
Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer

PREFAZIONE

*L'inquadramento della categoria del credito involontario non può prescindere dall'indagine sulle sue origini, sull'evoluzione e dall'individuazione all'interno dell'ordinamento civile italiano delle ipotesi di superamento della personalità giuridica (comunemente indicato, nei sistemi stranieri, con la locuzione *piercing the corporate veil*¹). Inoltre, non può prescindere dall'individuazione dei rimedi adoperati e degli obiettivi raggiunti, nonché del grado di avvicinamento, in tale materia, del nostro sistema a quelli anglosassoni.*

Nell'ambito dei sistemi di civil law, infatti, la problematica è stata posta solo di recente, mentre negli ordinamenti di common law è stata sotto l'attenzione degli interpreti già all'inizio del secolo scorso.

I due sistemi, infatti, hanno approcci diversi alla tematica, anche in forza delle dissimili concezioni di persona giuridica presenti negli stessi.

Il superamento della responsabilità limitata costituisce uno strumento di tutela dei creditori involontari, pertanto, si indaga la loro posizione e i rimedi a cui possono accedere per bilanciare la disparità rispetto ai creditori volontari. 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. Giova evidenziare 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 propensio-

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

ne a oltrepassare questa separazione in virtù di una maggiore sensibilità verso la realtà e concretezza della complessiva operazione economica di fondo. Tale propensione si manifesta nel disciplinare l'ente personificato, secondo un approccio che tiene in minore considerazione gli sbarramenti formali, in una prospettiva di giustizia sostanziale. Oggi, però, tale prospettiva sostanziale sta conquistando sempre maggior spazio all'interno del nostro ordinamento, trovandosi di fronte alla sempre più insistente necessità di contemperare e bilanciare situazioni di disparità come quella in cui si trova il creditore involontario.

Si parla di "separatezza" patrimoniale per indicare il fenomeno del distacco di una massa di beni, comprendente rapporti attivi e passivi, (o, per taluni, solo attivi) dal patrimonio generale di uno o più soggetti, per essere destinati ad uno specifico scopo ². Caratteristiche del fenomeno sono, quindi, l'apposizione di un vincolo di destinazione e di indisponibilità sui beni separati, per il perseguimento di una finalità e la creazione, rispetto ad un unico soggetto, di due categorie di creditori: generali e particolari. Da una parte i creditori cosiddetti "general",

² SANTORO-PASSERELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 1° ed. Milano, 1957, 383, il quale segnala come il legislatore quando parla di patrimonio, ed un esempio è fornito proprio dall'articolo 2740 c.c., si riferisca a "beni" come attività piuttosto che ad un complesso di rapporti attivi e passivi. Di contro, potrebbe osservarsi che nella comune concezione, anche desumibile dalle norme del codice, la nozione di patrimonio sia comprensiva tanto di attività quanto di passività. Così viene inteso, ad esempio, il patrimonio ereditario ovvero quello delle società che, nel bilancio, viene contabilizzato computandosi le poste attive e quelle passive. Ancora sulla nozione di patrimonio separato PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, 1 e ss., OPPO, *Sulla "autonomia delle sezioni di credito speciale*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1979, I, 18 e ss., CONFORTINI, *Vincoli di destinazione*, in *Dizionario di diritto privato*, a cura di N. Irti, I, Milano, 1980, 871 e ss., BIGLAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e sparato*, in *Enc. Del dir.*, XXXII, Milano, 1982, 280 e ss., FUSARO, voce *Destinazione (vincoli di)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, 322, BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale (Disposizioni generali)*, in *Il Codice civile*, Commentario diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, 92 e ss., LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, 5 e ss., BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1966, 3 e ss., LUPOI, *Trust*, Milano, 2001, 565 e ss., SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, 1 e ss., FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. Società*, 2002, 121, ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 545).

le cui ragioni di credito sono fatte valere in base al generale principio per cui chi agisce risponde con tutto il suo patrimonio, e dall'altra, i creditori cosiddetti "particolari", i cui crediti trovano causa e giustificazione per lo specifico scopo cui i beni sono destinati. A ciò consegue la sottrazione del compendio dei beni all'azione dei creditori generali. Il fenomeno della separazione patrimoniale realizza una deroga al principio della universalità della responsabilità, sancito dall'articolo 2740 c.c., per il quale "il debitore risponde delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri"³, finendo con l'operare una scissione di quel binomio "soggetto-patrimonio", che affonda le sue radici nella nostra cultura giuridica. La possibilità di derogare alla regola generale della "universalità" o "illimitatezza" della responsabilità è prevista proprio dalla norma de quo. L'art. 2740 c.c., infatti, al secondo comma, afferma che "le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge", sancendo la cosiddetta "tipicità" degli strumenti derogatori. Questi ultimi rappresentano, pertanto, un "numerus clausus". Le ragioni di detta tassatività vanno ricondotte ad esigenze specifiche: la compressione del principio per cui chi agisce è responsabile con tutti i suoi beni per le obbligazioni che ha assunto, attraverso la creazione di una zona patrimoniale avente una sorte distinta dal resto del patrimonio generale, coinvolge la posizione di soggetti terzi e di tutti coloro che sono in relazione o aspirano a mettersi in relazione con il soggetto titolare del patrimonio generale. Da una parte ci sono i creditori (o aspiranti tali) cosiddetti particolari, quelli che contraggono con il titolare del patrimonio separato, in relazione allo scopo di questo. Questi ultimi, oltre che all'interesse a conoscere l'effettiva consistenza del compendio, hanno soprattutto l'esigenza che sia manifesto il loro concorso su tali beni, in sede di adempimento delle obbligazioni, quale separato e prevalente rispetto a quello dei creditori generali. Tali sono quelli che hanno l'esigenza di conoscere, l'effettività del vincolo e della destinazione dei beni. Ciò allo scopo dichiarato di verificare che la separazione non sia, invece, uno schermo idoneo solo ad isolare (recitus: segregare), per scopi diversi da quelli dichiarati, parte dei

³ Sul punto GRANELLI, *La responsabilità patrimoniale del debitore fra disciplina codicistica e riforma in itinere del diritto societario*, in Riv. Dir. Civ. n. 4/2002, 507.

beni che altrimenti avrebbero costituito la garanzia generale (art. 2740 c.c.)⁴. Il tema della separazione patrimoniale è tornato alla ribalta a seguito dell'introduzione, in sede di riforma societaria, del nascente istituto dei patrimoni destinati a specifici affari, previsti, nella loro duplice forma, dagli art. 2447 bis e seguenti del codice civile. L'istituto, esaminato nella presente trattazione, mira a perseguire un duplice obiettivo: da una parte – come si legge nello schema illustrativo della legge delega – si è voluto evitare che le società, nel tentativo di attuare “una mera funzione di separatezza” si rivolgessero allo schermo della personalità giuridica, con la creazione di nuovi apparati che comportassero maggiori spese di costituzione e gestione. Dall'altra, si è inteso introdurre uno strumento volto a scoraggiare il ricorso ai rimedi poco trasparenti che si andavano delineando nella pratica, come la costituzione di società ad hoc, create per un singolo affare. Pertanto, si è voluta rendere possibile una più incisiva tutela dei finanziatori dell'affare, rendendo gli stessi maggiormente consapevoli delle sue caratteristiche⁵. Il nascente istituto pone, tra l'altro, problemi di tutela dei creditori, appartenenti alle due categorie che vengono a delinarsi a seguito della costituzione. È evidente che gli stessi, a fronte di un minore affidamento, nascente dall'incertezza sul funzionamento di questo nuovo istituto e dalle caratteristiche dello stesso, imporranno costi maggiori per la partecipazione rispettivamente all'attività sociale ed al singolo affare. In particolare, la tutela apprestata dal legislatore appare caratterizzata da uno sbilanciamento a sfavore dei creditori generali della società che, a fronte della costituzione di un patrimonio separato, vedranno comprimere la loro posizione, in termini di assottigliamento della garanzia generale offerta dal patrimonio sociale. Ma anche

⁴ Esempio tradizionale di patrimonio separato è dato dal fondo patrimoniale (art. 167 c.c.) che costituisce, come sarà meglio specificato, un'ipotesi di “patrimonio separato”, rispetto al quale il legislatore ha stabilito che potessero ricadere sotto il vincolo di destinazione “ad ferendum onera matrimoni”, solo beni su cui fosse possibile attuare una pubblicità: immobili, mobili registrati e titoli da rendersi nominativi, in modo da rendere consapevoli entrambe le categorie dei creditori (della famiglia e dei singoli coniugi) dei rispettivi limiti di azioni per le obbligazioni. Per essi il legislatore ha previsto il regime della trascrizione nei relativi pubblici registri quando abbia ad oggetto beni immobili o mobili registrati.

⁵ Relazione al progetto “Mirone”.

in termini di rischio ove si ammettesse che, in qualche modo, l'andamento dell'affare influisca su quello dell'attività oggetto della società. La posizione di tutela di questi, in particolare, unitamente alla problematica che involge i patrimoni destinati sotto il profilo della loro insolvenza, hanno influito non poco sulla diffusione pratica dell'istituto. Se l'insensibilità del patrimonio destinato alle pretese dei creditori generali della società, posteriori alla costituzione di esso, è, dunque, seppur con i limiti e i dubbi di validità sopraindicati, assoluta (salvo che la delibera istitutiva, ove lo si ritenga possibile, non preveda diversamente), non è altrettanto a dirsi, come si è visto, dell'insensibilità del patrimonio sociale generale rispetto alle pretese dei creditori «particolari» del patrimonio destinato. Si è, infatti, dinanzi ad un'ipotesi di autonomia patrimoniale bilaterale "imperfetta". Di conseguenza, la massa dei creditori generali può trovarsi a concorrere di pari passo con i creditori particolari, anche perché la delibera di costituzione prevede «una responsabilità illimitata della società per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare»⁶. L'indagine cui è volto il presente lavoro opera una ricostruzione, sotto il profilo della tutela dei creditori, dell'istituto dei patrimoni destinati a specifici affari introdotti dalla riforma del diritto societario (artt. 2447-bis e seguenti), poi rivisto dal decreto correttivo n. 310/2004 e, più di recente oggetto della macro-riforma delle procedure concorsuali. Quest'ultima, tra gli obiettivi fissati dalla legge delega, si è occupata dei riflessi del fallimento (e non anche delle altre procedure concorsuali) della società, sui patrimoni destinati costituiti da questa. L'indagine non può prescindere dalla individuazione precisa della nozione di separazione patrimoniale, anche attraverso la considerazione di ipotesi legislative, ormai "collaudate" di patrimoni separati, individuandone le caratteristiche proprie, tra cui la portata derogatoria del principio della universalità della responsabilità, sancito dall'articolo 2740 c.c.

L'analisi effettuata nel presente lavoro mira a verificare in

⁶ Come testualmente precisa l'art. 2447-septies, ultimo comma, richiedendo in tal caso che «l'impegno da ciò derivante risulti in calce allo stato patrimoniale e formi oggetto di valutazione secondo criteri da illustrare nella nota integrativa»: previsione questa che sembrerebbe peraltro da applicare estensivamente anche a tutte le ipotesi intermedie in cui la delibera di costituzione, pur non prevedendo una responsabilità illimitata in senso proprio della società, preveda ciò.

che misura anche l'ordinamento italiano conosce ed applica il piercing the corporate veil, nel senso inteso dai paesi anglosassoni. Tale concetto, come visto, indica una moltitudine di casi in cui un soggetto che non ha speso in alcun modo il proprio nome con i terzi, si ritrova responsabile per obbligazioni, offrendo così un ulteriore patrimonio da aggredire ai creditori. 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 il cui sorgere, come appena visto, può prescindere completamente dalla volontà del creditore, del debitore o di entrambi.

Tale estensione la si rinviene, per le obbligazioni derivanti da atti leciti, nelle figure dell'amministratore di fatto (corrispondente allo shadow director di derivazione anglosassone), nell'ipotesi disciplinata dall'art. 2362 c.c., precedentemente alla riforma, e nelle ipotesi di abuso della personalità giuridica. In quest'ultima, come si vedrà, la sanzione sarebbe quella di privare i soci tiranni del beneficio della responsabilità limitata. Sul punto, una certa incidenza è stata esercitata anche 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 tradizionale 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 all'art. 2645 ter c.c. Si vedrà anche come, con la disciplina dei patrimoni separati, il Legislatore, con la recente riforma del diritto societario, sembrerebbe avere aperto alla possibilità del superamento della personalità giuridica nei casi di illecito extracontrattuale imputabile ad una società di capitali. Sembrerebbe chiaro come, se da un lato, la scelta della struttura societaria comporta per i soci l'obbligo di sottostare e rispettare le regole che governano tale istituto, dall'altro, l'ordinamento

offre, come controprestazione per tale obbligo di rispetto, la limitazione di responsabilità. 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 di chiarire meglio il ruolo dell'art. 2740 c.c., la cui "ratio" è da sempre individuata nella tutela del credito. Accanto a tale esigenza è emersa quella di definire meglio la particolare posizione dei creditori involontari rispetto alla limitazione di responsabilità derivante dalla separazione patrimoniale. La posizione di tali creditori 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 dei mezzi di tutela a seconda della natura (volontaria o involontaria) della fonte dell'obbligazione, a fronte dell'esistenza di una separazione patrimoniale, a carattere solo oggettivo (patrimonio separato) o anche soggettivo (società con limitazioni di responsabilità).

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. In relazione alla possibilità di superare lo schermo giuridico in caso di illecito extracontrattuale, in adesione alla dottrina americana, più che inglese, del piercing the corporate veil, l'esame del patrimonio separato e della dottrina suesposta sembrerebbe confortare l'idea di un apertura del nostro legislatore, con i temperamenti e le cautele in precedenza esposte. In merito all'interpretazione ipotizzata, va detto che, anche precedentemente alla riforma delle società, non sono mancati, ad oggi, indici visibili dell'accoglimento di ipotesi di piercing the corporate veil per illeciti extracontrattuali. Punto di partenza, ormai indefettibile, è quella dottrina per cui la re-

*sponsabilità illimitata non è un effetto immanente della personalità giuridica, come peraltro ritiene la dottrina italiana*⁷. Accanto a tale filone dottrinale, vi è stato, inoltre, chi ha rilevato come vi siano “problemi che, in ogni tempo e in ogni ordinamento, si annodano al fenomeno dell’ente collettivo e del patrimonio separato”. Essi sono il frutto dell’ineliminabile contrasto tra l’esigenza di considerare, in modo unitario e per il maggior numero di effetti, l’insieme degli interessi riconducibili alla persona giuridica e l’emersione di “casi e situazioni”, per i quali una tale considerazione “può risultare impossibile o inopportuna”. Il pensiero volge immediatamente all’interesse dei creditori involontari. Rispetto a questi, un concetto unitario di persona giuridica, fortemente radicato sull’assoluta conservazione della responsabilità limitata, si pone in stridente contrasto con l’assunzione di rischi eccessivamente elevati. Secondo la dottrina esaminata nel presente lavoro, il beneficio della responsabilità limitata sarebbe condizionato, in quanto i soci godrebbero della limitazione di responsabilità solo se osservano i principi e le regole che informano l’organizzazione corporativa⁸. Secondo

⁷ Sull’argomento, tra gli altri: RAGUSA MAGGIORE, *Soggettività giuridica, personalità giuridica e fallimento; Relazione al convegno inaugurale del Centro studi di diritto fallimentare di Salerno sul tema: “Le società nelle procedure concorsuali”*, Salerno, 11 giugno 1994, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1995, 1; MECENATE, *La teoria della persona “relativa”, l’amoeba giuridica di Carnelutti: i precedenti storici della teoria delle forme intermedie di soggettività*, in *Rassegna di diritto civile*, 1992, 2, p. 380-410; CAPPONI, *Superamento della personalità giuridica?*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1988, 1; LIPARI, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, 3, pg. 641-652; CIRILLO, *Gruppo societario e personalità giuridica*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1986, 1, p. 149-167; GALGANO, *La società e lo schermo della personalità giuridica*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1983, 1, p. 5-16; 325 Un’autorevole dottrina nega espressamente una biunivoca e logica corrispondenza tra il concetto di persona giuridica ed il privilegio della responsabilità limitata. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, cit., p. 619, “Di questo beneficio non si gode, nel diritto vigente, per il solo fatto d’essere membri d’un gruppo riconosciuto come persona giuridica”; ma solo se sono soddisfatte da parte dei membri del gruppo, le condizioni cui è subordinata l’esonazione dal diritto comune. Tale riflessione mira a porre in risalto la natura “condizionata” della responsabilità limitata, corroborata dalle norme che impongono la responsabilità illimitata al socio unico ed ai soci accomandatari. 326 PELLIZZI, op. ult. cit., p. 7.

⁸ GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di*

questa impostazione, il rischio d'impresa del socio non avrebbe più la funzione di garanzia nei confronti dei terzi, data la presenza di un'organizzazione rigida del potere a tutela di una corretta gestione delle società di capitali e di una disciplina imperativa per la salvaguardia dell'integrità del patrimonio sociale⁹. In mancanza di tali "condizioni d'uso"¹⁰, che giustificano l'esclusione della responsabilità personale dei soci per le obbligazioni sociali di cui al primo comma dell'art.2325 c.c., opererebbe la regola di diritto comune dell'illimitata responsabilità patrimoniale, fissata dal primo comma dell'art. 2740 c.c.. Attraverso un esercizio non più collettivo del potere d'impresa, si produrrebbero effetti indiretti in grado di incidere "nella sfera individuale dei singoli soci che hanno esercitato quel potere al di fuori degli schemi propri del tipo della società di capitali"¹¹. Verrebbe meno la connessione tra organizzazione corporativa e limitazione di responsabilità. Si è anche ritenuto che in un ordinamento governato dalla responsabilità patrimoniale illimitata, l'interposizione di un soggetto di diritto – che questa dottrina recisamente contrasta¹² – è servita a non far più considerare un beneficio la responsabilità limitata, a non ritenerla un'eccezione al principio. Dunque, il concetto di persona giuridica assolverebbe "la funzione di ricondurre al diritto comune, ossia al generale principio dell'art. 2740 comma 1, una condizione giuridica, quale è il principio della responsabilità limitata, da utilizzare in deroga al principio generale e da collocare entro l'art. 2740 comma 2"¹³. Il rispetto dell'organizzazione corporativa costituirebbe, per le società capitalistiche, una delle principali "condizioni d'uso" della responsabilità limitata, uno dei suoi "presupposti di applicazione". Il venir meno di essi deter-

persona giuridica, cit., p. 630. "Questa natura condizionata è rivelata dalle norme che impongono responsabilità illimitata [...] all'unico socio di società di capitali ed agli accomandatari di accomandita per azioni", p. 619.

⁹ GALGANO, op. loc. ult. cit.

¹⁰ GALGANO, op. loc. ult. cit., p. 566.

¹¹ PAVONE LA ROSA, op. ult. cit., p. 669.

¹² GALGANO, op. ult. cit., p. 582.

¹³ GALGANO, *Le società per azioni. Principi generali*, Artt. 2325-2341, in *Il Codice civile*, Commentario, diretto da Schlesinger, Milano, 1996, p. 33 333 GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, cit. p. 583. Va evidenziato come nella teoria bigiaviana del socio tiranno è la posizione extrasociale, irriverente verso l'organizzazione corporativa, a costituire titolo per il suo assoggettamento alla responsabilità illimitata, p. 581.

minerebbe la perdita della prerogativa che – in aderenza all'impostazione anglosassone – è pensata in termini di beneficio. 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 alcuna.

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. È necessario, pertanto, che, in linea di principio, i creditori si trovino nelle condizioni di conoscere e misurare il rischio di inadempimento, al fine di ottenere una remunerazione adeguata. 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. Applicando quest'ultima impostazione alla responsabilità per fatto illecito della società, è opportuno cambiare il punto prospettivo di osservazione. Ciò posto, in dottrina vi è chi non considera la responsabilità limitata¹⁴ un privilegio per il socio "tout court", potendo il creditore volontario contare sul patrimonio sociale, valutandone la consistenza, poggiando sull'esistenza della menzionata rigorosa organizzazione corporativa in materia di bilancio, pubblicità e responsabilità di amministratori e sindaci. La disciplina imperativa che esprime tale organizzazione costituirebbe la "contropartita" del creditore sociale per il rischio assunto¹⁵.

¹⁴ ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, cit., p. 202, che la qualifica "strumento di progresso economico"

¹⁵ ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, cit., p. 202, rileva come la disciplina societaria offra, sotto certi aspetti,

Di tale circostanza non v'è traccia nella disciplina dell'imprenditore individuale, né del socio di società personali. Essa sarebbe il contraltare della responsabilità limitata¹⁶ del socio risultando particolari circostanze quali strumenti per la repressione degli abusi¹⁷. Tuttavia, nessuno dei profili di questa disciplina è in grado di riequilibrare la posizione del creditore involontario, compensandone il rischio peculiare cui è esposto. Nessuna delle rigorose norme poste a tutela dei creditori sociali¹⁸ risulta, allo stesso modo, efficace per i creditori involontari. Infatti, rispetto a questi il bilancio e la pubblicità non possono costituire elementi di valutazione della solvibilità di una società, della quale essi non intendono diventare creditori. I meccanismi di informazione e di controllo sono per loro totalmente privi di effettività. Parimenti ininfluente è la funzione del capitale sociale, potendo l'entità della pretesa dei creditori involontari di gran lunga superarlo: il diritto dei creditori involontari non è assolutamente pronosticabile. Neppure la rigida disciplina sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci può spiegare qualche effetto di sorta. E ciò, anche se la si rendesse responsabilità personale per i debiti della società, vista l'inadeguatezza del rimedio rispetto alla presumibile entità delle obbligazioni inadempite per insufficienza del patrimonio sociale. Insomma, l'intero apparato normativo, predisposto a tutela dei creditori sociali, costituito dall'organizzazione corporativa, si rileva irriducibilmente limitato alla categoria dei creditori volontari, costruito per un creditore che è in grado di negoziare l'equilibrio contrattuale e che possiede gli strumenti di conoscenza e valutazione

maggiori garanzie ai creditori sociali di quanto non accada per i creditori della persona fisica, considerata la possibilità che ha quest'ultima "di dissipazione dei beni del soggetto assai più facile [...] di quanto non sia per il gruppo" (p. 203, nota 32). Ciò in relazione alla disciplina della gestione sociale posta anche nell'interesse dei creditori sociali.

Corte di Cassazione a SS.UU. Sentenza n. 26283 del 2013; Corte di Cassazione Sentenza n. 16291 del 2018; Corte di Cassazione Sentenza n. 14056 del 2015.

¹⁶ In argomento già ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale, Introduzione e teoria dell'impresa*, cit. p. 238

¹⁷ In materia di abuso di personalità cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2015, n. 1557, sia pure incidentalmente; TAR Catanzaro, 16.03.2020 n. 475, TAR Lazio – Roma, Sez. II, 18 giugno 2019, n. 7893; Tribunale di Milano n. 1375/2016.

¹⁸ FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. not.*, 2012, 298 s.

della situazione patrimoniale e finanziaria della società debitrice. Tale impianto regolamentare si configura come palesemente inadeguato se calato nella posizione affievolita dal creditore involontario. 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.

Tali considerazioni conducono verso una revisione del concetto di persona giuridica relativamente alla responsabilità limitata del socio. Una parte della dottrina sembrerebbe aprire, in linea di principio, ad un superamento della personalità giuridica.

A fronte di tale inadeguatezza, infatti, vi è chi prospetta la necessità di un certo ridimensionamento della definizione data dal codice civile di personalità giuridica che “copre la responsabilità dei soggetti che si servono di un certo schema”. La disciplina della personalità giuridica è giudicata incompleta, per essere i soci, veri titolari della società, i soggetti cui, in ultima istanza, riferirsi. Tali valutazioni rappresentano, indubbiamente, un'apertura a revisionare il concetto di persona giuridica relativamente alla responsabilità limitata del socio. In tale contesto si inserisce la riforma del diritto societario italiano, con l'istituto del patrimonio separato e l'apertura ad ipotesi di superamento della personalità giuridica nel caso di illeciti extracontrattuali. Alla luce di quanto già sopra esposto, andrebbe meglio verificata la portata dell'asserzione secondo cui il nostro ordinamento potrebbe, scientemente o meno, aver fornito gli strumenti ai creditori involontari di una società di capitali per poter attaccare, in ipotesi di particolare gravità, il patrimonio dei soci, operando quel piercing the corporate veil esaminato nel corso del presente lavoro.

Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer