azionista (art. 2325, comma 1), è anche vero che permangono nella nuova disciplina societaria, seppur drasticamente ridotte rispetto al attuale testo dell'art 2362 c.c., ipotesi di responsabilità illimitata dell'unico azionista.

La responsabilità illimitata dell'unico socio ha natura eccezionale, sussidiaria ed ambito oggettivo ristretto. Sotto il primo profilo, infatti, si deve osservare che nel nuovo testo il legislatore delegato ha previsto la responsabilità dell'unico socio esclusivamente "in caso d'insolvenza" della società. Si deve desumere, vista la continuità rispetto al passato nell'uso di tale "ambigua" espressione, che la corretta interpretazione dovrà essere la medesima cui erano pervenute, nel vigore della vecchia disciplina, dottrina e giurisprudenza.

Oltre alle ipotesi presentate, nel nostro ordinamento sono presenti svariati casi di superamento della personalità giuridica in relazione ai casi di abuso della personalità giuridica da parte dai soci.

JUS CIVILE



Si registra un'impostazione dottrinale piuttosto diffusa favorevole alla possibilità di superare lo schermo della personalità giuridica imputando i rapporti giuridici posti in essere dalla società direttamente ai suoi soci, tuttavia, questo orientamento ritiene fermamente che ciò possa aver luogo solo nel caso in cui si configuri un abuso della personalità giuridica.

L'abuso della personalità giuridica rientra nella più generale figura dell'abuso del diritto.

Il concetto di abuso del diritto viene generalmente ricondotto a tutte le ipotesi in cui vi sia un esercizio anormale di un diritto, tale da generare un pregiudizio o un pericolo di danno per altri soggetti, senza soddisfare l'interesse del titolare.

La figura in questione è stata oggetto di molteplici studi e controverso ne è il suo riconoscimento all'interno dell'ordinamento giuridico, dal momento che non è espressamente e specificamente prevista dal codice civile.

Con riferimento alla questione specificamente affrontata in questa sede, in ambito societario, la materia dell'abuso del diritto è stata esaminata con riferimento al fenomeno dell'abuso della personalità giuridica quando essa costituisca uno schermo formale per eludere la più rigida applicazione della legge²⁶.

In tal caso, proprio richiamando l'abuso, ne sarà possibile, per così dire, il suo "disvelamento" (piercing the corporate veil).

Per abuso della personalità giuridica si intende la circostanza di beneficiare della disciplina speciale in condizioni diverse da quelle che ne giustificano l'applicazione: in altri termini, fruire dell'esenzione dal diritto comune oltre i limiti entro i quali il legislatore aveva inteso contenerla.

I rimedi sanzionatori differiscono a seconda del tipo di abuso: ove una società di capitali risulti costituita al solo scopo di fornire ai soci il vantaggio della responsabilità limitata e agendo questi ultimi in violazione della disciplina di organizzazione e di funzionamento del tipo di società prescelto, il superamento dello schermo della personalità giuridica consente di considerare responsabili i soci, illimitatamente e solidalmente, per tutte le obbligazioni sociali.

In altri casi, superando lo schermo della personalità giuridica si giunge ad imputare direttamente ai soci i rapporti giuridici della società ovvero, in caso di gruppo di società, scardinare l'alterità soggettiva delle singole società del gruppo imputando a ciascuna, o alla sola holding, i rapporti giuridici facenti formalmente capo ad ognuna.

Spesso l'abuso viene sanzionato attraverso quel rimedio repressivo c.d. *exceptio* (o

²⁶ Cass. 25.1.2000 n. 804; Cass. 16.5.2007, n. 11258.



replicatio) doli: in presenza di un comportamento scorretto del socio o del legale rappresentante della società qualificabile in termini di abuso della personalità giuridica è possibile paralizzare la sua azione (o eccezione) opponendogli appunto una eccezione di dolo.

Peculiare ipotesi di abuso della società viene individuato nella società sottocapitalizzata, ossia la società per azioni, o società a responsabilità limitata, che si costituisce con un capitale esiguo sproporzionato rispetto alla tipologia di attività economica indicata nell'atto costitutivo come oggetto sociale. Del vantaggio della responsabilità limitata (spesso limitata ad un capitale irrisorio) beneficiano i soci solo nei confronti dei creditori deboli, ossia di coloro che non hanno la possibilità di subordinare il credito che fanno alla società alla concessione di garanzie da parte dei soci, e che pertanto si vedono costretti ad assumersi il rischio dell'insolvenza della società loro debitrice. Accanto alla garanzia prestata dai soci ai creditori forti della società spesso si associa la prassi dei sistematici finanziamenti dei soci, volti a rendere possibile alla società di far fronte ai propri impegni finanziari. Per tal via, dietro la veste formale di una società di capitali, i soci si comportano in sostanza come soci di una società di persone con conferimenti non predeterminati, essendo tenuti *ex art. 2253, comma 2, c.c.* «a conferire, in parti uguali fra loro, quanto è necessario per il conseguimento dell'oggetto sociale».

L'abuso della personalità giuridica, dunque, consiste nell'abuso dei diritti scaturenti dalle norme che la legge pone per delineare e disciplinare il concetto di persona giuridica, fra i quali il diritto di tenere il proprio patrimonio separato dal patrimonio della persona giuridica, anche identificato nel beneficio della responsabilità limitata. Sanzionare l'abuso della persona giuridica, andando oltre lo schermo, significa disapplicare quelle norme disconoscendo agli autori dell'abuso, i diritti nascenti da esse. Significa ritornare al generale principio della illimitata responsabilità patrimoniale del debitore.

Il nostro ordinamento, in sintesi, riconosce la possibilità di invocare l'abuso della personalità giuridica il superamento dello schermo ove una società di capitali risulti costituita al solo scopo di fornire ai soci il vantaggio della responsabilità limitata, avendo agito questi ultimi in violazione delle fondamentali regole del tipo di società prescelto.

In tali ipotesi la personalità giuridica della società viene ridotta a mero simulacro formale, al riparo del quale i soci hanno agito come se fossero soci di una società di persone. Pertanto, va sancita la loro decadenza dal beneficio della responsabilità limitata o, in caso di fallimento della società, il loro personale fallimento.

Il socio che pone in essere l'abuso è il c.d. «socio tiranno», il quale «con l'assoluto disprezzo delle regole fondamentali del diritto societario, degrada la società a suo mero strumento mediante confusione di patrimoni, utilizzando la società come cosa propria».



Altro settore in cui si registra la presenza di un possibile superamento della personalità giuridica è quello della separazione patrimoniale e, in particolare, della responsabilità differenziata *ex art. 2447-quinquies*, comma 3 c.c.

Nell'analisi della responsabilità differenziata si può delineare una prospettiva più ampia che estrae delle ipotesi di responsabilità differenziata che non fanno capo solo alla disciplina della destinazione, ma che sono presenti anche in altri settori dell'ordinamento.

Si rinvencono, infatti, almeno altre tre ipotesi in cui l'autonomia patrimoniale tende ad eclissarsi per rispondere a specifiche esigenze di tutela dei creditori da torto o involontari.

Una prima ipotesi è data dalle s.p.a. in mano pubblica risultante dalla trasformazione della Cassa Depositi e Prestiti la cui disciplina ricalca quella prevista dall'art. 2447-*quinquies*, comma 3 c.c.

Un'altra ipotesi presente nel codice civile è quella dell'autonomia del fondo patrimoniale tra coniugi.

Sul punto emerge la questione del trattamento dei creditori di fonte legale o extracontrattuale nell'ambito di una separazione patrimoniale che preclude la soddisfazione sui beni e sui frutti del fondo per tutti quei debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei alla famiglia (art. 170 c.c.).

È da rilevare che il riconoscimento da più parti dell'involontarietà del credito non contrattuale viene in un certo modo valorizzato.

Da una parte, si ritiene che i creditori che vantano diritti estranei ai bisogni della famiglia non possono soddisfarsi in quanto la loro soddisfazione resta esclusa dalle obbligazioni assunte nell'interesse della famiglia. Ciò però trova un temperamento alla luce di esigenze di affidamento, potendo il divieto di soddisfarsi sul fondo essere opposto solo ai creditori coscienti dell'estraneità dell'obbligazione ai bisogni familiari.

In aggiunta, si tende a ritenere che questo criterio di ripartizione si possa estendere analogicamente anche alle obbligazioni di fonte legale o extracontrattuale, tuttavia, in caso di creditori involontari, ogni esigenza di tutela dell'affidamento dei creditori viene meno restando a galla solo il criterio dell'estraneità all'interesse della famiglia.

Sul punto conviene oggi l'opinione prevalente anche se resta un orientamento minoritario che tende a circoscrivere alla materia contrattuale il regime di autonomia del fondo patrimoniale, valorizzando l'interpretazione letterale che fa leva sul termine "crediti contratti" utilizzato dall'art. 170 c.c., per tal via escludendo ogni possibilità di soddisfazione di crediti extracontrattuali o involontari.

Altra ipotesi di indebolimento dell'autonomia patrimoniale è quella del fallimento



come strumento di esdebitazione del debitore meritevole (art. 142-144 l. fall. e modifiche alla disciplina previste dagli artt. 278 e ss. del Codice della crisi d'impresa).

Questo strumento si affianca alle società di capitali come ulteriore strumento di limitazione della responsabilità patrimoniale. Interessante è notare che il Legislatore ha previsto anche con riferimento a questo istituto la caduta della responsabilità patrimoniale nei confronti delle vittime dei torti (artt. 142, comma 3, lett. b), l. fall. e modifiche alla disciplina previste dagli artt. 278 e ss. del Codice della crisi d'impresa).

Lo strumento dell'esdebitazione promuove l'attività produttiva e l'assunzione del rischio, ma aumenta il costo del credito, tuttavia tale dinamica non funziona nei confronti delle vittime dei torti e, più in generale, dei creditori involontari che subiscono il rischio senza poter rifiutare.

Il legislatore ripropone, dunque, una forma di tutela dei creditori da torto o involontari dell'impresa ispirata alle stesse ragioni poste a fondamento della responsabilità differenziata del patrimonio destinato (art. 2447-*quinquies*, comma 3 c.c.).

Un'importante novità si è avuta di recente con il d.lgs. n. 14/2019 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza) che ha previsto l'inserimento del quinto comma all'art. 2476 cod. civ. che stabilisce la responsabilità degli amministratori delle società a responsabilità limitata nei confronti dei creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.

In altre parole, a seguito di questa norma di nuova introduzione, ove una SRL entri in stato di crisi e l'amministratore non aveva predisposto in società gli strumenti indicati dalla legge per prevenirla, quest'ultimo ne risponderà personalmente anche con il suo patrimonio personale.

Dalla disamina appena effettuata emerge quindi un'esigenza di carattere sistematico di elevare a principio generale il sistema di valori che ispirano la responsabilità differenziata che caratterizza più di un istituto all'interno del sistema.

È d'uopo, a tal proposito, evidenziare una recente pronuncia della Corte Costituzionale (n. 90/2018) che può avere una certa incidenza tema di responsabilità differenziata e, in particolare, sulla generalizzazione del fenomeno²⁷.

²⁷V. Corte cost. 26 aprile 2018, n. 90, in corso di pubblicazione in Società con nota di F. FIMMANÒ, La Consulta introduce la "supersolidarietà" tributaria nella scissione. La Cassazione esclude, sul piano generale, che la norma civilistica configuri la specie del beneficio di escussione, osservando che, nei casi in cui viene ammesso, tale beneficio è sempre riferito al patrimonio o al debitore da sottoporre a esecuzione forzata, mentre l'art. 2506-*quater*, comma 2 pone unicamente l'accento sulla mancata soddisfazione dei crediti. Di qui l'immediata conclusione che la stessa norma evoca piuttosto il c.d. *beneficium ordinis*, essendo sufficiente a integrare la specie del difetto di soddisfazione del credito non già la compiuta preventiva



La Corte Costituzionale afferma un principio che apre le porte all'ammissibilità della responsabilità differenziata e, in particolare, alla possibilità che, in omaggio ad un principio di uguaglianza sostanziale, più che formale, e alla luce di un'interpretazione teleologica della normativa, si riconosca, a seconda delle finalità di tutela degli istituti di volta in volta in questione, una responsabilità illimitata alla società a determinate condizioni, ove vi siano ragioni di interesse pubblico o comunque interessi superiori che ne giustifichino l'illimitatezza.

La Corte afferma, infatti, la legittimità costituzionale della responsabilità solidale illimitata delle società beneficiarie per i debiti tributari, dichiarando non fondate le q.l.c. dell'art. 173, comma 13, TUIR e dell'art. 15, comma 2, d.lgs. n. 472/1997 sollevate in riferimento agli artt. 3 e 53 Cost., ritenendo giustificato il trattamento differenziato dei debiti civilistici rispetto a quelli tributari.

Più nel dettaglio, con la sentenza n. 90 del 2018 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 173, comma 13, TUIR, nella parte in cui prevede, in caso di scissione parziale di una società, la responsabilità solidale e illimitata della società beneficiaria per i debiti tributari riferibili a periodi di imposta anteriori alla data dalla quale l'operazione ha effetto, e dell'art. 15, comma 2, d.lgs. n. 472/1997, nella parte in cui prevede, in caso di scissione parziale, che ciascuna società beneficiaria è obbligata in solido al pagamento delle somme dovute a titolo di sanzione per le violazioni commesse anteriormente alla data dalla quale la scissione produce effetto.

La vicenda prende le mosse dalla decisione della CTP di Pisa di sollevare questione di legittimità costituzionale della disciplina fiscale che prevede un trattamento di favore per l'Erario in caso di scissione.

L'art. 173 TUIR, infatti, dispone che per i debiti tributari rispondono illimitatamente le società beneficiarie di scissione parziale. Le disposizioni censurate disciplinano, dunque, i debiti tributari in modo diverso rispetto ai debiti civilistici, per i quali gli artt. 2506-bis, comma 3 e 2506-*quater*, comma 3 c.c. prevedono una responsabilità limitata alla quota di patrimonio netto attribuita alla società beneficiaria.

La sentenza in questione, che assume un'importanza significativa in relazione al tema oggetto di trattazione, fonda la sua decisione su alcune argomentazioni chiaramente esposte.

escussione del debitore principale (cioè la società assegnataria del passivo), ma solo la sua messa in mora (Cass. 7 marzo 2016 n. 4455, con nota di M. CAVANNA, La responsabilità sussidiaria delle società partecipanti alla scissione per i debiti non soddisfatti dall'assegnataria, tra *beneficium ordinis* e *beneficium excussionis*, in Giur. comm., 2018, 74 s.).



La prima argomentazione viene rinvenuta dalla Corte nella specialità dei crediti tributari.

I crediti tributari, infatti, hanno nel nostro ordinamento “*una marcata connotazione di specialità*”, in quanto vanno ad alimentare la finanza pubblica, affinché sia assicurato il prescritto equilibrio di bilancio tra entrate e spese. Da tale vincolo deriva un’esigenza superiore di regolare l’adempimento delle obbligazioni tributarie con norme *ad hoc*, con conseguente impossibilità di equiparare integralmente l’inadempimento di tali obbligazioni e quello delle obbligazioni civili. Peraltro, anche nel diritto societario si rinvengono elementi di specialità che tutelano i crediti tributari.

In secondo luogo, la Corte Costituzionale valorizza il particolare regime di solidarietà delle obbligazioni tributarie. In particolare, vige una sostanziale parificazione dell’obbligazione solidale tributaria a quella civile, con conseguente applicazione della disciplina della solidarietà civilistica, in virtù della quale l’atto compiuto da uno dei condebitori, o contro uno di essi, spiega efficacia anche nei riguardi degli altri solo se a questi giova.

Con specifico riferimento alla scissione, per i debiti tributari rispondono tutte le società beneficiarie: il regime di solidarietà è illimitato e senza *beneficium excussionis*, ex art. 15, comma 2, d.lgs. n. 472/1997. Per i debiti non tributari della società scissa, invece, la solidarietà è limitata al valore effettivo del patrimonio netto attribuito a ciascuna società beneficiaria, ex art. 2506-*bis*, comma 3, c.c.

L’amministrazione finanziaria può vantare una situazione più favorevole rispetto ad altri creditori sociali, ma tale trattamento differenziato appare giustificato, sul piano costituzionale del rispetto del principio di uguaglianza e di ragionevolezza, proprio dalla connotazione di specialità dei crediti tributari. La Consulta rileva come “la necessità che sia assicurato il regolare adempimento delle obbligazioni tributarie si traduce, infatti, nell’esigenza di conservazione della piena garanzia ex art. 2740 c.c. sul patrimonio della società originaria”.

La mancata limitazione della responsabilità solidale appare, dunque, giustificata dalla specialità dei crediti tributari e risponde ad un criterio di adeguatezza e proporzionalità.

In conclusione, la Corte Costituzionale dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 173, comma 13, del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (Approvazione del testo unico delle imposte sui redditi), e dell’art. 15, comma 2, d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 (Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie, a norma dell’articolo 3, comma 133, della legge 23 dicembre 1996, n. 662), sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 53 Cost.



5. – Come già accennato, la responsabilità differenziata *ex art. 2447-quinquies*, comma 3 c.c. costituisce uno dei possibili rimedi utilizzati dal legislatore per gestire situazioni analoghe a quelle che richiedono (negli ordinamenti anglosassoni) lo strumento del piercing the corporate veil.

Il problema che si pone, con riguardo ad essa è quello di verificare se può costituire un principio di diritto dell'impresa applicabile, in via diretta o analogica, anche alle società di capitali.

La personalità giuridica delle società di capitali non presuppone sempre l'irresponsabilità dei soci per le obbligazioni sociali essendovi, infatti, ipotesi di responsabilità illimitata dei partecipanti che assumono valenza eccezionale, derivando da una responsabilità senza debito o per un debito altrui. È poi interessante comprendere se tali elementi di discontinuità della persona giuridica siano volti a sanzionare una posizione di dominio o tirannia sull'impresa.

Altra indagine di significativo interesse è se tali disposizioni possano esprimere una presunzione *ex lege* di abuso della personalità giuridica capace di sancire la responsabilità personale dei soci in funzione di tutela dei creditori in presenza di evidenti abusi del privilegio della responsabilità limitata.

In ogni caso è rinvenibile un punto in comune del pensiero giuridico in tema di personalità giuridica: la natura giuridica degli enti personificati non mette più in discussione il riconoscimento del suo valore relativo e positivo.

L'indebolimento del dogma della personalità giuridica come ente assoluto e insuperabile ha conseguenze anche in tema di responsabilità differenziata.

Affermato il valore relativo della personalità giuridica l'idea che contrappone la responsabilità per debito proprio a quella senza debito o per debito altrui si riferisce solo ai differenti effetti prodotti dal superamento dell'autonomia patrimoniale, mentre resta da verificare se il fondamento dello stesso sia da rinvenirsi nelle particolari caratteristiche della destinazione o da elementi ricorrenti anche nelle società di capitali.

Ne consegue un possibile rovesciamento di prospettiva essendo la portata dell'autonomia patrimoniale di una persona giuridica o di un patrimonio separato una conseguenza della disciplina a seconda delle caratteristiche organizzative e dei fini di politica del diritto perseguiti.

Alla luce di tali considerazioni, in relazione all'*art. 2447-quinquies*, comma 3 c.c. ci si interroga se questo possa considerarsi un rimedio di diritto societario o dell'economia a protezione dei creditori da torto o involontari che assuma le forme del *Durchgriffshaftung* con la propagazione in capo ai soci della responsabilità di una società di capitali



mediante il superamento o la disapplicazione della sua personalità giuridica. Sul punto sono emerse due impostazioni.

Una prima lettura è volta a stabilire se la responsabilità differenziata del patrimonio destinato possa giustificare il superamento della separatezza tra soci e società di capitali, generando un principio di diritto dell'impresa secondo cui in presenza di determinati elementi sia da considerarsi abusiva o comunque contraria a buona fede l'opponibilità della responsabilità limitata delle società di capitali ai propri creditori da torto o involontari.

Una ricostruzione alternativa, si emancipa dalla teoria dell'abuso e guarda allo scopo della norma, indagando se il contesto normativo possa giustificare una disapplicazione, restrizione o riduzione teleologica delle norme d'imputazione che stabiliscono l'alterità soggettiva della società di capitali.

Dall'analisi della responsabilità differenziata si può enucleare, quindi, in un'ottica più estesa un principio di responsabilità differenziata più generale che non attenga esclusivamente alla destinazione, ma anche ad altre aree dell'ordinamento.

6. – L'impostazione che si fonda sulla distinzione delle classi di creditori ai fini del superamento della responsabilità limitata, collegando l'involontarietà del credito all'illecito e la volontarietà al contratto non è sempre coerente con le finalità di tutela dei creditori deboli e la natura volontaria o involontaria del credito non può derivare de plano dall'elemento formale del titolo giuridico dell'obbligazione. Ciò tanto più se si considera che la realtà dei traffici giuridici e commerciali si presenta come molto variegata e, spesso, l'impresa è tenuta ad adempiere obbligazioni nei confronti di creditori contrattuali, ma involontari oppure extracontrattuali, ma volontari.

Tale considerazione nasce dal riscontro che talvolta esigenze di tutela di creditori involontari sorgono anche con riguardo a creditori contrattuali posti in condizione di particolare debolezza. Questi ultimi rappresentano creditori che hanno espresso la volontà di assumere il credito, ma non quella di subire l'applicazione dello statuto che, invece, è imposto.

Questa tipologia di creditori, per così dire, volontari, ma comunque deboli, ricomprende soggetti quali i lavoratori non qualificati, i fornitori medio-piccoli, i creditori non professionali per prestazioni di modesto valore e gli enti erogatori di servizi pubblici, i consumatori.

Questi, infatti, si trovano di frequente nella situazione di non poter rifiutare il credito²⁸.

²⁸F. FIMMANÒ, *Patrimoni*, cit., p.167. Cfr. anche M. LUTTER, *Gesetzliches GarantieKapital als Problem europäischer und deutscher Rechtspolitik*, in AG, 1998, p. 375 ss.



Si precisa, infatti, che la presunta piena capacità di autotutela dei creditori volontari presuppone condizioni di mercato perfetto e la parità di informazioni e capacità di valutazione e monitoraggio del rischio.

Tuttavia, queste condizioni hanno carattere astratto e teorico, in quanto le condizioni di autotutela piena possono riconoscersi a creditori come le banche e grandi fornitori, ma non certo in altri casi riferiti a creditori di media statura.

Tale considerazione rivela una prima criticità della responsabilità differenziata non potendo presumersi in modo assoluto che tutti i creditori da contratto abbiano accettato e correttamente valutato nel rapporto con il patrimonio destinato il rischio della sua insolvenza.

Inoltre, l'assunto della volontarietà del credito è da verificare in concreto anche per i crediti derivanti da illecito nell'esecuzione di rapporti contrattuali conclusi da soggetti in condizioni di parità negoziale.

Vi sono ipotesi, infatti, in cui il credito risarcitorio proviene da una tipologia di illecito che può recidere la presunzione di accettazione del rischio da parte del creditore²⁹.

È quanto accade nel caso della responsabilità precontrattuale o delle restituzioni da invalidità o risoluzione contrattuale, trattandosi di illeciti di significativa gravità che non potevano essere ragionevolmente previsti e, dunque, accettati al momento della conclusione del contratto.

Le considerazioni sull'adeguamento alle concrete relazioni creditizie fatte in tema di creditori volontari, ma deboli, possono essere svolte anche in tema di creditori involontari.

La presunzione d'involontarietà del credito extracontrattuale, infatti, è il frutto di una concezione del l'illecito come l'esito di un incontro incidentale non voluto tra soggetti estranei³⁰.

La responsabilità aquiliana è considerata come la "responsabilità del chiunque o del passante" intendendosi come un soggetto che venga a collidere casualmente con altro soggetto al quale arrechi un danno.

²⁹ F. FIMMANÒ, *Patrimoni*, cit., p.145-156.

³⁰ In tal senso si esprime H. DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, in *Zeitschr. F.d.gesam. Staatswissen*, 1943, p. 82. Cfr. anche C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano 2006, p. 551. L'autore, in particolare, circoscrive la responsabilità extracontrattuale alla risarcibilità tra soggetti estranei mentre fa rientrare la responsabilità derivante dagli obblighi senza prestazione nella responsabilità contrattuale. In materia si veda la nota sentenza della Corte di Cassazione Sez. III 22 gennaio 1999 n. 589 secondo cui l'obbligazione del medico dipendente dal servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale" ha natura contrattuale. Conseguisce che relativamente a tale responsabilità i regimi della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione sono quelli tipici delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale. Recente conferma proviene da Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile, nella sentenza del 13 ottobre 2017, n. 24073.



In tal senso è naturale presumere che la vittima del torto non sia stata in condizioni di accettare e assumersi il rischio del verificarsi del danno, non potendo preventivamente valutare l'utilità prodotta dall'attività che lo espone al rischio.

Tuttavia, si discute se sia possibile parlare di responsabilità aquiliana esclusivamente tra soggetti estranei oppure si possa estendere anche a soggetti tra i quali intercorra un previo contatto sociale tra danneggiante e danneggiato³¹. E pur volendo accogliere l'impostazione maggioritaria che qualifica la responsabilità da contatto sociale come contrattuale, resta da chiedersi se i relativi creditori possano essere trattati anch'essi come creditori deboli.

Ne deriva una possibile messa in discussione della presunzione di involontarietà del credito ricollegato all'illecito.

A seconda dell'orientamento abbracciato si può ammettere oppure escludere la configurabilità di un credito extracontrattuale di tipo volontario o di un risarcimento derivante da un rischio accettato dal danneggiato. In alcuni casi, infatti, sarebbe possibile considerare volontario o autoresponsabile il credito derivante da un danno.

È il caso, secondo alcuni, del danno da prodotto, in cui l'acquisto di un prodotto che presenta vizi riconosciuti o riconoscibili, in base a normali standard di sicurezza per quel tipo di prodotto, pur essendo generalmente inquadrato nell'ambito responsabilità extracontrattuale può assumere profili di volontarietà con riferimento al credito risarcitorio in capo al consumatore danneggiato.

Sul punto, senza pretese di elevare a sistema una generale volontarietà di un credito risarcitorio come quello appena descritto, è sufficiente osservare che pur tracciando linee generali di orientamento tra volontarietà e involontarietà del credito, non sempre queste ultime possono assurgere a presunzioni assolute del sistema.

Tali considerazioni rivelano, piuttosto, la sempre più forte esigenza di bilanciamento degli interessi e, in particolare, tra le esigenze di liberalizzazione della responsabilità civile, in omaggio ad una maggiore valorizzazione dell'autonomia privata, e le esigenze di salvaguardia della sua funzione sociale, nella perenne dialettica tra autorità e libertà.

Prescindendo, quindi, dall'esatto punto di equilibrio che si trova tra torto e contratto, si ritiene che siano individuabili ipotesi in cui la vittima del torto possa preventivamente disporre della protezione riconosciuta dalla responsabilità civile in condizioni che non sono considerate meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

³¹ F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 538 ss., p. 571-5722.



In tali casi ci si interroga se il credito della vittima in questione abbia natura volontaria o involontaria ai fini del possibile superamento della responsabilità limitata dell'ente che ha prodotto il torto.

Occorre, in tal senso, indagare se l'accettazione o assunzione del rischio da parte del danneggiato ove non escluda la pretesa risarcitoria possa escludere, invece, il superamento della responsabilità limitata del patrimonio destinato

Altra ipotesi in cui emerge il conflitto tra le finalità dell'autonomia patrimoniale differenziata e il criterio che discrimina il trattamento dei creditori in base alla natura giuridica del loro diritto riguarda gli obblighi di fonte non contrattuale la cui natura è controversa.

Si tratta delle ipotesi di responsabilità da affidamento da individuarsi in quelle ipotesi di responsabilità professionale per lesione dell'affidamento della vittima generato dalla professionalità o dal peculiare status del danneggiante che lo onera di specifici obblighi di protezione.

Tali ipotesi sono spesso ricondotte nell'ambito del contatto sociale che in qualche modo presuppone l'identificabilità del potenziale danneggiante e un giudizio di attendibilità sulle qualità derivante da una scelta consapevole del danneggiato.

Ove sia trattata questa ipotesi come responsabilità extracontrattuale (tesi attualmente minoritaria) bisognerebbe indagare sul trattamento del credito risarcitorio a fronte di un ente ad autonomia patrimoniale differenziata, potendo immaginare che il danno sia riconducibile ad una scelta di volontaria assunzione del rischio da parte del danneggiato che ha riposto affidamento su determinati standard di comportamento rimasti insoddisfatti.

Viceversa, ove l'ipotesi in questione sia inquadrata nell'ambito della responsabilità contrattuale (anche se da contatto sociale) resterebbe aperta la valutazione dei crediti risarcitori derivanti da dolo, da violazione degli obblighi informativi o da altre ipotesi di inadempimento particolarmente gravi che escluderebbero ogni presunzione di accettazione del rischio da parte del danneggiato-creditore.

Altro ambito che crea ulteriori complicazioni è quello rappresentato dalle obbligazioni di fonte legale.

In tali ipotesi, all'incertezza in relazione alla natura della responsabilità si somma quella derivante dalla difficoltà di ricondurre determinati soggetti all'uno o all'altro regime di responsabilità nei casi in cui l'obbligazione derivi non da contratto o da fatto illecito, ma dall'ultima categoria di Giustiniana memoria (*variis causarum figurae*) data dagli altri atti o fatti ai quali l'ordinamento ricollega la produzione dell'obbligo (art. 1173 c.c.)³².

³²L'impostazione prevalente riconduce tali ipotesi alla responsabilità contrattuale, cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova*, cit. p. 455 e ss.



Emerge quindi l'esigenza di indagare se la differenziazione della responsabilità vada fatta sulla base del titolo del rapporto obbligatorio oppure del contenuto e, quindi, alla natura giuridica della responsabilità.

Sul punto un'interpretazione letterale dell'art. 2447-*quinquies*, comma 3 c.c. propenderebbe non riferirsi esclusivamente alla natura della responsabilità.

È discutibile la ragionevolezza di un'impostazione che consideri il creditore da torto maggiormente tutelato perché il risarcimento del danno ingiusto è dotato di una tutela inferiore a quello da inadempimento dell'obbligazione, di fonte legale o contrattuale.

Se si seguisse tale impostazione si finirebbe per consentire sempre alle vittime dei torti il superamento della responsabilità limitata e per negarlo sempre per gli altri creditori indipendentemente dalla volontarietà o involontarietà dei loro diritti.

Guardando, invece, al criterio di ripartizione dell'autonomia patrimoniale basato sul titolo dell'obbligazione esso deve confrontarsi con la tripartizione delle fonti dell'obbligazioni riconosciuta nel nostro ordinamento (art. 1173 c.c.).

In tal senso, l'art. 2447-*quinquies*, comma 3 c.c. terrebbe fuori dal superamento della limitazione di responsabilità non solo i crediti derivanti dal contratto, ma anche i crediti di fonte legale.

Ne conseguirebbe che i creditori che fondano la loro pretesa su promesse unilaterali, titoli di credito, gestione di affari altrui, indebiti, ingiustificato arricchimento o su qualunque violazione di un preesistente obbligo legale³³, non potrebbero invocare il superamento della responsabilità del patrimonio destinato.

Tuttavia, ben può accadere che un'obbligazione di fonte legale sia sorta in condizioni di involontarietà.

Un esempio è rinvenibile nella fase precontrattuale con riguardo alle patologie insorte in questa fase come il dolo o la violazione di obblighi informativi anche se riguardanti parti in condizioni di equilibrio contrattuale.

Tale impostazione, tuttavia, è ammissibile solo ove si riconosca natura contrattuale alla responsabilità precontrattuale in quanto derivante dalla violazione dell'obbligo legale di osservare il canone di buona fede nelle trattative³⁴.

Altra ipotesi di smottamento del terreno della presunzione di volontarietà dell'obbligazione contrattuale di fonte legale si rinviene nei titoli di credito emessi dal patrimonio

³³ TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2007, p. 97 e ss.

³⁴ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in Riv. Dir. comm., 1956, II, p. 360 ss. Sul dibattito in merito alla natura della responsabilità precontrattuale cfr. G.B. PORTALE, *Informazione societaria e responsabilità dell'intermediario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, p.3 ss., p. 25.



destinato nell'ipotesi in cui i titoli siano sottoscritti o acquistati in caso di false o omesse informazioni da parte dell'emittente.

Al pari dell'ipotesi precedente, ove si riconosca natura contrattuale alla responsabilità dell'emittente per violazione degli obblighi informativi, in omaggio alla teoria degli obblighi di protezione senza prestazione, questa rientrerebbe in un caso di credito contrattuale di fonte legale a carattere tendenzialmente involontario.

In definitiva si tratta di ipotesi c.d. atipiche che si discostano dalla ricostruzione tipica della responsabilità differenziata. È possibile, infatti, che vi siano creditori titolari di un diritto di fonte contrattuale o legale in contratto in condizioni d'involontarietà oppure di creditori da torto il cui credito sia sorto a seguito di una volontaria e consapevole esposizione della vittima a pericolo.

Tuttavia, tali ipotesi, sebbene atipiche, sono caratterizzate da un'eccezionalità che non ha la forza di scardinare il sistema di responsabilità differenziata con il quale conservano una certa compatibilità.

Con riguardo alle vittime dei torti il valore presuntivo del titolo su cui è fondato il diritto riduce i pericoli, non solo di trattare in modo uguale creditori in posizioni diverse, ma anche si pregiudicare superiori esigenze di certezza e sicurezza dei traffici giuridici.

Diverso è quando si prende in considerazione la posizione degli altri creditori (di fonte contrattuale o legale) in quanto la difficoltà di formulare una presunzione di generale volontarietà del credito oppure di individuare un criterio formale che possa adeguatamente distinguere tra diritti volontari e involontari ha scoraggiato la ricerca di una soluzione che fosse da preferire in punto di parità di trattamento dei creditori.

In tale ambito (riferito al credito di fonte contrattuale o legale) la minor influenza della classe involontaria ha posto in secondo piano l'esigenza in questione, producendo una sorta di tollerabilità del trasferimento del rischio sulle classi più deboli del ceto creditorio.

Il problema si pone in particolar modo per i casi atipici.

Ci si interroga sulla possibilità che il criterio formale del titolo giuridico del credito possa subire contemperamenti sulla base di un apprezzamento in concreto della volontarietà o involontarietà.

Da un lato vi è un orientamento che impone una scelta a monte. Le esigenze di diminuire il trasferimento del rischio all'esterno dell'impresa e ridurre le disuguaglianze tra creditori non costituiscono una tutela autonoma e indipendente dell'ordinamento, ma vengono valorizzate solo ove vi sia una lesione degli interessi delle vittime degli illeciti e dei principi ispiratori della responsabilità civile.

La problematica in questione sottende scelte politiche più profonde, rispecchiando



uno scontro tra modi diversi di concepire la natura dell'ordinamento, da una parte, e il ruolo del giudice nell'interpretazione della legge, dall'altro.

In particolare, il contrasto si dipana tra i valori liberali e quelli solidali sottesi allo Stato sociale di diritto, venendo in gioco il confronto tra eguale diritto e diritto alla parità.

In altri termini, se da un lato va valorizzata l'uguaglianza formale dei privati innanzi alla legge (art. 3, comma 1 Cost. c.d. principio di uguaglianza formale), dall'altro vi è la presa d'atto che i privati non agiscono nelle medesime condizioni, pur se vengono considerati come uguali innanzi alla legge, producendo, in tal modo disparità sociali ed economiche³⁵.

Alla luce di tali considerazioni, l'impostazione che limita il superamento della responsabilità limitata alle sole vittime dei torti, circoscrive la contrapposizione dei suddetti valori esclusivamente all'ambito della responsabilità civile.

Ne consegue una selezione delle differenti classi di creditori sulla base di un criterio formale oggettivo e statico in un approccio conforme ai principi liberali che optano per una prevalenza della certezza del diritto con la determinazione *ex ante* e in astratto da parte dell'ordinamento giuridico sul ruolo del giudice di contemperamento *ex post* e in concreto.

All'opposto, una differente ricostruzione propone una verifica in concreto che il bilanciamento operato in astratto dall'ordinamento possa nel caso specifico esplicitare effetti equilibrati, aprendosi, in tal modo, alla possibilità di consentire nei casi atipici un trattamento differenziato dei creditori che trascenda il titolo giuridico del diritto e guardi, invece, alle sue effettive e concrete condizioni di volontarietà o involontarietà.

In tale prospettiva, tuttavia, la riduzione del costo dei torti o i valori tutelati dalla responsabilità civile non assumerebbero un ruolo dominante.

I limiti alla libertà d'iniziativa privata non verrebbero quindi giustificati solo dalle ragioni di utilità sociale (art. 41, comma 2 Cost.), dai doveri di solidarietà (art. 2, comma 2 Cost.) o dagli altri interessi di rango costituzionale su cui si fonda la responsabilità civile.

Il superamento del criterio formale fa in modo di aggiungere accanto alla funzione di riconduzione dei costi all'interno dell'impresa quella di attenuare le disparità prodotte dalla responsabilità limitata che tratta in modo uguale creditori in condizioni diverse.

La responsabilità differenziata, quindi, rivela il punto di crisi del sistema di valori della società liberale, facendo sì che, attraverso il superamento del criterio formale nella di-

³⁵ Sul tema cfr. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss.; cfr. G. OPPO, *Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, p. 352 ss. L'autore, in particolare, pone in rilievo la differenza tra parità di diritti (*Gleichberechtigung*) e parità di trattamento (*Gleichbehandlung*).



stinzione tra creditori che hanno o meno il potere di dissolvere il velo della responsabilità limitata, si conferisca nuovo valore allo Stato sociale all'interno dello Stato di diritto, riconoscendo che le libertà individuali, l'eguaglianza di fronte alla legge e la certezza del diritto sottopongono i creditori alle disparità del mercato.

Così emerge la necessità di adottare dei temperamenti promuovendo, da un lato, finalità di utilità sociale e, dall'altro si opera per rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale limitativi della libertà e eguaglianza dei cittadini, richiedendo l'osservanza di doveri di solidarietà politica, economica e sociale (artt. 3, comma 2 e 2 Cost.).

Per tal via, risulta chiaro il bilanciamento di interessi sotteso all'art. 2447-*quinquies*, comma 3. c.c., mostrandosi come la responsabilità differenziata possa essere ricondotta a quell'ordine pubblico di protezione volto a contenere lo sfruttamento della posizione economica più forte rispetto a quella più debole nelle relazioni commerciali³⁶.

La peculiarità, in tal caso, però, è data dalla circostanza che la tutela è fornita indipendentemente dalla natura giuridica del diritto tutelato, ponendosi come tutela trasversale al mondo del contratto, dell'illecito, delle obbligazioni legali per i soggetti che subiscono una determinazione unilaterale del contenuto dei loro diritti.

7. – Alla luce dell'analisi svolta sembrerebbe possibile affermare che anche l'ordinamento italiano conosce ed applica il *piercing the corporate veil*, nel senso inteso nei paesi anglosassoni.

A tale istituto, come visto, è possibile ricondurre una serie di casi in cui un soggetto che non ha speso il proprio nome nei confronti dei terzi, si ritrova responsabile per obbligazioni, mettendo così a disposizione dei creditori un ulteriore patrimonio su cui potersi soddisfare. Tale espansione di responsabilità è possibile individuarla, per le obbligazioni da atti leciti, nelle figure dell'amministratore di fatto (corrispondente allo *shadow director* anglosassone), nell'ipotesi disciplinata dall'art. 2362 c.c., ante riforma, e nelle ipotesi di abuso della personalità giuridica, in cui, come visto, la sanzione consisterebbe nel sottrarre ai soci tiranni il beneficio della responsabilità limitata.

Volendo rintracciare le origini della responsabilità limitata in generale, la società anonima nasce, infatti, come istituto avente carattere eccezionale, al punto da essere ignorato per molto tempo dai giuristi (ma non solo) proprio per tale sua natura. Per la

³⁶Sul punto L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in Banca, borsa, tit. cred., 1997, I, p. 14 che parla di "paternalismo contrattuale" a tutela dell'interesse pubblico a correggere la disparità di potere economico fonte di limitazione della libera scelta individuale.



precisione, occorre sottolineare come a rigore la responsabilità limitata non faccia il suo ingresso nel diritto con la società anonima o con la sua antesignana Compagnia delle Indie, ma fosse già nota grazie alla società in accomandita. Il privilegio nasceva dal patto che la classe mercantile stipulava con il sovrano: i primi erano disposti a rischiare i loro capitali a condizione che gli si riconoscesse il beneficio della responsabilità limitata.

Dal canto suo, il sovrano aveva interesse a questi traffici, che portavano all'espansione coloniale e facevano affluire nuove ricchezze entro lo Stato, ciò che faceva aumentare il consumo, la base monetaria in circolazione e, da ultimo, la ricchezza.

Mettendo da parte le origini della responsabilità limitata, pur utili a comprenderne le dinamiche anche odierne, si è mostrato come, mediante la disciplina dei patrimoni separati, il Legislatore della riforma del diritto societario abbia aperto un varco verso la possibilità del superamento della personalità giuridica nei casi di illecito extracontrattuale imputabili ad una società di capitali.

In relazione alla possibilità di superare lo schermo giuridico in caso di illecito extracontrattuale secondo i crismi del *piercing the corporate veil*, l'esame del patrimonio separato condurrebbe ad ammettere l'idea di un'apertura del nostro legislatore, con i temperamenti e le cautele in precedenza esposte.

La problematica che emerge riguarda la dicotomia tra l'esigenza di osservare complessivamente e unitariamente tutti gli interessi della persona giuridica e quella di tenere in considerazione il verificarsi di ipotesi e situazioni singole che indurrebbero a superare la valutazione complessiva, in quanto inadeguata o inapplicabile.

L'intero impianto regolatorio a tutela dei creditori sociali si rivela significativamente circoscritto alla categoria dei creditori volontari, essendo stato predisposto per un creditore capace di negoziare l'equilibrio contrattuale e titolare di mezzi di conoscenza e valutazione della situazione patrimoniale e finanziaria della società debitrice.

Tali considerazioni conducono verso una revisione del concetto di persona giuridica relativamente alla responsabilità limitata del socio.

In tale contesto si inserisce la recentissima riforma del diritto societario italiano, con l'istituto del patrimonio separato che apre ad ipotesi di superamento della personalità giuridica nel caso di illeciti extracontrattuali.

Siamo, quindi, all'orizzonte dell'ingresso nel nostro ordinamento di rimedi per i creditori involontari di una società di capitali per poter aggredire, in casi particolarmente gravi, il patrimonio dei soci con lo squarcio del velo della limitazione di responsabilità.

Ancor più di recente, inoltre, si segnala la l. 28 febbraio 2020, n. 8 di Conversione in legge, con modificazioni del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, recante disposizioni urgenti



in materia di proroga di termini legislativi di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 29 febbraio 2020, n. 51) reca all'art. 4-*bis* (Disposizioni in materia di cartolarizzazioni) alcune novità nella disciplina delle cartolarizzazioni, di cui alla l. 30 aprile 1999, n. 130 (Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti).

In specie, si interviene sulla fattispecie di cui all'art. 7, primo comma, lett. a), che prevede l'applicazione delle disposizioni di cui alla l. n. 130/1999 anche alle operazioni di cartolarizzazione dei crediti realizzate mediante l'erogazione di un finanziamento da parte della società per la cartolarizzazione dei crediti emittente i titoli.

Si fa riferimento alla fattispecie, riscontrata di frequente nella prassi anglosassone, di c.d. *subparticipation*, nella quale il soggetto finanziato non cede formalmente i crediti alla società di cartolarizzazione; quest'ultima acquisisce le risorse necessarie all'erogazione emettendo titoli e destina le somme provenienti dal rimborso del finanziamento al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi – oltre che al pagamento dei costi dell'operazione

L'obbligo di restituzione del finanziamento dovrà essere condizionato all'avvenuto adempimento da parte dei debitori di un ben determinato portafoglio di crediti. A conferma di questa dinamica, legislatore con l'art. 1, comma 1088, della legge di bilancio 2019 – l. 30 dicembre 2018, n. 145, ha previsto un'integrazione della descrizione dell'operazione di cartolarizzazione realizzata mediante l'erogazione di un finanziamento, di cui al primo comma, lett. a), art. 7, l. n. 130/1999: «avente per effetto il trasferimento del rischio inerente ai crediti nella misura e alle condizioni concordate».

Viene riconosciuto al MEF il compito di definire le modalità e le finalità con le quali il soggetto finanziato, nelle operazioni sopra descritte, «effettua la destinazione dei crediti cartolarizzati, gli effetti dell'eventuale segregazione, le modalità di costituzione delle garanzie sui beni, sui diritti e sui crediti segregati, anche nel caso in cui il soggetto finanziato sia soggetto a procedura concorsuale, e l'eventuale conferimento alla società di cartolarizzazione per l'amministrazione e la gestione dei crediti cartolarizzati».

L'ulteriore fattispecie introdotta dalla legge di conversione al d.l. “milleproroghe” è prevista dal secondo comma dell'art. 4-*bis*, che introduce una forma di “patrimonio destinato”, disponendo quanto segue: «Nelle operazioni di cui all'articolo 7, comma 1, lettera a), della citata l. n. 130/1999, il soggetto finanziato, ai fini della costituzione del patrimonio destinato, adotta un'apposita deliberazione contenente l'indicazione dei diritti e dei beni destinati, anche individuabili in blocco, dei soggetti a cui vantaggio la destinazione è effettuata, dei diritti a essi attribuiti e delle modalità con le quali è possibile disporre, integra-



re e sostituire elementi del patrimonio destinato, nonché i limiti e le circostanze in cui il soggetto finanziato può utilizzare le somme derivanti dal patrimonio destinato³⁷.

I rimedi gradualmente introdotti dal Legislatore fino ad oggi, dunque, si inseriscono in un contesto generale di avvicinamento, sotto questo profilo, del civil law al modello anglosassone, con la valorizzazione di prospettive di giustizia sostanziale che trovano precedenti anche in altre sfere dell'ordinamento giuridico, ma che potrebbero essere ricondotte ad unità di principio.

Ci si riferisce alla necessità sempre più avvertita di contemperare il conflitto tra due valori di rilievo costituzionale: libertà e autonomia contrattuale (sub species di responsabilità limitata) e solidarietà (sub species di buona fede) che entra nel contratto e lo modifica dall'esterno per assicurare il rispetto di valori superiori (squarcio del velo) in conformità con il filone oggi molto seguito dalla giurisprudenza che mira all'attuazione di principi di giustizia sostanziale.

Sul punto, sono varie le pronunce sia della Corte di Cassazione che della Corte Costituzionale da cui emerge la tendenza a valorizzare istanze di giustizia sostanziale. In particolare, ci si riferisce alla recente *Corte Costituzionale* del 2.4.2014, n. 77 chiamata a pronunciarsi su qlc art. 1385.2 c.c. nella parte in cui non prevede la possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio il carattere manifestamente eccessivo della caparra confirmatoria³⁸.

Il giudice costituzionale ha nella sostanza affermato che, in presenza di una clausola contrattuale non equa e gravemente sbilanciata in danno di una parte, non vi sono le condizioni per dichiarare incostituzionale la norma, ma è compito del giudice comune trovare il rimedio nella singola controversia per risolvere quella grave iniquità.

Questa pronuncia costituisce una svolta e, da una parte, potrebbe condurre ad un ampliamento del sindacato del giudice in funzione correttiva anche ai contratti comuni,

³⁷ La deliberazione deve essere depositata e iscritta ai sensi dell'art. 2436 cod. civ. Dalla data di iscrizione della deliberazione, tali crediti, beni, diritti e rapporti giuridici sono destinati esclusivamente al soddisfacimento dei diritti dei soggetti a cui vantaggio la destinazione è effettuata e costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello del soggetto finanziato e dagli altri patrimoni destinati. Fino al completo soddisfacimento dei diritti dei soggetti a cui vantaggio la destinazione è effettuata, sul patrimonio oggetto di destinazione, come identificato nella deliberazione, sono ammesse azioni soltanto a tutela dei diritti dei predetti soggetti. Delle obbligazioni nei confronti dei soggetti a cui vantaggio la destinazione è effettuata il soggetto finanziato risponde esclusivamente nei limiti del patrimonio ad essi destinato e dei crediti, beni e diritti ad essi attribuiti, salvo che la deliberazione non disponga diversamente.

³⁸ In tale pronuncia la Corte Costituzionale dichiara inammissibile la questione "perché il giudice a quo non ha tenuto conto dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice di fronte a un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente squilibrato a danno di una parte. Contratti del genere eccessivamente squilibrati si espongono a profili di nullità per contrasto con clausola di buona fede e quindi art. 2 solidarietà che entra direttamente nel contratto".

JUS CIVILE



d'altra parte, potrebbe essere foriera di un nuovo principio generale applicabile tutte le volte in cui la ragione dello squilibrio sia da ricercare nella patente debolezza di uno dei contraenti, similmente a quanto avvenuto in altri ordinamenti (ad es. quello tedesco), poiché, in fondo, il regolamento contrattuale è frutto dell'autonomia privata, a sua volta sussumibile nel principio di autodeterminazione della persona tutelato dall'articolo 2 della Costituzione, che deve essere salvaguardato non solo dal giudice, ma anche e soprattutto dal contraente "forte" che abusa della sua posizione. Trasportata nel campo d'indagine che qui interessa (lo squarcio del velo della responsabilità limitata), tale prospettiva condurrebbe ad ammettere un controllo non nell'interesse della parte, ma nell'interesse dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte venga alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma.